



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 7 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2020 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 7 | n. 2 | maio/agosto 2020 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80.020-300 – Curitiba-PR - Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://revistas.ufpr.br/rinc/index>
E-mail: revista@ninc.com.br

Supervisão editorial: Eliane Peçanha
Revisão: Equipe do NINC-UFPR
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo - CRB 9/1562
Capa: Duilio David Scrok
Projeto gráfico: Duilio David Scrok
Diagramação: Editora Íthala (www.ithala.com.br)

Publicação eletrônica de acesso aberto
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná, Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014) - . – Curitiba : UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>
ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná. Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342

CDD 341.2

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Revista classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2017.

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrienal promovido pelo NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento double blind peer review. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas "ad hoc" portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Editores Associados

Prof. Dr. Richard Albert (*University of Texas at Austin* – Austin, Estados Unidos da América do Norte)

Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán (*Universidad de Buenos Aires* – Buenos Aires, Argentina)

Editor-Adjunto

Prof. Msc. Luzardo Faria (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (*Universidad Católica Argentina* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (*Universidad Central de Venezuela* – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (*Universidade de São Paulo* – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (*Macquarie Law School* – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (*Universidade Federal Fluminense* – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clémerson Merlin Cléve (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemeck (*Karl-Franzens-Universität Graz* – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (*Universidade Federal de Pernambuco* – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (*Universidade de São Paulo* – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (*Universidad de Talca* – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (*Universidade de Fortaleza* – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Josep Ramón Fuentes i Gasó (*Universitat Rovira i Virgili*, Tarragona, Espanha)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (*Universidade do Estado do Rio de Janeiro* – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Maria Immordino (*Università degli Studi di Palermo* – Palermo, Itália)

Prof. Dr. Mônica Clarissa Hennig Leal (*Universidade de Santa Cruz do Sul* – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (*Universidad de Buenos Aires* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Oran Doyle (*University of Dublin* – Dublin, Irlanda)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy (*Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* – Kiel, Alemanha)

Equipe de Redação e Revisão

Aléxia Andrade (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Anderson Henry Kwan (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Cibelle Yamazaki (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Erick Nakamura (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Isabela Vieira Leon (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Felipe Klein Gussoli (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Luzardo Faria (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Pedro Abrantes Martins (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Rafaella Nataly Facio (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Sofia Eloá de Oliveira Souza Brighenti (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Victor Hugo Petersen (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Vinícius Nabak (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Sumário

Contents

Editorial

Editorial

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.77523

Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria333

Amendments of Russian constitution concerning international law and the BRICS

Emendas à Constituição Russa relativas ao Direito Internacional e aos BRICS

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.73355

Michel Verlaine, Anna Shashkova, Ekaterina Kudryashova337

The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform

A tensão entre o direito global de compras públicas e as tendências nacionalistas/populistas: propostas de reforma

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.74570

Javier Miranzo-Díaz355

Revocatoria popular y revocatoria partidaria en Panamá: diseño institucional y casos de aplicación

Popular recall and party recall in Panama: institutional design and cases

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.64349

María Laura Eberhardt401

Social media, disinformation, and regulation of the electoral process: a study based on 2018 Brazilian election experience

Redes sociais, desinformação e regulação do processo eleitoral: um estudo baseado na experiência eleitoral brasileira de 2018

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.71057

Gustavo Ferreira Santos429

Equality-based arguments for the decriminalization of abortion in Brazil: towards new legal opportunities

Argumentos na chave da igualdade para a descriminalização do aborto no Brasil: rumo a novas oportunidades legais

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.69881

Taís Sofia Cunha de Barros Penteado.....451

Autorização para uso de medicamentos com princípios ativos proscritos no Brasil

Authorization for use of medicines with forbidden principles in Brazil

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.76339

Emerson Gabardo, Rodrigo Maciel Cabral.....473

A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil

The governability of permanent exception and the neoliberal policy of management of the undesirable in Brazil

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.67686

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, Renata Possi Magane517

O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais

Brazilian Supreme Court and the review of statutes on federal regulatory agencies

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.68568

Eduardo Jordão, Renato Toledo Cabral Junior, Luiza Brumati.....549

A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária

The protection of the right to health by the Public Administration: outlining the concept of health administrative protection

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.71320

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro, Thanderson Pereira de Sousa601

Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário

When the state of affairs is unconstitutional: about the judiciary position in the incarceration problem

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.60692

Maira Rocha Machado.....631

Instruções para autores

Instructions for authors

.....665

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v7i2.77523

Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



DANIEL WUNDER HACHEM ^{1,*}

¹Universidade Federal do Paraná (Brasil)
danielhachem@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0001-8519-8420>

LUZARDO FARIA ^{1,**}

¹Universidade Federal do Paraná (Brasil)
farialuzardo@hotmail.com
<http://orcid.org/0000-0001-7330-2649>

É com grande satisfação que publicamos o número 2 do volume 7 da **Revista de Investigações Constitucionais**, dando continuidade às publicações do ano de 2020. Nesta edição, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 14 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Argentina, Espanha, França, Rússia e de 6 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste e Nordeste: Paraná, Santa Catarina, Rio de Janeiro, São Paulo, Ceará e Pernambuco. Dos trabalhos publicados, 90% são de Professores Doutores, 50% redigidos em língua estrangeira, 30% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 90% dos artigos são de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

Como citar esse editorial/*How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Editorial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 333-335, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.77523.

* Editor-Chefe da Revista de Investigações Constitucionais. E-mail: danielhachem@gmail.com.

** Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais. E-mail: farialuzardo@hotmail.com.

- Amendments of Russian constitution concerning international law and the BRICS

Michel Verlaine

PhD in Economics and Management, Institute of Child Nutrition Business School – ICN Business School (Paris, France)

Anna Shashkova

Professor of Constitutional Law Chair, Moscow State Institute of International Relations (Moscow, Russia)

Ekaterina Kudryashova

Head researcher of the Institute of legislation and comparative law under the Government of Russian Federation (Moscow, Russia)

- The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform

Javier Miranzo-Díaz

Professor of Administrative and Public Procurement Law at the University of Granada (Granada, España) and at the University of Castilla-La Mancha (Cuenca, España)

- Revocatoria popular y revocatoria partidaria en Panamá: diseño institucional y casos de aplicación

María Laura Eberhardt

Profesora de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

- Social media, disinformation, and regulation of the electoral process: a study based on 2018 Brazilian election experience

Gustavo Ferreira Santos

Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco e do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma universidade (Recife-PE, Brasil)

- Equality-based arguments for the decriminalization of abortion in Brazil: towards new legal opportunities

Taís Sofia Cunha de Barros Penteado

Mestranda em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP (São Paulo-SP, Brasil)

- Autorização para uso de medicamentos com princípios ativos proscritos no Brasil

Emerson Gabardo

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFPR (Curitiba-PR, Brasil)

Rodrigo Maciel Cabral

Pós-graduando em Licitações e Contratos Administrativos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil)

- A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

Renata Possi Magane

Professora de Ciência Política e Teoria do Estado, na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (São Bernardo do Campo-SP, Brasil)

- O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais

Eduardo Jordão

Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Renato Toledo Cabral Junior

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Luiza Brumati

Acadêmica da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil).

- A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro

Professora Adjunta de Direito administrativo da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil)

Thanderson Pereira de Sousa

Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil)

- Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário

Maira Rocha Machado

Professora da Graduação e do Mestrado Acadêmico da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP (São Paulo-SP, Brasil)

Esperamos que a seleção de trabalhos publicados nesta edição, que envolve temas palpitantes do constitucionalismo contemporâneo, esteja à altura de nosso público-leitor.

Amendments of Russian constitution concerning international law and the BRICS

Emendas à Constituição Russa relativas ao Direito Internacional e aos BRICS

MICHEL VERLAINE I,*

^IInstitute of Child Nutrition Business School (Paris, France)
michel.verlaine@icn-artem.com
<https://orcid.org/0000-0001-6269-5336>

ANNA SHASHKOVA II,**

^{II}Moscow State Institute of International Relations (Moscow, Russia)
a.shashkova@inno.mgimo.ru
<https://orcid.org/0000-0003-3825-8341>

EKATERINA KUDRYASHOVA III,***

^{III}Institute of Legislation and Comparative Law (Moscow, Russia)
ev_kudryashova@inbox.ru
<https://orcid.org/0000-0002-7029-5794>
Recebido/Received: 30.04.2020 / April 30th, 2020
Aprovado/Approved: 17.10.2020 / October 17th, 2020

Abstract

The paper presents the current constitutional reform in Russia focusing on the constitutional amendment concerning the international case law. The amended article 79 of the Constitution of Russian Federation restricts the international case law applicability in Russia. There

Resumo

O artigo apresenta a atual reforma constitucional na Rússia com foco na emenda que diz respeito à jurisprudência internacional. O emendado artigo 79 restringe a aplicabilidade das resoluções de instituições internacionais para a Rússia. Está de acordo com a abordagem positivista do

Como citar esse artigo/How to cite this article: VERLAINE, Michel; SHASHKOVA, Anna; KUDRYASHOVA, Ekaterina. The prospective amendments of Russian constitution concerning international law and the BRICS. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 337-353, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.73355.

* PhD in Economics and Management, Institute of Child Nutrition Business School – ICN Business School (Paris, France). E-mail: michel.verlaine@icn-artem.com.

** Doctor of Science (Politics), Candidate of Science (Law), Professor of Constitutional Law Chair, Moscow State Institute of International Relations (Moscow, Russia). E-mail: a.shashkova@inno.mgimo.ru.

*** Doctor of Science (Law), Head researcher of the Institute of legislation and comparative law under the Government of Russian Federation (Moscow, Russia). Attorney at law. E-mail: ev_kudryashova@inbox.ru.

was no polemic around the draft of the constitutional amendment and this restriction was accepted by experts, politicians and public without any discussion. To certain extent this unanimous acceptance could be explained by general positivistic trend in Russia. The amendment is in line with the positivistic approach to the international law formed in Russia recently. The strategic documents on the cooperation within BRICS are scrutinized showing that the positivistic approach is in line with the strategies of Russia announced previously. Based on the general scientific methods and on the method of academic foresight the authors made the following conclusions. The constitutional reform regarding international law does not affect the BRICS documents directly and it does not go against the principles of BRICS cooperation announced by Russia. However, there are certain indirect implications. It is clear that the reform deepens divergences between the BRICS countries. The differences in the approaches to the human rights, certain ideological differences will become more acute within BRICS and there is a space for political use of these differences.

Keywords: BRICS; constitutional reform in Russia; Russian constitution; political pragmatism; sources of international law.

direito internacional formada recentemente na Rússia. Os documentos estratégicos sobre a cooperação no BRICS são examinados mostrando que a abordagem positivista está em linha com as estratégias da Rússia anunciadas anteriormente. Com base nos métodos científicos gerais e no método de previsão académica, os autores chegaram às seguintes conclusões. A reforma constitucional em matéria de direito internacional não afeta diretamente os documentos do BRICS e não vai contra os princípios de cooperação do BRICS anunciados pela Rússia. No entanto, existem certas implicações indiretas. É claro que a reforma aprofunda divergências entre os países do BRICS. As diferenças nas abordagens dos direitos humanos e certas diferenças ideológicas se tornarão mais agudas dentro dos BRICS, de modo que há um espaço para o uso político dessas diferenças.

Palavras-chave: BRICS; reforma constitucional na Rússia; Constituição russa; pragmatismo político; fontes do direito internacional.

CONTENTS

1. Introduction; 2. General considerations on the constitutional reform 2020 in Russia; 3. The essence of the constitutional amendments 2020 concerning the international law; 4. The future of the BRICS grouping and the BRICS law; 5. Discussion and conclusions; 6. References.

1. INTRODUCTION

In January of 2020 the President of Russian Federation addressed to the nation and announced the modification of the Russian Constitution. The first draft of the amendments was submitted to the Federal Assembly (parliament) and the nation-wide discussion was initiated. The national voting on the novelties was announced to be the prerequisite of the constitutional changes.

The text of constitutional amendments contains changes related to the Russian approach to the international law. The article 15 (4) of the Russian Constitution giving the priority to the international treaties in the Russian legal order stay intact. However, the international case law application is restricted. In brief, the constitutional amendment 2020 restricts the binding force of the interstate body resolutions. Further in this article we shall give the precise wording of the amendment.

The amendment concerning the international case law application was presented in the initial draft of the constitutional modifications and the whole process of the constitutional reform showed that this part of the initial draft was not criticized or even commented. The list of the initial amendments was amplified rather than rejected or restricted. Within the course of the nation-wide discussion a few additional social and political amendments were submitted to the Federal Assembly leaving the initial text of the amendments untouched.

The Russian constitutional reform coupled with Russia's chairing of BRICS (Brazil, Russia, India, China and South Africa). The January of 2020 was the first month than Russia started to be the chairman of BRICS. Russia took over the chair position in BRICS with the motto "BRICS Strategic Partnership for Global Stability, Shared Security and Innovative Growth". Russia took the presidency declaring the special focus on enhancing cooperation primarily within the United Nations.

It is timely to start the academic discourse as the Russian constitutional reform turns to be very important in the multipolar international cooperation. It is relevant to express the view and make some educated guess on the implications which could be expected.

It is acknowledged in the academic literature that the Russian constitutional practice in respect of international law was drastically understudied before 2014¹. The situation has been improving somewhat since 2014. However, still not many publications appear on the international academic environment with analysis of Russian concepts and approaches. The sanctions and general context predefined that only discrete aspects were attractive for international academics.

The methods of the article include the historical method because it will help to enlighten the background for many constitutional changes. The evaluating legal processes methods and the interpretational analysis shall be used in this research as the BRICS is rather a cooperation in dynamic rather than static institutionalized organization. The complicated nature of the most of the processes within the BRICS renders its effective research multidisciplinary and multifaced involving the politics, law and other social sciences.

The methods of analysis and synthesis are matching this research most of all. The general background of constitutional reform in Russia and the relevant constitutional changes in Russia shall be commented firstly. Than the genesis and the future of the BRICS cooperation will be studied. After the separate overview the future implications of the constitutional changes in Russia for the BRICS relations shall be under academic scrutiny.

¹ MALKSOO, Lauri. **Russian Approaches to International law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

The hallmark of this paper is the endeavor to have a look into the future. Inevitably, the academic foresight method will help us to fulfill our tasks. Academic foresight makes this research distinct from other law studies which are usually carried out only post-factum with reference to the documents already in force and finalized cases.

The basic question to be posed at this stage of constitutional reform in Russia is about the meaning of the constitutional amendments concerning international law for the international cooperation within the BRICS. The problem of future interaction of domestic and international law including the emerging notion of BRICS law shall be explored. Our hypothesis is that the constitutional amendments affect mostly the role of international case law produced by the institutional interstate bodies. Therefore, the cooperation within BRICS is not affected straightforward. However, certain reservations should be made. The constitutional changes restricting the case law application in Russia amount to a divergence in the views on the international law among the BRICS member-states, especially taking into account the more and more apparent trend "west against the rest". This shall be a politically sensitive issue potentially casting its reflection on the future cooperation within the BRICS.

2. GENERAL CONSIDERATIONS ON THE CONSTITUTIONAL REFORM 2020 IN RUSSIA

The current Constitution of Russia was adopted in 1993 on the nation-wide referendum after the collapse of the USSR. Just like the most of the liberal constitutions in the world the Russian Constitution of 1993 was drafted in the situation of social cataclysm with clashes of ideologies when the passions run high and disagreements become irreconcilable². Russian constitution shares the features of the post-socialist constitutions which were supposed to meet the demands of their time rather than articulate the final resolution of social disagreements.

Given all these contextual matters the social consensus was hardly achieved and immature for a while and the stability was an absolute value. Therefore, the ideas of constitutional reform were rejected for a long time. Since 2001 the President of Russia in his various official speeches denied even the possibility of constitutional redesign. The scenario of constitutional modernization stated to be mentioned only since 2007 and since then raised mounting to the desired natural step on the way of Russian constitutionalism.

The academic society was not unanimous in the assessment of the constitutional reform. In the early 2000-s many prominent academics already supported the

² ELSTER, Jon. Constitution-making and violence. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, v. 4, n. 1, p. 7-39, mar./may. 2012.

stability of constitution and it was a little awkward to reconsider their stance and reopen the discourse. However, by the 2019 both Russian academics reconciled with the public opinion and official position that the constitutional reform is desirable

In fact, the Constitution of the Russian Federation was changed many times. The detailed and impartial analysis of the amendments draft 2020 which was initially submitted to the Federal Assembly demonstrates that it does not make difference to many others constitutional modifications previously adopted without any political fuss around them. If the constitutional reform shall stick to the initial presidential draft than no special complicated procedure is needed for their coming into force³. In the course of the nationwide discussion there were some other amendments introduced and they are affecting the so-called eternity clauses of the Russian Constitution 1993. In this case the cumbersome and long procedures shall need to be arranged.

Constitutions get matured through application by all the actors including the judicial and executive powers⁴. During the last twenty years of constant reforms, eventful political life and ever changing international context the constitutionalism in Russia passed a way of establishment. The constitutional reform of 2020 in some matters reveals the already established concepts. This is the case of the constitutional amendment concerning international case law.

In terms of the international law Russian Constitution of 1993 was known to be the most friendly comparing to the constitutions of the post-Soviet area as Russia has the only Constitution with "integration clause"⁵. After a while it became a challenge to preserve the sovereign views and keep pace to the changes of the external context. During the recent years certain approaches to the international law grew to mature inside Russian political and judicial practice. The amendment to the Constitution 2020 is reaffirming the supremacy of the Constitution over any decisions of international bodies. The reputation of most-friendly constitution is gradually foregone in 2017-2020 for the international case law aspects. Although for the treaties and agreements the integration clause is still in place in the Russian Constitution.

³ SHASHKOVA, Anna; VERLAINE, Michel; KUDRYASHOVA, Ekaterina, On modifications to the Constitution of the Russian Federation in 2020. **Russian Law Journal**, Moscow, v. 8, n. 1, p. 60-83, 2020.

⁴ BUTLER, William. Five Generations of Russian Constitutions: Russia as part of the Western Legal Heritage, **BRICS Law Journal**, Tiumen, v. 6, n. 3, 2019, p. 13-21.

⁵ KALINICHENKO, Paul. The constitutional order of the Russian Federation and its adaptability to European and Eurasian integration Project. In: PETROV, Roman; ELSUWEGE, Peter (Eds.). **Post-Soviet Constitutions and Challenges of Regional Integration**. Adapting to European and Eurasian Integration Projects. Abingdon: Routledge, 2018, p.168-177.

3. THE ESSENCE OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS 2020 CONCERNING THE INTERNATIONAL LAW

Describing the current constitutional reform concerning international law we shall start with the provision which is left unchanged. The part 4 article 15 of the Constitution of Russian Federation preserved the same wording. It is still ensuring the recognition of the international law norms as well as the international treaties and agreements of the Russian Federation. The international law according to this provision is still a part of the Russian legal system. If an international treaty or agreement of the Russian Federation provides the rules other than those in the domestic law, the rules of the international agreement shall be applicable. The part 4 article 15 can be found in the chapter 1 "The Fundamentals of the Constitutional System" which is secure from constant changes by the cumbersome procedures.

The article 17 of the Constitution will not undergo any changes in the nearest future. It states that in the Russian Federation recognizes and guarantees the rights and freedoms of man and citizen according to the universally acknowledged principles and norms of international law and according to the Constitution.

The issues of international law applicability in Russia were officially clarified for the Russian judicial practice just a few years after the Constitution 1993 came to force. The Supreme Court of the Russian Federation explained in its official document dated 1995⁶ that only the officially published international treaties which do not require any domestic acts should have direct application in the court hearings. The immediate effect of the officially promulgated international treaties rules was confirmed by the Supreme Court in 2003⁷.

Thus, we can mark a positivistic trend in the approach to the international law in Russia leading to the narrowing the range of its sources. Not all the treaties have immediate effect, but only those which do not require the further acts for their implementation.

The President Putin in his addressing to the Federal Assembly in January 2020 expressed the general willingness to guarantee the priority of Constitution. Literally it means according to the addressing that only if the international legislation and treaties requirements, as well as the decisions of international bodies do not imply contradiction to the Russian Constitution - they can be in effect in Russia.⁸

⁶ RUSSIAN FEDERATION. The Resolution the Supreme Court of the Russian Federation (Plenum) of 31 October 1995 n. 8 "About some questions of applying the Constitution of Russia by the courts in the course of justice".

⁷ RUSSIAN FEDERATION. The Resolution of the Supreme Court of Russian Federation (Plenum) of 10 October 2003 n. 5 «About the applying by courts the generally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation».

⁸ ПРЕЗИДЕНТ РОССИИ. Послание Президента Федеральному Собранию. Moscow. Available at: <<http://www.kremlin.ru/events/president/news/62582>>. Last accessed: 20 feb. 2020.

This message has evolved in a new wording of the article 79 of the Constitution presented in the draft of Federal constitutional law "On the amendment of the Constitution" introduced to the Federal Assembly shortly after the addressing to the nation. We already referred to this draft as the initial presidential draft of the amendments.

Before the proposed revisiting the provision of article 79 stated: "The Russian Federation may participate in interstate associations and transfer to them part of its powers according to international treaties and agreements, if this does not involve the limitation of the rights and freedoms of man and citizen and does not contradict the principles of the constitutional system of the Russian Federation".

The revised article 79 has a broader wording. According to the amended version the decisions of interstate bodies adopted based on the provisions of international treaties concluded by the Russian Federation and interpreted in a way contradicting the Constitution shall not be enforced in Russia.

The chapter 3 "Federal structure" of Russian Constitution where we find the article 79 is not subject to the special procedures in order to change it. The Chapters 3-8 can undergo changes according to the rules specified for federal constitutional laws. Namely, the amendments to chapters 3-8 come into force after the approval by the legislative assemblies of not less than two thirds of the subjects of federation.

No special procedures with a special constituent congress or nation-wide voting are necessary for changing article 79 of Russian Constitution. Thus, the article 79 shall be amended anyway even if the nation-wide voting shall not take place for any reasons. The initial draft of the amendments to the Russian constitution are outside the scope of the eternity clauses entailing the complicated, long and cumbersome procedure to be changed. That is the formal reason why we are quite sure that our discourse on the amended article 79 of Russian Constitution is relevant right now.

The revisited article 79 is reaffirming the positivistic restrictive approach already well-established in Russian legal order and practice. It could be considered that the amendment of article 79 of the Constitution is just aimed to reinforce Russia's position with regard the recent decisions of the European Court of Human Rights. However, it is true only partially. This is not the ongoing situation and tackling problems sporadically arising in international relations. The amended article 79 reflects the positivistic traditions in Russia and affirms already existent trend to positivism in law.

Positivist tenets require the interpretative process to be guided not by abstract political morality with unclear origins, but by general interpretation rules including the interpretation in good faith revealing the common intention of the parties⁹. Recently,

⁹ ZAKHAROVA, Larissa. The interpretive approach to international law: a positivist view. **Kutafin University Law Review**, Moscow, v. 2, n.1, p. 136-155, may. 2015.

the judicial practice in Russia even considered to be defensive and isolationistic though it is just within the positivistic trend.

The detailed track of the cases where the positivistic tenets were revealed shall lead aside from our research question therefore we shall make only a short remark.

The difference in the approaches of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Russia was the main line in the Russian judicial practice leading to the restrictions of the international case law application in Russia. The Constitutional Court of Russia took the view that it is not possible to enforce the decision of the interstate body once it is based on the conflicting with the Russian Constitution interpretation of the international treaty, no matter that Russia was a party to that treaty. This gap in the views on the interpretation of international law turned up before 2007 and than the cases with controversial interpretation piled up. Recently the most tensy case of Yukos in the European Court of Human Rights was finalized to the detriment of the Russian Federation.

The right of the Constitutional Court to reject the interpretative views of international bodies was legalized by the changes to the Federal Law on the Constitutional Court of the Russian Federation. It seemed to be not enough in the growing pressure on Russia and now the positivistic trend shall have its place in the Constitution of Russia.

4. THE FUTURE OF THE BRICS GROUPING AND THE BRICS LAW

Since 2001 when the notion BRICS appeared in the international routine lexicon this notion existed without a real basis for any political or other identification. It was until 2009 when the leaders of the BRICS met as a group. Over the decade since 2009 the BRICS developed from the club with specific interests to an effective mechanism of strategic partnership in various fields. The scope of BRICS does not amount to entire political, economic and cultural cooperation and it is rather a kaleidoscope of common interests and mutual benefits. The lack of rigid institutionalization, charters, headquarters and staff was presented as the advantage and strong side of BRICS on the web site of Russia's presidency in 2020. The culture of cooperation and "BRICS spirit" is an important achievement of the first decade of BRICS.¹⁰

Five major economies are brought together in the BRICS. In 2016 these countries were already representing the population of around 43 percent of the world population, 17 percent share of the trade and 30 percent of the worlds GDP¹¹ In 2016 the

¹⁰ RUSSIAN FEDERATION. Website of Russia's Presidency in the BRICS 2020. Available at: <<https://eng.brics-russia2020.ru>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

¹¹ INDIA. Website of India's 2016 BRICS, 'About BRICS'. Available at: <<http://brics2016.gov.in/content/innerpage/about-usph.php>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

BRICS was described as a phenomenon of international politics, contesting the international order on the basis of their economic and political development.

BRICS was characterized as a state-centric association where no leader prevails over others. Though in certain researchers sometime call BRICS "China-led" association vesting the leading role into China, because China gains less than other countries out of this political alliance but has more leverage than other participants¹². Russia is alleged to fit in BRICS only as a country with certain valuable geo-political attributes and not as a fast-growing country and invited to BRICS¹³.

It is quite obvious that BRICS does not amount to the international organization. The academic studies demonstrate that BRICS does not amount even to an international regime because in this case it should have produced converging principles, norms or decision-making process. The "grouping" is widely used for BRICS definition entailing the independent decision-making, subsequent action taking and compartmentalizing the activity. BRICS relies more on expectations rather on obligations¹⁴. The BRICS is also referred as "dialogue and cooperation" platform¹⁵.

Recently BRICS announced a BRICS Plus strategy which seeks to promote new platform for regional and bilateral alliances across the continents. The BRICS Plus aims to bring together the regional blocks like Mercosur, South African Customs Union (SACU), Eurasian economic union, ACEAN FTA, European Union etcetera. It is very important that the new BRICS Plus strategy focuses on collaboration and not competition with major international organizations.¹⁶ The uninstitutionalized grouping without formal treaties allow to fulfill this strategy. Otherwise there would be inevitable competition of documents like this is the case for the Eurasian economic union legal system and, for example, the World Trade Organization documents.

BRICS does not rely on permanent institutions and no single authoritative source of BRICS documents is available. The BRICS Informational Portal was started, but it is far from being considered official texts¹⁷. The official portal is the BRICS presidency official site.¹⁸

¹² GARCÍA, Arturo Oropeza. The role of China and the BRICS project. **Mexican Law Review**, México, v. 7, n. 1, p. 109-136, jul./dec. 2014.

¹³ COOPER, Andrew F. **The BRICS: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

¹⁴ BROSIG, Malte. **The Role of BRICS in Large-Scale Armed Conflict**. New security challenges. London: Palgrave Macmillan, 2019, p. 1-41.

¹⁵ NEUWIRTH, Rostam J.; SVETLICINII, Alexandr. **The BRICS-Lawyers' Guide to BRICS Texts and Materials**. Macau: BRICS-Lawyers, 2019.

¹⁶ WORLD ECONOMIC FORUM. **BRICS-plus: Alternative globalization in the making?** Available at: <<https://www.weforum.org/agenda/2018/01/brics-plus-an-alternative-to-globalization-in-the-making/>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

¹⁷ BRICS INFORMATION PORTAL. Available at: <<http://infobrics.org>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

¹⁸ RUSSIAN FEDERATION. Website of Russia's Presidency in the BRICS 2020. Available at: <<https://eng.brics-russia2020.ru>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

BRICS has only two BRICS financial institutions: the New Development Bank (NDB) and the Contingent Reserves Arrangement (CRA). They cover only a very narrow fields of cooperation and until now do not issue any resolutions. It is questionable if BRICS at all will develop any consistent position in international economic law.¹⁹

Given all those considerations about the controversial nature of the BRICS as a grouping of countries there are already academic publications about the emerging BRICS law, because there is still no unanimous agreement on the scope of the notion "source of law" for BRICS. The discussion goes around potentially modern sources of law appearing within BRICS. Good attempts are already made to elaborate compendium of principle texts shaping the cooperation within the BRICS which should be mentioned here. In the introductory analytical part preceding the compilation the BRICS law is presented as an appearing legal order²⁰.

We would agree only with careful appraisal of the BRICS sources as an emerging system of international law sources. It could be admitted that there is a good potential for development of the documents which may become valid sources of international law. Especially, once we look into the future of the international relations.

The energy sector should be mentioned as the field where certain regulative activity shall arise. The Delhi Declaration of 2012 launched the cooperation and general development of relations in the energy field. BRICS Summit in Ufa on July 9, 2015 pushed the economic cooperation in all spheres by means of the BRICS Economic Partnership Strategy where the importance of promoting energy cooperation with sharing experiences in the areas related to energy production and consumption, energy planning was emphasized²¹. The further cooperation in energy sectors supposes the formation of a single legal space. The experts insist on the need for the unification of the national legislation relevant for the energy sector. The single legal space is supposed to advance the integration process and support the international legal status of BRICS.²² The macroeconomic strategic coordination without dominance of any actor becoming popular basis for alliances and associations.²³ Within the unification process some forms

¹⁹ ROLLAND, Sonia E. The BRICS' Contributions to the Architecture and Norms of International Economic Law Proceedings of the Annual Meeting. **American Society of International Law**, Massachusetts, v. 107, 2013, p. 164-170.

²⁰ NEUWIRTH, Rostam J.; SVETLICINII, Alexandr. **The BRICS-Lawyers' Guide to BRICS Texts and Materials**. Macau: BRICS-Lawyers, 2019.

²¹ RYAZANOVA, M. O. Energy cooperation within the BRICS: Significance of the issue. **Bulletin of MGIMO**, Moscow, v. 39, n. 6, p. 7-11, 2015.

²² INSHAKOVA, Agnessa O.; MARCHUKOV, Igor P. General Energy Policy and Ways of Development of Legal Regulation of Foreign Trade Turnover of Energy Resources of the BRICS Countries. In: INSHAKOV, Oleg V.; INSHAKOVA, Agnessa O.; POPKOVA, Elena G. (Eds.). **Energy Sector: A Systematic Analysis of Economy, Foreign Trade and Legal Regulations**. Lecture Notes in Networks and Systems. Switzerland: Springer, 2019, p. 227-245.

²³ SHOKHIN, Sergey; KUDRYASHOVA, Ekaterina. Macroeconomic Coordination in the Eurasian Economic Union: Strategic Aspects. **Russian Law Journal**. Moscow, v. 7, n. 3, 2019, p. 38-52.

of law sources could be expected. Especially as the energy and energy security are the most important cooperation points.

There is a visible intention the further cooperation in the competition law. On 19 May 2016 in St. Peterburg a memorandum of understanding in the field of competition policy to strengthen the cooperation and coordination between the BRICS Competition Authorities was signed. The formal ground for the inter-institutional cooperation was created and some kind of interinstitutional agreement could be expected in the nearest future.

Another field with good prospects for further development of formal sources within the BRICS is the international investment law and in particular the protection of investment and dispute resolution. The suggestions to impose expressed and clear obligations on the host states for the foreign investments appeared in the agenda of BRICS in 2015. It was based on the intention to interact closer stimulating the mutual investments streams. New forms of cooperation in addition to those already set in bilateral investment treaties were proposed including joint committees, special ombudsmans as well as monitoring of the investment agreement implementation. The investor-state dispute resolution was a special concern of the experts searching for the ways to assist to the investment flow increase.²⁴ The attempts to impose any kind of additional obligations on the host states imply a formal documents sooner or later.

Finally, it should be mentioned that shortly after the BRICS became a platform for dialogue between the countries an academic study on possible Free Trade Agreement was published. The Free Trade Agreement with different hypothetical scenarios was found to be beneficial for all the member-countries nearly in any scenario of cooperation²⁵ This finding suggests that sooner or later certain form of integration beneficial for all the parties can be expected and it is likely to be build.

5. DISCUSSION AND CONCLUSIONS

Nowadays BRICS is defined as a grouping of states with shared interests in the international politics. The new modern way of cooperation and its special spirit were shaped within BRICS in the recent decades. The lack of formalism allows further cooperation with the regional blocks and associations relying mostly on the political cooperation on a narrow issue and avoiding the conflict of documents.

Still by now there is a whole bulk of declarations and other documents of a specific nature elaborated within the BRICS platform. BRICS law as an emerging

²⁴ SIMÕES, Fernando Dias. A Dispute Resolution Center for the BRICS? In: NEUWIRTH, Rostam J.; SVETLICINII, Alexandr; HALIS, Denis de Castro (Eds.). **The BRICS-Lawyers' Guide to Global Cooperation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 270-286.

²⁵ SANDREY, Ron; JANSEN, Hans Grinsted. **A fresh look at a Preferential Trade Agreement among the BRICS**. Stellenbosch: Tralac, 2013.

phenomenon can be admitted giving overtures to the further development. We mentioned the main directions of BRICS cooperation development where potentially may appear the modern or traditional sources of international law. Anyway the BRICS sources are part of the contemporary international reality and they cannot be just discarded and ignored by the international legal practice. Taking this into consideration we still find it appropriate to pose the problem of interaction of domestic legal orders and the BRICS bulk of law sources.

The BRICS emerging modern sources of law are not formal enough to meet the requirements of the positivistic approach promoted in Russia by now. The BRICS documents are by no means can be immediately and directly applicable in Russia. The influence of the BRICS documents in the Russian domestic legal order are not secured by the part 4 of article 15 of the Constitution of Russia.

There are no interstate institutions in the BRICS framework which resolutions could fall within the scope of the revised article 79 of Russian Constitution and which could soon become inapplicable in Russia. It can be the case only if the BRICS drifts towards the regional economic integration with its institutions or towards international organization Russian positivistic approach. This seems to fall outside the BRICS spirit and culture of cooperation especially taking into account the BRICS Plus agenda.

At the same time there are a few understreams and indirect implications for the future cooperation within BRICS arising from the constitutional reform in Russia. This implication deserves an overview and discussion here.

The controversial findings on the drastic differences between the BRICS countries are becoming popular in academic circles. The differences include the political issues and ideologies, incompatibilities of the democratic multi-party regimes of Brazil, India and South Africa and non-democratic regime of Russia and China. Organizational, political and strategic culture differences are emphasized especially with regard to the investment and doing business aspects. Another concern is that the risk rating for all five countries increased including the violence, government interference and sovereign non-payment risk²⁶. Besides just acknowledging of the differences between the BRICS members it is implicitly pointed out that the risk ratings of all the BRICS countries are possibly affected by their grouping and not in a positive way.

Far more explicit allusions to a "bad company" in BRICS can be found in respect of the international law issues. For example, it is suggested to the South Africa to weight its commitment to the liberal values and understanding of human rights that underlie the contemporary legal order while associating with the emerging powers within the BRICS. The question is posed if it is strategically right to cooperate within BRICS with

²⁶ ASUELIME, Lucky E. The cons of South Africa's membership in a China-led BRICS: an appraisal. *Journal of African Union Studies*, Johannesburg, v. 7, n. 1, p. 115-128, apr. 2018.

the countries with their own views on certain issues of human rights.²⁷ In respect of human rights it is emphasized in academic writing that Brazil like other BRICS-members accepts the priority of sovereignty, highly appreciates the international cooperation within BRICS. Though Brazil plays with "western rules" and does not try to change the system, only intending to reach higher position in the hierarchy of international powers.²⁸

It is widely encouraged and accepted that the divergences in the political systems and approaches to the international law eligible for the pragmatic political approach to cooperation. The political problems usually supported by economic measures. For instance, the flows of international investments are usually very sensitive to the political environment and the foreign investments stimulation is in the most promising fields of the BRICS cooperation.

The constitutional reform in Russia, shaping its positivistic approach to the interpretative aspects of international law is likely to fall within the category of imbalances between the BRICS members.

The Russian restrictive approach to the international case law especially the discrepancy in the interpretation of the human rights treaties can provoke political uses and misuses but only without any sound basis. The conformity of Russian constitutional amendments with the BRICS cooperation culture follows from the BRICS declarations precluding the political connotation or double standards interpreting the international law.

In the declarations promulgated in the BRICS the general concern about the international law and its development in the world is expressed. In the Ufa Declaration (Ufa, the Russian Federation, 9 July 2015)²⁹ the international law was especially noted emphasizing that the BRICS countries rely on the international law as a tool of international justice consistent with good faith and sovereign equality. It was highlighted that principles and rules of international law should be adhered in their integrity and interrelation. The double standards and restrictions of certain countries interests according to the Ufa Declaration should be discarded.

The BRICS cooperation refers to the integrity of the international law, but it envisages the pluralism of the views in the approaches of each and every member-state.

Although the international law should not be fragmentated according to the views of different countries, still the divergences in the interpretation of it are allowed and even welcomed by international law doctrine. The interrelations of international

²⁷ SMITH, K. South Africa, the BRICS and human rights: In bad company? In: KHADIGALA, Gilbert M.; PILLAY, Devan; SOUTHALL, Roger (Eds.). **New South African Review 5**: Beyond Marikana. Johannesburg: University of Witwatersrand Press, 2015.

²⁸ DEHSHIRI, Mohammad Reza; NESHASTESAZAN, Mohammad Hossein. Human Rights Diplomacy: Case Study of Brazil. **Journal of World Sociopolitical Studies**, Tehran, v. 2, n. 1, 2018.

²⁹ RUSSIAN FEDERATION. Website of Russia's Presidency in the BRICS 2020. Available at: <<https://eng.brics-russia2020.ru>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

and domestic legal orders give space for development in and the rules of international law are accepted and allowed into domestic order by the countries rather than imposed to the sovereigns. Becoming a part of the domestic legal order the international law is inevitably interpreted by means of specific social, political and cultural environment³⁰. The internal legal order passes through the filter of the domestic legal system.³¹

It should be admitted that the revision of the article 79 of the Russian Constitution does not add much to the already mature approach of Russia to the international law which is in line with the long traditions. Restricting the application of the international case law Russia reaffirms its positivistic approach to the international law and in particular to the interpretation of international case law. The international law and treaties requirements, as well as the decisions of international bodies in conflict with the Russian Constitution are not valid in Russia and not applicable in the political and judicial practice.

Basically, similar declarations to the sense of supremacy of Russian Constitution can be found in many documents in Russia long before the constitutional reform. In the early stage of BRICS grouping Russia issued a special policy statement - Concept of participation of the Russian Federation in BRICS (the Presidential decree of 15 April 2013).³² The Concept states in the first lines that it is based on its Constitution, federal legislation, generally accepted principles and norms of international law, international treaties to which the Russian Federation is a party, policy documents adopted at BRICS summits, statutory instruments regulating activities of the federal authorities in the area of foreign policy, as well as a few strategic domestic documents of Russia in the foreign policy field which are becoming in reality far more influential sources than just political declarations.³³ In fact Russia pursued the concept relentlessly.

The Concept clearly outlines that the relations between Russia and other BRICS members are based on the UN Charter and generally accepted principles and norms of international law, as well as principles agreed upon within the BRICS including openness, pragmatism, solidarity, non-bloc character and nonaggressive nature with regard to third parties.

Russia stick to the line of its foreign policy and in 2018 confirmed its commitment not to allow the unilateral interventions and double standards of judgement,

³⁰ HANQUIN, Xue. **Chinese Contemporary Perspective on International Law**: History, Culture and International Law. The Hague Academy of international law Collected Courses. Vol. 355. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 41-234.

³¹ CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change**: the course of international law. General Course on Public International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 174.

³² [s.a.]. **Concept of participation of the Russian Federation in BRICS**. Available at: <<http://static.kremlin.ru/media/events/eng/files/41d452b13d9c2624d228.pdf>>. Last accessed: 15 oct. 2020.

³³ KUDRYASHOVA, Ekaterina. **Pravovoe regulirovanie strategicheskogo planirovaniia v sfere gosudarstvennykh finansov**. Moscow: Institute zakonodatelstva i srovnitelnogo pravovedeniia, 2019.

to disapprove the use of restrictive economic and military measures in international relations.³⁴

In the Concept of the Russian Federation participation in BRICS (p.14 e) Russia intended to enhance cooperation in the protection of human rights and fundamental freedoms in the world, to step up coordinated actions within the leading international organisations, especially the UN, as well as to fight jointly against attempts to politicize human rights issues and activities of specialized multilateral institutions.

The Russian formal Constitution and its application ceases to be unconditionally open for all and every resolved cases within the international law. The positivistic approach taken in the amendment 2020 to the Russian Constitution is within the framework of the intended way of cooperation within BRICS.

Although BRICS is only a grouping of the countries on the particular interests and many issues are falling outside its scope there are still discussions on the imbalances and divergences between the BRICS members which may be intolerable or used for political purposes.

The Russian constitutional reform regarding international law does not go against the principles of BRICS cooperation. However, in the ongoing international context it may be used in a very pragmatic political way by Russia's partners in the international cooperation and therefore affect the cooperation in the BRICS framework indirectly.

6. REFERENCES

- ASUELIME, Lucky E. The cons of South Africa's membership in a China-led BRICS: an appraisal. **Journal of African Union Studies**, Johannesburg, v. 7, n. 1, p. 115-128, apr. 2018.
- BRICS INFORMATION PORTAL. Available at: <<http://infobrics.org>>. Last accessed: 10 apr. 2020.
- BROSIG, Malte. **The Role of BRICS in Large-Scale Armed Conflict**. New security challenges. London: Palgrave Macmillan, 2019, p. 1-41.
- BUTLER, William. Five Generations of Russian Constitutions: Russia as part of the Western Legal Heritage. **BRICS Law Journal**, Tiumen, v. 6, n. 3, 2019, p. 13-21.
- COOPER, Andrew F. **The BRICS**: A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change**: the course of international law. General Course on Public International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 174.
- DEHSHIRI, Mohammad Reza; NESHASTESAZAN, Mohammad Hossein. Human Rights Diplomacy: Case Study of Brazil. **Journal of World Sociopolitical Studies**, Tehran, v. 2, n. 1, 2018.

³⁴ RICCIERI, Marco. A report on the ambassador's conference in Rome following the 10th BRICS summit conference. **Kutafin University Law Review**. Moscow, vol. 6, n. 1, p. 225-234, apr. 2019.

ELSTER, Jon. Constitution-making and violence. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, v. 4, n. 1, p. 7-39, mar./may. 2012.

GARCÍA, Arturo Olopeza. The role of China and the BRICS project. **Mexican Law Review**, México, v. 7, n. 1, p. 109-136, jul./dec. 2014.

HANQUIN, Xue. **Chinese Contemporary Perspective on International Law**: History, Culture and International Law. The Hague Academy of international law Collected Courses. Vol. 355. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 41-234.

INDIA. Website of India's 2016 BRICS, 'About BRICS'. Available at: <<http://brics2016.gov.in/content/innerpage/about-usphp.php>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

INSHAKOVA, Agnessa O.; MARCHUKOV, Igor P. General Energy Policy and Ways of Development of Legal Regulation of Foreign Trade Turnover of Energy Resources of the BRICS Countries. In: INSHAKOV, Oleg V.; INSHAKOVA, Agnessa O.; POPKOVA, Elena G. (Eds.). **Energy Sector: A Systematic Analysis of Economy, Foreign Trade and Legal Regulations** Lecture Notes in Networks and Systems. Switzerland: Springer, 2019, p. 227-245.

KALINICHENKO, Paul. The constitutional order of the Russian Federation and its adaptability to European and Eurasian integration Project. In: PETROV, Roman; ELSUWEGE, Peter (Eds.). **Post-Soviet Constitutions and Challenges of Regional Integration**. Adapting to European and Eurasian Integration Projects. Abingdon: Routledge, 2018, p.168-177.

KUDRYASHOVA, Ekaterina. **Pravovoe regulirovanie strategicheskogo planirovaniia v sfere gosudarstvennykh finansov**. Moscow: Institute zakonodatelstva i srovnitel'nogo pravovedeniia, 2019.

MALKSOO, Lauri. **Russian Approaches to International law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

NEUWIRTH, Rostam J.; SVETLICINII, Alexandr. **The BRICS-Lawyers' Guide to BRICS Texts and Materials**. Macau: BRICS-Lawyers, 2019.

RICCERI, Marco. A report on the ambassador's conference in Rome following the 10th BRICS summit conference. **Kutafin University Law Review**. Moscow, vol. 6, n. 1, p. 225-234, apr. 2019.

ROLLAND, Sonia E. The BRICS' Contributions to the Architecture and Norms of International Economic Law Proceedings of the Annual Meeting. **American Society of International Law**, Massachusetts, v. 107, 2013, p. 164-170.

RYAZANOVA, M. O. Energy cooperation within the BRICS: Significance of the issue. **Bulletin of MGIMO**, Moscow, v. 39, n. 6, p. 7-11, 2015.

SANDREY, Ron; JANSEN, Hans Grinsted. **A fresh look at a Preferential Trade Agreement among the BRICS**. Stellenbosch: Tralac, 2013.

SHASHKOVA, Anna; VERLAINE, Michel; KUDRYASHOVA, Ekaterina, On modifications to the Constitution of the Russian Federation in 2020. **Russian Law Journal**, Moscow, v. 8, n. 1, p. 60-83, 2020.

SHOKHIN, Sergey; KUDRYASHOVA, Ekaterina. Macroeconomic Coordination in the Eurasian Economic Union: Strategic Aspects. **Russian Law Journal**. Moscow, v. 7, n. 3, 2019, p. 38-52.

SIMÕES, Fernando Dias. A Dispute Resolution Center for the BRICS? In: NEUWIRTH, Rostam J.; SVETLICINII, Alexandr; HALIS, Denis de Castro (Eds.). **The BRICS-Lawyers' Guide to Global Cooperation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 270-286.

SMITH, K. South Africa, the BRICS and human rights: In bad company? In: KHADIAGALA, Gilbert M.; PILLAY, Devan; SOUTHALL, Roger (Eds.). **New South African Review 5**: Beyond Marikana. Johannesburg: University of Witwatersrand Press, 2015.

WORLD ECONOMIC FORUM. **BRICS-plus: Alternative globalization in the making?** Available at: <<https://www.weforum.org/agenda/2018/01/brics-plus-an-alternative-to-globalization-in-the-making/>>. Last accessed: 10 apr. 2020.

ZAKHAROVA, Larissa. The interpretive approach to international law: a positivist view. **Kutafin University Law Review**, Moscow, v. 2, n.1, p. 136-155, may. 2015.

ПРЕЗИДЕНТ РОССИИ. Послание Президента Федеральному Собранию. Moscow. Available at: <<http://www.kremlin.ru/events/president/news/62582>>. Last accessed: 20 feb. 2020.

The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform*

A tensão entre o direito global de compras públicas e as tendências nacionalistas/populistas: propostas de reforma

JAVIER MIRANZO-DÍAZ^{I, II, **}

^I University of Granada (Granada, España)

^{II} University of Castilla-La Mancha (Cuenca, España)

javier.miranzo@uclm.es

<https://orcid.org/0000-0002-3186-2848>

Received/Received: 18.06.2020 / June 18th, 2020

Approved/Approved: 30.10.2020 / October 30th, 2020

Abstract

GPA had a main objective from its very beginning: confronting discrimination between bidders on national or geographical grounds and opening the system up to greater competence between private actors. The World has experienced a gradual liberalization of public national markets that was almost perceived as a natural process. But this other time thought never-ending process is experiencing serious difficulties. The global political panorama seems to be moving again towards the once forgotten nationalist ideologies; a fact that has brought back again the old host of economic protectionism to

Resumo

O Acordo de Contratação Pública (ACP) teve um objetivo principal desde o seu início: enfrentar a discriminação entre licitantes por motivos nacionais ou geográficos e abrir o sistema para maior competência entre atores privados. O mundo experimentou uma liberalização gradual dos mercados públicos nacionais que quase foi percebida como um processo natural. Mas este processo está passando por sérias dificuldades. O panorama político global parece estar se movendo novamente em direção às ideologias nacionalistas outrora esquecidas; um fato que trouxe de volta o antigo hospedeiro do protecionismo econômico à linha de

Como citar esse artigo/How to cite this article: MIRANZO-DÍAZ, Javier. The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 355-400, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.74570.

* This article has been prepared within the framework for I+D Administrative Law Beyond the State national plan (PGC2018-101476-B-I00).

** Professor of Administrative and Public Procurement Law at the University of Granada (Granada, España) and at the University of Castilla-La Mancha (Cuenca, España). He holds a PhD in Public procurement and two Masters in the fields Public Procurement and environmental law by the University of Castilla-La Mancha. He is Member of the Spanish Observatory for Public Procurement, and has carried out research stays in the University of Oxford and the European University Institute. He is Member of the Local Committee for Public Procurement in Cuenca (Spain), and has developed consulting activities concerning the EU coverage of the GPA, the anti-corruption system for public procurement in Mexico, or public procurement implementation projects in north Africa. E-mail: javier.miranzo@uclm.es.

the front line of international public markets regulation. The present paper analyses the existing situation from a critical approach. Firstly, it carries out a study of the mechanisms and motives that lie behind populisms and its relationship with international law legitimacy and traditional procurement bias. Secondly, it signals the central role of GPA as the main international instrument to face neo-protectionism, and focuses on the subtle nature of most procurement barriers and how current review mechanism fail to both efficiently tackle potential infringements and to guarantee states' autonomy. Finally, a proposal for reform is made as to the functioning of the GPA review mechanisms through the creation of a mixed review system.

Keywords: public procurement; Global Administrative Law; protectionism; free trade; nationalism.

frente da regulação dos mercados públicos internacionais. O presente artigo analisa a situação existente a partir de uma abordagem crítica. Em primeiro lugar, realiza-se um estudo dos mecanismos e motivos que estão por trás dos populismos e sua relação com a legitimidade do direito internacional e o viés tradicional de aquisição. Em segundo lugar, sinaliza-se o papel central do ACP como o principal instrumento internacional para enfrentar o neoprotecionismo, e se concentra na natureza sutil da maioria das barreiras de aquisição e como o mecanismo de revisão atual não consegue enfrentar eficientemente possíveis infrações e garantir a autonomia dos Estados. Por fim, faz-se uma proposta de reforma quanto ao funcionamento dos mecanismos de revisão do GPA através da criação de um sistema de revisão mista.

Palavras-chave: contratação pública; Direito Administrativo Global; protecionismo; livre comércio; nacionalismo.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** Global public procurement and the concept of the common interest; **3.** Reinforced concepts of community identity: the rise of populisms; **4.** Some effects of populisms in the process towards a global public procurement; **4.1.** Free Trade Agreements and the crisis of TTIP; **4.2.** Brexit and the EU; **4.3.** The Covid-19 crisis: Temporary Instabilities or Paradigm Shift? **5.** Regulatory vs Non-Regulatory Barriers In Public Procurement; **6.** Addressing Non-Regulatory Barriers Under International Law; **6.1.** The GPA and its oversight mechanisms; **6.2.** Review mechanisms of administrative decisions in breach of international law; **7.** The tension between the globalisation process and populist movements; **8.** Conclusions; **9.** References.

1. INTRODUCTION

Over the last 70 years a gradual process of globalization has taken place at many levels of legal and economic action¹. The initially economic course gave place to the creation of international bodies in charge of the safeguarding of international peace and democracy (e.g. United Nations), to foster free trade and economic cooperation (e.g. WTO) or with both economic and peacekeeping goals (EEC, EU), resulting in a steady homogenization of values, principles, freedoms and rights². From a legal perspective, globalisation puts pressure on the harmonization of rules. After the fall of the Berlin's Wall, some scholars even adventured themselves to identify a phenomenon that they named as "the end of history"³ –which has its legal matching in the concept of the

¹ INNERARTY, Daniel. **El nuevo espacio público**. Madrid: Espasa Libros, 2006, p. 224; GOLDMAN, David. Historical Aspects of Globalisation and Law. In: DAUVERGNE, Catherine (ed.). **Jurisprudence for an Interconnected Globe**. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 43.

² AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. 1st ed. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 1-28.

³ FUKUYAMA, Francis. **The end of History and the Last Man**. 1st ed. London: Penguin, 2012.

“convergence of laws”⁴ – acknowledged as the process of homogenization provoked by globalization in both law and ideologies, which would eventually lead to a unique and uniform international governance⁵. In terms of public procurement, the development of an international or global public procurement has similarly relied for its development on the liberal democracy values of international law, having the WTO and the GPA as the main engines for development⁶.

However, reality evidenced during the last decades how the alleged homogenization process deriving from globalization under the lead of liberal democracies is far from being conclusive. The reluctance to communist-tradition countries to surrender to the liberal western standards (Russia, Cuba, Venezuela, etc.) or the emergence of new non-democratic actors as main players of the international community (Qatar, Arab Emirates, etc.) has evidenced that international affairs still need to gather a wide variety of actors and ideologies⁷. From 2008 and the broke out of the economic crisis, the main threats for the conventional supranational and international institutions, standards, values and norms have come from the intensification of previously marginal nationalist and protectionist movements in the very core of western liberal democracies⁸, leading to a crisis of democratic legitimization in all spheres of action⁹. This has resulted in a gradually increase on discriminatory interventions by states around the Globe with the aim to protect their economies¹⁰. Whether this crisis was structural or cyclical, the tendency seems to be aggravated by the Covid-19 crisis as States reactions have been directed to export and import bans with different levels of explicitly¹¹, up to a point in which most European and occidental countries had adopted export bans. In this context, this article tries to recognize the tensions between these tendencies and global public procurement in order to identify lines of action for future developments.

⁴ DELMAS MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Paris: Le Seuil, 1997, p. 76.

⁵ SCHOLTE, Jan Aart. Global Civil Society. In: WOODS, Ngaire (ed.). **The Political Economy of Globalization**. London: Macmillan, p. 173-201, 2000.

⁶ CLERC, Evelyne. La mondialisation des marchés publics. BATSELÉ, Didier et al. (eds.). **Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle**. Bruxelles: Bruylants, 2000, p. 145.

⁷ See in general CASTELLS, Manuel. **The Power of Identity**. 2nd ed. Malden: Wiley-Blackwell, 1997.

⁸ ERIKSEN, Fredrik; SALLY, Razeen. Trade, Globalisation And Emerging Protectionism Since The Crisis. **ECIPE Working Paper**, n. 2, 2010, p. 3. Available at: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/174841/1/ecipe-wp-2010-02.pdf>>.

⁹ CONSTANTINESCU, Cristina; MATTOO, Aaditya; RUTA, Michele. The Global Trade Slowdown: Cyclical or Structural?. **International Monetary Fund**, vol. 15, n. 6, Jan. 2015. Available at: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp1506.pdf>>.

¹⁰ See the database in Official documents and media reports of the Global Trade Alert team, University of St Gallen, (consulted on 20 May 2020), in which they report up to four hundred discriminatory interventions in 2019. See as well DISDIER, Anne-Célia; FONTAGNÉ, Lionel; ENXHI, Tresa. **Public Procurement-Related Protection: Insights from the Global Trade Alert Database**. European Commission Technical Report 2017.

¹¹ See the examples addressed by BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J (ed.). **COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work**. London: Centre for Economic Policy Research, 2020.

For that purpose, let us begin with the overlapping interests involved in public procurement decision-making.

2. GLOBAL PUBLIC PROCUREMENT AND THE CONCEPT OF THE COMMON INTEREST

When awarding a contract, there is a first goal that must be attained: the supply of services to the Administration or the citizens. There is, therefore, a main group of interested people that the contract managers must observe when setting the awarding criteria. This group can be identified with the customers of the service, which can either be the Public Administration itself or a reduced group of citizens more or less well defined. For the construction of a Hospital, for example, account must be taken of the interests of the future workers (doctors, nurses, etc.) along with those of wide groups of the population that can be potential customers of the final healthcare service. The relevance of the interests, however, becomes weaker the further a given community is from the Hospital (other cities, other countries, etc.).

However, the current public procurement goals go far beyond the mere supply of goods and services to a given group of customers. Public procurement has become a public policy, and as such, a key tool for the development of societies in various different ways that requires, when designing the procurement criteria, the observance of broader interest that exceed those of the final users of the service provided.

It is the case for environmental protection. Procurement officers are nowadays expected to include in the procurement documents technical requirements and awarding criteria aimed to guarantee or maximize the environmental protection. These requirements are not grounded on a direct benefit for the final users of the service, but rather on an indirect and more abstract benefit for a broader group of citizens which is often referred to as the society. Similar implications derive from the use of social measures in the procurement procedures. Some of the conceivable measures, such as labour standards, respond to the interests of those involved in the provision of services (workers), but other potential social clauses –such as those related to the inclusion of disfavoured groups in the labour market through public contracts or provisions for real gender equality within a given sector– are founded on interests belonging to groups that might not be directly affected by the contract.

In terms of anti-corruption provisions, even if it can be argued that corruption actually affects each contract individually and that therefore its fight is founded on purely contractual interests, the truth is that present integrity strategies are legitimized on the fact that corruption undermines economy and democracy in a much broader

scope than that of the contract¹². This justifies that even if the public officer can prove that corruption in a given scenario can actually benefit the final users of the service, this does not legitimate his action, because there are broader extracontractual interests to protect.

Likewise, the whole modern EU and international public procurement system emerged in the 60s, based on non-discrimination on grounds of nationality or geographical origin, fundamentally relies on similar widened concept of public interests. Economic theories show how greater competition in a given contract have potential benefits for the contract itself, facilitating the attainment of a best value for money¹³. Technologic and welfare development highly depends, thus, on physical mobility and posting of workers by the awarded companies. The application of the non-discrimination principle is based on the idea that its use would generate important benefits that would exceed the contract itself, affecting the economic system as a whole.

Finally, even though benefiting enterprises is not the main goal of public procurement, it is undoubtedly one of its effects. Given that irremediably one of the bidders is to be awarded the contract, a significant concern arises on which would be the consequences of that awarding, not to the final users and the ultimate quality of the service provision, but to the economic system in which the undertaking is imbedded, or ultimately, to the undertaking itself. Awarding the contract to a given enterprise based on a given region would undoubtedly benefit the economy of that region. And therefore, when it is found that awarding contracts to companies from a certain geographical background instead of others can have macro-economic implications, contracting authorities and public institutions are tempted to take control over which sector of the economy is going to be the ultimate beneficiary of procurement markets, leading to a natural tendency towards protectionism¹⁴. Undertakings are, at this point, one of the interests involved in the decision-making process, and who do we want to favour in a given awarding procedure plays a clear role when evaluating the public interest of the contract.

The reasons underlying non-discrimination principle are grounded on the believe that these transregional interests are, indeed, favouring a wider economic interest that would end up benefiting the economic development at a higher level, so that the

¹² MIRANZO DÍAZ, Javier. Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 14, p. 1-26, jun. 2018. Available at: <<https://www.jacobea.edu.mx/revista/numero14.php>>.

¹³ KUTLINA-DIMITROVA, Zornitsa; LAKATOS, Csilla. The Global Costs of Protectionism. *World Bank Policy Research Working Paper*, Washington, n. 8277, Dec. 2017. Available at: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/962781513281198572/pdf/WPS8277.pdf>>; BALDWIN, Richard; EVENETT, Simon (ed.). **The collapse of global trade, murky protectionism and the crisis**: Recommendations for the G20. Centre for Economic Policy Research (CEPR), 2009, p. 10.

¹⁴ AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. 1st ed. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 39.

principle acts here as a counterbalance to this tendency to favour local or regional economies over others¹⁵. And it does so in two different directions:

1. In scenarios in which there are strong enough senses of belonging and enforcement measures apply, principle of non-discrimination is entitled to a wider and broader common interest. Its application is grounded on the belief that it increases the total wealth of participating communities. All that is needed to mitigate possible weaknesses or unbalances is effective redistribution policies and economic interrelations between individuals in a particular region as to assume that the particular benefits for a given community emerging from the awarding of a contract to a local enterprise would eventually revert in the good of the society as a whole by means of redistribution¹⁶.

In these scenarios, the principle of non-discrimination acts as a sort of absolute rule and it is implemented by jurisdictional powers through enforcement mechanisms.

2. When the sense of togetherness is not strong enough –and therefore it has not given place to sufficiently developed institutional and democratic mechanisms–, interrelations between economies and redistribution of welfare are not clearly set. In these situations we can identify different communities or groups, and the principle of non-discrimination acts as a general inspiring rule that would only be effectively applied in the extent in which parties agree based on negotiation.

The sense of belonging and the concept of public interest will thus play a central role for the application of the principle in one way or the other. These two different scenarios are fairly well differentiated in the national sphere (institutional enforcement) and the international sphere (negotiated enforcement). But there are nowadays other less clear scenarios in which the two ways of application are closely interrelated.

2. THE SENSE OF BELONGING: FROM PERSONAL TO NATIONAL INTERESTS

When talking about national or regional preferences and the principle of non-discrimination, few people tend to think of it as related with what we call “conflicts of interest”. It is clear that these situations fall normally out of the application of non-discrimination principle, but the rationale of regional preferences is in many ways not very different from that of a conflict of interest situation.

¹⁵ KUTLINA-DIMITROVA, Zornitsa. Government Procurement: Data, Trends And Protectionist Tendencies. **DG Trade**, issue 3, Sep. 2018, p. 5. Available at: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157319.pdf>.

¹⁶ HAMADA, Koichi. Why we need globalization. **The Japan Times**, 2018. Available at: <<https://www.japan-times.co.jp/opinion/2018/05/03/commentary/japan-commentary/why-we-need-globalization/#.XJOTxi3FTOS>>.

Conflicts of interest can be provoked by an illegal incentive (bribes), appear as a result of personal interests (e.g. shareholder of one of the bidders), or emerge as a result of a third person's interest or activities (e.g. wife/husband is shareholder of one of the bidders). In this last scenario the procurement official does not necessarily expect a personal profit from a potential biased decision, but it is the closeness with the person potentially benefited which renders the situation problematic. The presence of a conflict of interest here lies on the ties or relation between two given actors.

If we explore a bit more this kind of conflicts of interests' behaviour, we find that it is quite difficult to trace a line on when two people are close enough to be held to have a conflict of interest. With regard to family ties, the approach is relatively simple as there are social formal ties between members of a family, and therefore closeness can be argued on formal terms regardless of whether there is actual relationship between two family members¹⁷. The issue at this level can come with regard to level of family ties at which the limit must be set¹⁸.

However, the appreciation of a conflict of interest becomes more problematic when the relation between two people is merely functional. If one of the procurement officers has a friendship with one of the shareholders of a particular tenderer, a risk of bias can be perceived. And yet, although friendship can be agreed to be a highly relevant social relation as to generating risk of manipulation or deviation from public interest when it is at stake, it is quite challenging to set a rule on how strong a friendship is expected to be for it to be understood as giving place to a conflict of interest.

But the key element here is that, both in family and friendship grounded conflicts of interests, the person acting on behalf of the public authority does not expect any direct profit if acting partially, but instead, the element that generates a risk of bias in the affected person is the feeling of closeness to certain individuals in society, the sense of belonging to a particular group (family, friends, etc.)¹⁹. And at this point, we

¹⁷ At this point we need highlight the objective nature of conflicts of interests, which entails that the will of the person affected by the conflict is irrelevant when it comes to identifying a conflict of interest situation. It is therefore not necessary that the person intends to take any advantage of such an irregular situation, but instead the objective existence is sufficient. European Commission. **Report from the Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans La Vie Publique. Pour une nouvelle déontologie De la vie Publique.** Presented to President Of the French Republic on 26 January 2011, p. 15. Available at: <<https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2016/02/Rapport-Commission-Sauve.pdf>>; SOLOVEICK, Deividas; SIMANSKIS, Karolis. The Evolving Concept of «Conflict of Interest» in the EU Public Procurement Law. **European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)**, vol. 12, issue 2, 2017, p. 114. Available at: <<https://epppl.lexxon.eu/article/EPPPL/2017/2/6>>; CJEU, case T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 October 2015, para 75; CJEU, case T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, of 20 March 2013, para 115.

¹⁸ MIRANZO DÍAZ, Javier. **Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública**. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 74.

¹⁹ "Any gathering, club, or association can be 'democratic' in its participatory procedures of decision making and in some manifestation of a minimal egalitarian ethos of mutual recognition of all those involved. We can say of a family, classroom or firm that they are 'democratic'. But such an understanding of democracy tends to be

can think of multiple other social groups that can pose a risk for the impartiality of a given procurement officer. If two people share leisure activities such as belonging to a religious society or fraternity, going together to the gym, taking their kids to the same school, and the like, it is likely for them to generate a greater grade of empathy for those people in comparison with the rest of the society. These situations do not seem to engender a risk as high as the previous ones, but if a person is left to decide which person to favour from a variety of individuals, he or she would probably be prone to choose the closest one to his/her social circle.

In certain African countries, for example, we can identify the existence of socio-ethnic groups which play a great role in the public procurement decision-making process, and being part of the ethnic majority that governs public procurement entails greater chances of having access to government contracts²⁰.

Following this line of reasoning, geographical senses of belonging also play ultimately a great role in human decision-making and can affect the outcome of a public decision. Peoples tend to identify themselves with a particular local, regional and national community, and in some cases, bigger social or cultural communities such as Latin-American, American, European, African, etc.²¹ These constructions of the concept of *us* and the human tendency to favour those individuals belonging to the community instead of others is, in broad terms, what principle of non-discrimination aims to put an end to.

All the above-mentioned individuals and their particular interests (relatives, friends, religious, ethnic groups, etc.) are indeed part of the public interest and should be weighed when evaluating the pros and cons of a given procurement project as part of the public interest²². A biased decision emerges, thus, when one of those interests involved (e.g. those of a family member) is outweighed with relation to the other

procedural and applicable to societies in their various incarnations". CHENEVAL, Francis and NICOLAIDIS, Kalypso. The social construction of democracy in the European Union. **European Journal of Political Theory**, vol. 16, issue 2, 2016, p. 238. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1474885116654696>>.

²⁰ The study uses data from 474 public procurement staff to demonstrate that social identity, ethical egoistic, legislative, amoral, and religious moral schemas account for 78.51% of the variance in moral schema of respondents. All these schemas were found to be significant predictors, accounting for 73.3% of public procurement corruption" [...] "Those service providers (suppliers) who are considered non-members of the favored socio-ethnic groups do not benefit much from the bidding, evaluation and contract awards". MPEERA NTAYI, Joseph; NGOBOKA, Pascal; SABIITI KAKOOZA, Cornelius. Moral Schemas and Corruption in Ugandan Public Procurement. **Journal of Business Ethics**, vol. 112, issue 3, p. 417-436, 2013. Available at: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-012-1269-7>>.

²¹ This reality of dispersed power and identities can be appreciated specially in federal countries. See MAIR, Peter. The europeanization dimension. **Journal of European Public Policy**, vol. 11, issue 2, p. 337-348, 2004.

²² About the evolution of the concept of public interest towards a pluralism of private interests, see MORISON, John, and GORDON, Anthony. The Place of Public Interest. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 215-238, 2015.

interests involved to a point that it ends up playing a central role in a final decision, which appears clearly unbalanced.

In the case of familiar ties, friendship and other ethnic, religious or ideological aspects, the crucial fact is that they are neither legitimate nor relevant values by themselves as to be regarded as individually measurable in a procurement procedure. They are nor related to the subject matter of the contract, and being part of the family or of a given ethnic group does not provide any particular benefit for the final outcome apart from the individualized profit that a potential awarding of the contract can create on the given family or social group. Favouring these particular social communities is not accepted as a legitimate goal in public procurement – they are only to be favoured in the extent in which they are part of a greater public interest. If they are directly or indirectly favoured in grounds of family ties, friendship, religion, ideology, ethnic, or any other social community construction, they will be in breach of the principle of non-discrimination, resulting in biased decisions.

However, the exposed reasoning acquires a different nuance when a given social community is indeed politically represented and therefore the protection of its interests is legally attributed to public institutions acting on their behalf²³. At each one of the political levels, that is, spheres for democratic representation of interests geographically delimited by a voting system, there is a risk that these local interests will conflict with the greater general interest²⁴. Like in the cases described in previous paragraphs, local interests respond to the construction of a social community that has a particular sense of belonging, which in some cases can give place to situations where there is a temptation to favour local enterprises over foreigners.

In structures in which there is sufficient consistency of a legal community representing a broader interest than the local ones, there is a system of institutional balance and distribution of powers between different political levels within the same territory that guarantees the homogeneous strategy on procurement law²⁵. The challenge of procurement authorities and officers at this point is to persistently integrate their interests from a local, a national and a European perspective. This entails a logic of positive sum game where solutions found might require giving up something today in the expectation of payback tomorrow, or scarifying some apparently direct benefits for narrower groups of interests for the sake of a *higher cause*. In other words, at this level

²³ “questions of political authority as opposed to non-political institutions such as tea parties, tango dancing, and the like”. CHENEVAL, Francis; NICOLAIDIS, Kalypso. The social construction of democracy in the European Union. *European Journal of Political Theory*, vol. 16, issue 2, 2017, p. 237. Available at: < <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1474885116654696> >

²⁴ CASTELLS, Manuel. *The Power of Identity*. 2nd ed. Malden: Wiley-Blackwell, 1997, p. 71-166.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes*: la crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2013, p. 45.

non-discrimination is guaranteed through institutionally driven trust, diffuse reciprocity and the sense of belonging to a community of overlapping interests²⁶.

The consideration of non-discrimination principle as one of the basic concepts of any modern procurement legal system engenders prominence conferred to the broadest – or highest – social community or *ethos* legitimated by law that can successfully enforce non-discrimination – i.e. the European Union²⁷. This generally leads in public procurement to the prohibition of criteria that can generate favouritism grounded on any other lower or narrower constructions of social communities or networks²⁸.

But at international level the sense of belonging is still weak, and the relations between nations are still seen as that of differentiated individuals with different and competing interests. This questions even the existence of a common interest –upon which principle of non-discrimination relies–, and therefore the feasibility of the assumption of shared responsibility for the decisions and norms enacted by that community²⁹.

Additionally, the powers of international bodies are blurred, and so are the mechanisms of enforcement³⁰. This results in an international law primarily based on bilateral relations and voluntary obligations, which do not provide for strong enforceability systems when crisis arise. At this level there is not a supra-national authority with sufficient power as to ban any discriminatory practices (setting aside the EU), but rather a dispersed institutional and regulatory framework with clear enforcement mechanisms³¹. Far from the idyllic global democracy longed by many³², in which the world's civil

²⁶ TAGIURI, Giacomo. EU law and national belonging: Appeasing insiders while Resisting Nationalisms. *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4, Dalloz, 2018, p. 743. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/342833586_The_tension_between_global_public_procurement_law_and_nationalistpopulist_tendencies_proposals_for_reform>.

²⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El contrato administrativo en el derecho administrativo global: Una perspectiva Iberoamericana. In: ALCARAZ, Hubert; VERGARA BLANCO, Alejandro (dir.). **Itinerario latinoamericano del derecho público francés**. Tirant Lo Blanch, p. 367-382, 2019; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas en Iberoamérica. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (dir.); MORANDINI, Federico; FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena (coord.). **Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, p. 67-100, 2017.

²⁸ This is indeed the founding goal of the EU primary intervention in public procurement issues in the 70s. MORENO MOLINA, José Antonio. **El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea: directivas 4.0**. Oxford: Chartridge Books Oxford, 2015, p. 30.

²⁹ MORISON, John; GORDON Anthony. The Place of Public Interest. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 215-238, 2011.

³⁰ AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 72.

³¹ AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 70; WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>.

³² FUKUYAMA, Francis. **The end of History and the Last Man**. 1st ed. London: Penguin, 2012; see also SCHOLTE, Jan Aart. Global Civil Society. In: WOODS, Ngaire (ed), **The Political Economy of Globalization**. London and New York: Macmillan, p. 173-201, 2000.

society will triumph over the egotism of the nation state³³, the international community and the idea of globalisation is –still– constructed under the notion of national sovereignty³⁴, which means that the content and the extent of the non-discriminatory principle needs to be negotiated and agreed on a consensus based on reciprocity, relying on soft enforcement mechanisms exposed to regulatory risks. The ultimate foundation of non-discrimination principles over a sense of belonging to a particular social community fades away at international level³⁵, and this leaves the content of international non-discrimination principle specially exposed to political powers, namely populisms. In current times, sovereignty is argued to be conceived “as a relational resource rather than a sphere of autonomy”³⁶, in which one of the necessary premises for it to work is the principle of *positive comity* from states or *principle of affirmative cooperation* between government agencies of different nations³⁷.

Populisms, however, exhort the absolute and sacred autonomy of national will-power, rejecting collaborative or pluralist concepts of sovereignty, challenging the institutional balance.

3. REINFORCED CONCEPTS OF COMMUNITY IDENTITY: THE RISE OF POPULISMS

Populist movements generally meet certain common features that make them a threat to globalization, regardless of their left or right-wing ideology³⁸. They all hold anti-system or anti-establishment ideas, and, either because of the extoling of national identity or as a consequence of the yearn for social protection mechanisms, populisms irremediably fear globalization as one of the main threatens for the welfare state. It is argued to move away the decision-making process from people³⁹ and consequently, they present rather protectionist characteristics on their trade ideological programs

³³ See the thoughts of AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 1-28.

³⁴ SASSEN, Saskia. **A Sociology of Globalization**. New York: W.W. Norton & Company, 2007; see as well the primary critics of CERNY, Philip G. Globalization and the End of Democracy. **European Journal of Political Research**, vol. 36, issue 1, 1999.

³⁵ PICARD, Gabriel B. Legality and legitimacy in global administrative law. **e-Pública**, vol. II, n. 3, p. 215-229, dez. 2015. Available at: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v2n3/pdf/Vol.2-N%C2%BA3-Art.14.pdf>>.

³⁶ AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 106.

³⁷ CRAIG, Paul. Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 81-116, 2011.

³⁸ TAGIURI, Giacomo. EU law and national belonging: Appeasing insiders while Resisting Nationalisms. **Revue trimestrielle de droit européen**, n. 4, 2018, p. 743. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/342833586_The_tension_between_global_public_procurement_law_and_nationalistpopulist_tendencies_proposals_for_reform>.

³⁹ GAMBLE, Andrew. Globalization and the New Populism. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalisation: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century**. London: IB Tauris, 2019, p. 85.

trying to shield the interests of what they call “people”⁴⁰. And this is done by constructing a new narrative over the identity of the people for which they tend to present an oversimplified vision of reality that harks back to a bygone era –which indeed might have never existed⁴¹.

Some scholars have pointed out that new populism is seen to be drawing its strength from those left behind by globalization within the Western World⁴². There were already concerns on the potential negative effects of liberalization on certain underdeveloped nations, but up till now there was no actual awareness of the possible long term effects of globalization varying from different social levels within the same country⁴³, leading to a feeling of the existence of free riders among levels of the population and provoking a greater divide between urban or metropolitan spaces and the rural areas – or those who are connected to the sources of globalization and those who are not⁴⁴.

According to some scholars, the expansion of the *ethos* and consequently of the concept of public interest on which globalisation is founded frequently entails hurting a substantial part of a participating communities, at least in the short run⁴⁵. In this sense, the revolt against globalization can be argued to respond to a failure of the States to compensate the losers of globalization⁴⁶.

However, populisms or nationalisms cannot be explained solely on economic grounds. Instead, some of their roots are strongly engrained in culture and democratic

⁴⁰ WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>.

⁴¹ PATRICK, Diamond. The Great Globalization Disruption: Democracy, Capitalism and Inequality in the Industrial World. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London: IB Tauris, 2019, p. 31.

⁴² GAMBLE, Andrew. Globalization and the New Populism. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London: IB Tauris, 2019, p. 90.

⁴³ COTTIER, Thomas. Trade Policy in the Age of Populism: Why the New Bilateralism Will Not Work. **Brexit**: The International Legal Implications, n. 12, 2018, p. 4. Available at: <<https://www.cigionline.org/publications/trade-policy-age-populism-why-new-bilateralism-will-not-work>>.

⁴⁴ PATRICK, Diamond. The Great Globalization Disruption: Democracy, Capitalism and Inequality in the Industrial World. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London: IB Tauris, 2019, p. 31; FRIEDEN, Jeffry A. The Backlash Against Globalization and the Future of the International Economic Order. PATRICK, Diamond (ed.). **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London: IB Tauris, 2019, p. 133.

⁴⁵ GIDRON, Noam; HALL, Peter A. Populism as a Problem of Social Integration. **Comparative Political Studies**, vol. 53, n. 7, p. 1027-1059. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0010414019879947>>; HAMADA, Koichi. A Better Approach to Globalization. **Yale Global Online**, 2018. Available at: <<https://yaleglobal.yale.edu/content/better-approach-globalization>>.

⁴⁶ KALDOR, Mary. Nationalism and Globalisation. **Nations and Nationalism**, vol. 10, n. 1-2, 2004, p. 161-177, Available at: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1354-5078.2004.00161.x>>; WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>.

legitimacy⁴⁷. Far from the potential detrimental effects of the phenomenon, a re-emergence of local or territorial identity has been identified as interlinked with globalisation⁴⁸.

Populism typically claim the lack of legitimacy of some given institutional layers –claimed as external– which impose a set of basic rules, principles or limits that affect them. And for that, it constructs a new narrative of democratic legitimacy grounded on cultural aspects. Populism is widely characterized as a new way of approaching the *us* and *they* dichotomy mentioned *supra*, as they generate new and stronger narratives on who *we* are and why we are not *them*⁴⁹. They reinforce certain senses of belonging as opposed to other social or geographical communities which are not part of the group and which differ sufficiently from *us* as to be categorized as *them*, and which should be set aside in the decision-making process – immigrants, establishment oligarchs, politics, or the international community⁵⁰. And therefore, as there are two different realities, two different selves, the relations between them would have to be constructed over negotiation, because in *our* decisions, we would only take into account *their* interest to the extent in which that may represent an eventual benefit for *us*.

This can either apply to the elites (left wing populisms) or to the migrants (right wing populisms)⁵¹, or to higher and broader levels of decision-making to the central government –i.e. Catalan nationalism constantly claims lack of legitimacy of the Spanish State on a variety of issues affecting the “Catalan peoples”⁵²– to the EU – i.e. Brexit, Front National, La Lega Norte, etc.–, or to the United Nations and international organisations – i.e. Trump Administration aggressiveness towards the international community. The key aspect is that, whichever layer populisms is targeting as its enemy, *they* are not *us*

⁴⁷ COX, Michael. The Rise of Populism and the Crisis of Globalisation. *Irish Studies in International Affairs*, vol. 28, p. 9-17, 2017. Available at: <http://eprints.lse.ac.uk/86880/7/Cox_Rise%20of%20populism%20published_2018.pdf>.

⁴⁸ As Auby points out, “in a globalising world which appears to attach importance only to functional identities, individuals are rediscovering a taste for their territorial identities”. AUBY, Jean-Bernard. *Globalisation, Law and the State*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 106.

⁴⁹ RODI, Patricia. Populist Political Communication Going Mainstream? The Influence of Populist Parties on Centre-Left Parties in Western Europe. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London: IB Tauris, 2019, p. 164.

⁵⁰ TAGIURI, Giacomo. EU law and national belonging: Appeasing insiders while Resisting Nationalisms. *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4, Dalloz, 2018, p. 743. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/342833586_The_tension_between_global_public_procurement_law_and_nationalistpopulist_tendencies_proposals_for_reform>.

⁵¹ TAGIURI, Giacomo. EU law and national belonging: Appeasing insiders while Resisting Nationalisms. *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4, Dalloz, 2018, p. 743. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/342833586_The_tension_between_global_public_procurement_law_and_nationalistpopulist_tendencies_proposals_for_reform>.

⁵² As an example, Spanish Constitution states that only the State is legitimated to undertake diplomatic representation in other countries, but Catalan nationalists argue a lack of democratic legitimacy of the State to represent the Catalan peoples in any aspect of life. CASTELLS, Manuel. **The Power of Identity**. 2nd ed. Malden: Wiley-Blackwell, 1997, p. 45.

and have nothing to do with *us*⁵³. Populism takes only one of the multiple *us* that conform human nature and makes it the only significant one for decision making process, or at least it provides it with a greater weigh in the final decision⁵⁴. That is, it relies on the democratic essence of one of the politically legitimated collective groups or "us" and reinforces its identity as to an absolute "us" that is alleged to be absolute sovereign of the future of the peoples⁵⁵. This approach rejects, of course, the enforcement or intervention capacity of any other level of decision making, as it would be an unlawful interference on the will of the community, and consequently legitimates unilateral decisions of withdrawal or the unilateral creation of new paths or ways of actions by a particular level of decision-making. This phenomenon has been referred to as "negative transnational solidarity"⁵⁶, and its rationale contrasts with the intrinsic nature of the non-discrimination principle mentioned *supra*, which engenders a necessary openness for the sake of wider interests with smother or inexistent direct benefits for a given narrower community.

Populisms try, in sum, to disregard the fact that the superior political status enjoyed by a group of citizens referred to as *demos* does not require that this *demos* act alone as a self-sufficient decision-making entity⁵⁷. Decisions at any political or administrative level are not taken merely on behalf of those that a given public institution is directly representing, and therefore there are always conceivable constrains that might come from peripheral actors⁵⁸. The construction of any multi-level structure of

⁵³ WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>.

⁵⁴ See, for example, how national identities maximisation has represented a risk for EU integration in which Carey has cleverly named the problem of "undivided loyalties". CAREY, Sean. Undivided Loyalties: is national identity an obstacle to European integration?. **European Union Politics**, vol. 3, issue 4, p. 387-413, 2002. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1465116502003004001>>.

⁵⁵ RODI, Patricia. Populist Political Communication Going Mainstream? The Influence of Populist Parties on Centre-Left Parties in Western Europe. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century**. London: IB Tauris, 2019, p. 167.

⁵⁶ WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>.

⁵⁷ ORTEGA, Luis. Global Citizenship and Global Legitimacy. GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 251-262, 2011.

⁵⁸ As Nicolaïdis has explained: "persons with status can differ with regard to the thick or thin bundle of competencies they hold. For instance the owner of a car might only be allowed to drive at 30 mph on certain streets and still be the owner of the car. Similarly, the sovereign can be bound by legal and political constraints or disabilities that keep him from making certain laws and still be the sovereign law-maker". CHENEVAT, Francis; NICOLAÏDIS, Kalypso. The social construction of democracy in the European Union. **European Journal of Political Theory**, vol. 16, issue 2, 2017, p. 238. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1474885116654696>>.

power⁵⁹ requires clear and consistent connections between the different levels of such structures⁶⁰.

4. SOME EFFECTS OF POPULISMS IN THE PROCESS TOWARDS A GLOBAL PUBLIC PROCUREMENT

The most common reaction of governments before a scenario of economic crisis and uncertainty is a withdrawal from international or foreign interests in benefit of the welfare our own administrated citizens. This, of course, is not possible in local or other sub-national level, or at least is not as easy to make it part of the public discourse and the public procurement agenda, let alone putting it into practice. The strong institutional counterbalancing previously mentioned in this work acts here as a deterrent that hinders unilateral and exclusive lines of activity. However, even if there should ideally be some measures for coordination of the measures of withdrawal or protection in times of crisis, when it comes to transnational relations there are no effective counterbalances and the “wild powers” of politics can turn the official discourse around⁶¹.

4.1. Free Trade Agreements and the crisis of TTIP

The TTIP was aimed at trying to overcome trade barriers of public procurement and provide benefits for both EU and the US amounting to more than 10 billion euros⁶². However, in just over a year since the start of negotiations, the United States and the European Union went from an association agreement that was to lay “the foundations of 21st century trade” to a threat of a full-blown tariff war grounded on the populist discourse of national security⁶³. This provoked that from the very first stages, there were important differences and difficulties in the negotiations between both parties⁶⁴.

⁵⁹ LINARELLI, John. Global procurement law in times of crisis: new buy American policies and options in the WTO system. In: ARROWSMITH, S. and ANDERSON, R.D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 773-802, 2011.

⁶⁰ ORTEGA, Luis. Global Citizenship and Global Legitimacy. GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 251-262, 2011.

⁶¹ LINARELLI, John. Global procurement law in times of crisis: new buy American policies and options in the WTO system. In: ARROWSMITH, S.; ANDERSON, R. D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 791.

⁶² ECORYS. **Non-Tariff Measures in EU-U.S. Trade and Investment** – An Economic Analysis. Report prepared for the European Commission, 2009.

⁶³ HAYES, Eric. TTIP: transatlantic free trade at last?. **Global Affairs**, vol. 1, n. 2, p. 113-120, 2015. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23340460.2015.1012914>>.

⁶⁴ DEZSÓ ZIEGLER, Tamás. TTIP and Its Public Criticism: Anti-Globalist Populism versus Valid Dangers. **Studies in International Economics**, 2016, vol. 2, n. 2, p. 19-51. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2930039>.

One of the main EU concerns regarding procurement under the TTIP was that a large share of procuring entities within US states, including – and especially – regional and local entities, were not covered by the GPA⁶⁵. This, however, created a competency issue in the US as the federal Government could only foster sub-federal entities by indirect measures⁶⁶. The necessity for the US, in order to meet the requests set out by the EU, to use the grants system as a way of indirect harmonization of procurement in the federated states were some of the central issues that the negotiations of the TTIP raised⁶⁷.

On the EU side, the necessity to change the EU debarment rules to comply with the US requirements created an initial restraint. Furthermore, over the last years there has been in Europe a increasing debate on the limits of the exclusiveness of the international trade competencies transferred by Lisbon Treaty⁶⁸ and a rising concern about the risk that the liberalisation of trade markets can pose to environmental protection, public health standards, labour law and social standards, etc⁶⁹. The US sought to ease the bureaucratic burdens related to social, technical and environmental requirements required by the EU, which create *de facto* barriers of access – they have been referred to as *sophisticated protectionism practices*⁷⁰. This kind of protectionism based on social protection has been strongly fed by left-wing parties, which have been the main opponents to TTIP and procurement negotiations.

Consequently, the EU sought to soften local protectionism in the EU but was not eager (or at least was under considerable pressure of some MEPs not to be) to relax the environmental or social requirements in exchange. When the rise of populisms in each side of the Atlantic took place, the result was unsurprisingly a radicalisation of both protectionists tendencies. Nowadays, not just the TTIP negotiations are frozen⁷¹,

⁶⁵ AYMERICH CANO, Carlos. La contratación pública en el TTIP. **R.V.A.P.**, vol. I, n. 117, 2017, p. 19-41.

⁶⁶ WOOLCOCK, Steve; HEILMAN GRIER, Jean. Public Procurement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Negotiations. Paper No. 2 in the **CEPS-CTR project "TTIP in the Balance"** and CEPS Special Report No. 100, 2015. Available at: <<https://www.ceps.eu/system/files/SR100PublicProcurementandTTIP.pdf>>.

⁶⁷ YUKINS, Christopher R. The European Procurement Directives and The Transatlantic Trade & Investment Partnership (TTIP): Advancing U.S. - European Trade and Cooperation in Procurement. **GWU Law School Public Law Research Paper**, n. 2014-15, 2014. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2433219>; YUKINS, Christopher. Breaking The Impasse In The Transatlantic Trade And Investment Partnership (TTIP) Negotiations: Rethinking Priorities In Procurement. **The Government Contractor**, vol. 56, n. 27, 2014. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2471653>.

⁶⁸ AYMERICH CANO, Carlos. La contratación pública en el TTIP. **R.V.A.P.**, vol. I, n. 117, 2017, p. 19-41.

⁶⁹ See the AK Position Paper EU Trade and Investment Agreements TTIP and CETA, 2015, available at <https://www.arbeiterkammer.at/infopool/akportal/Positionspapier_TTIP_CETA_english_new.pdf>.

⁷⁰ GÓRSKI, Jędrzej. **Public Procurement in 21st Century: Balancing Liberalisation, Social Values and Protectionism**. Thesis Submitted in Partial Fulfilment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy in Laws, The Chinese University of Hong Kong July 2016, p. 36.

⁷¹ COTTIER, Thomas. Trade Policy in the Age of Populism: Why the New Bilateralism Will Not Work. **Brexit: The International Legal Implications**, n. 12, 2018, p. 8. Available at: <<https://www.cigionline.org/publications/trade-policy-age-populism-why-new-bilateralism-will-not-work>>.

and the debate has gone a step forward within the US as to whether the US should quit the GPA⁷².

Anyway, unsurprisingly, new negotiations on TTIP excluded any public procurement issue from the potential agreement⁷³. As public procurement probably is one of the subjects from the agreement in which the exercise of public power is more evident, parties wanted to make sure that they should not have any constraint if they want to foster *their* enterprises before the others. This essentially leaves EU-US procurement relations to be supervised under the rules of the GPA.

4.2. Brexit and the EU

Other strongly identity-related issue affecting public procurement has been Brexit. There is undoubtedly a sense of belonging in Brexit⁷⁴, for regardless of the economic or welfare matters, the foundations of Brexit lie on the fact that there is little or none self-identification of the British as Europeans⁷⁵. The personal narrative of British individuals does not regularly include European references⁷⁶, and they do not want to make sacrifices in benefit of EU because EU means *they*.

The stable dimension of EU transmission of sovereignty powers seems to play here a crucial role. Lord Bridge in one of the decisions handed down by the House of Lords expressed that “whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary”⁷⁷, and therefore it could be entirely revoked or amended at any time on any decision. Brexit does not

⁷² YUKINS, Christopher. Withdrawing the United States from the WTO Government Procurement Agreement (GPA): Assessing Potential Damage to the U.S. and Its Contracting Community. **The Government Contractor**, vol. 62, n. 6, 2020, p. 35. Available at: <https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2735&context=faculty_publications>; CERNAT, Lucian; KUTLINA-DIMITROVA, Zornitsa. Why public procurement openness is more important now than ever. **CEPR Policy Portal**, 16 april 2020. Available at: <<https://voxeu.org/article/why-public-procurement-openness-more-important-now-ever>>.

⁷³ “Joint U.S.-EU Statement following President Juncker’s visit to the White House”, 2018, available at: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4687_en.htm; and “EU-U.S. Trade Talks: European Commission presents draft negotiating mandates”, 2018, available at: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-502_en.htm; A. Gardner. “Prospects for a Transatlantic Trade Deal”, 2019, available at: <https://www.brunswickgroup.com/prospects-for-a-transatlantic-trade-deal-i9640/>

⁷⁴ DAMASIO, Antonio, R. **Self Comes to Mind**: Constructing the Conscious Brain. London: Pantheon, 2010; WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>.

⁷⁵ TSOUKALIS, Loukas. Brexit and Globalization: Collateral Damage or an Accident Waiting to Happen?. PATRICK, Diamond (ed.). **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London: IB Tauris, 2019, p. 275.

⁷⁶ DALY, Paul. Reprendre le contrôle: ennuis et ironies (The Ironies of ‘Taking Back Control’). **Legal Studies Research Paper Series**, n. 38, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3162560>.

⁷⁷ CRAIG, Paul. The Impact of Community Law on Public Law. In: LEYLANDS, Peter and WOODS, Terry **Administrative Law Facing the Future**: Old Constraints and New Horizons. Oxford: Blackstone, 1999, p. 27.

seek the isolation of the the country, but a relation grounded in different, more negotiated-based relations⁷⁸.

The apparent contradiction between the initial enthusiasm for the UK self-determination in procurement, which would set them free from EU procurement imposed rules, and the subsequent eagerness with which the UK Government announced the approval for the UK accession to GPA the thought provoking title of “support for UK’s continued access to £1.3 trillion market”(emphasis added)⁷⁹, is indeed grounded on the strictly voluntary, and therefore temporary, nature of the sovereignty transmission. It implies a paradigm shift in the application of the international procurement law principles: from enforcement to negotiation after Brexit. Brexit discourse is based on the proclamation that the EU, even though can be said to represent an unstable institutional arrangement, has become too stable and too binding when it comes to UK citizens spirits⁸⁰. This is why the UK, at the same time, repudiates EU *stability* and embraces more *unstable* institutional arrangements such as the GPA.

The withdrawal agreement of Brexit does not include any provision related to trade or procurement, and it requires the UK to adhere to EU rules until the transition period ends⁸¹. After these transition period, only UK rules will apply, but, as has been pointed out, as the UK has already transposed to national legislation most of the EU procurement rules, in practice not much will change until it is expressly changed⁸². Whether the populist drifting rudderless observed in the UK will lead the Government to take buy-British policy and the eventual intensity of such measures, that is another question. But in any case, in a no-deal scenario regarding a future FTA, EU remaining legislation could be revocable at any time. The GPA will be consequently the cornerstone of transnational procurement in Britain, and the UK will have more freedom to

⁷⁸ Not in vain Paul Craig accurately entitled its Act 7 about Brexit “In Search of a Negotiating Strategy”. See CRAIG, Paul. Brexit, A Drama: The Interregnum. **Yearbook of European Law**, vol. 36, n. 1, p. 3-45, 2017. Available at: <<https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yex005/4562542>>.

⁷⁹ See the notice at <https://www.gov.uk/government/news/support-for-uks-continued-access-to-13-trillion-market>.

⁸⁰ MENDEZ, Mario; MENDEZ, Fernando; TRIGA, Vasiliki. Direct Democracy in the European Union: How comparative federalism can help us understand the interplay of direct democracy and European integration. **Revista de Ciencia Política**, vol. 29, n. 1, 2009, p. 57-83. Available at: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-090X2009000100003&lng=en&nrm=iso>.

⁸¹ DUFFY-MEUNIER, Aurélie. Réflexions de nature constitutionnelle sur la loi sur le retrait du Royaume-Uni de l’Union européenne, l’European Union (Withdrawal) Act 2018. **Revue trimestrielle de droit européen**, vol. 64, n. 4, 2018, p. 759-781.

⁸² DALY, Paul. Reprendre le contrôle: ennuis et ironies (The Ironies of ‘Taking Back Control’). **Legal Studies Research Paper Series**, n. 38, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3162560>.

re-negotiate the way in which the principle of non-discrimination is applied in its government procurement system⁸³.

4.3. The Covid-19 crisis: Temporary Instabilities or Paradigm Shift?

The pandemic has evidenced the interdependency of States in supply of public procurement related goods. But as mentioned before, populisms and nationalisms of diverse natures seem to have evolved on different ways throughout the last decade, and as the protectionist tendency grows, the Covid-19 crisis can generate a turning point. Emergency powers in democratic States are aimed at preventing a potential chaotic situation in which multiple identities and collective institutions within the country might be tempted to obviate wider interests in shake of those if the smaller community. In times of crisis, thus, emergency powers are meant to virtually sacrifice every other sense of collectivity to concentrate the power in the fundamental and primary "us": the nation. This, of course, has an effect on inner collectivities (see complaints in Catalonia, Spain⁸⁴), but it has an even greater effect on the weak international "global interest". It sacrifices every shared interest, taking a step back to a purely utilitarian use of international relations⁸⁵. Emergency situations, therefore, help to reinforce the concentrated identity in the state as unified and separated from others⁸⁶.

This international situation has resulted in trade barriers to avoid shortage of basic or health-related goods in multiple countries⁸⁷, which in its turn provoked scarcity of those goods in importing countries. The politic narrative of national reindustrialization has vigorously emerged, and the possible use of public procurement measures to foster national enterprises –in order to foster the strengthening of the internal chain of production – has appeared as an evident consequence⁸⁸. Consequently, some scholars have foresee the proliferation of "trade and investment barriers and technological decoupling, with a central role reserved for states rather than for international

⁸³ CRAIG, Paul. Brexit, A Drama: The Interregnum. **Yearbook of European Law**, vol. 36, n. 1, p. 3-45, 2017. Available at: <<https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yex005/4562542>>

⁸⁴ See, for example, the article COVID-19: El Govern ve innecesario desplegar el ejército en Catalunya: "Que los destinen a otros territorios", 19th March in **La Vanguardia**: <https://www.lavanguardia.com/politica/20200319/474257623774/govern-ejercito-cataluna-innecesario-coronavirus.html>

⁸⁵ See for example Kissinger approach of international relations as described in FUKUYAMA, Francis. **The end of History and the Last Man**. 1st ed. London: Penguin, 2012, p. 321.

⁸⁶ Most decisions in Covid-19 procurement, however, have been taken in the export side, and not in the import side, and as public procurement rules is mainly affected by import issues, there has been no great direct effects.

⁸⁷ HOEKMAN, Bernard; FIORINI, Matteo; YILDIRIM, Aydin. COVID-19: Export controls and international cooperation. In: BALDWIN, Richard E. and EVENETT, Simon J. **COVID-19 and Trade Policy**: Why Turning Inward Won't Work. London: Centre for Economic Policy Research, p. 63-76, 2020.

⁸⁸ JAMES, Harold. A Pandemic of Deglobalization?. **Project Syndicate**, 28th February 2020.

institutions”⁸⁹. In our opinion, regardless of the long-term persistency of the effects of the pandemic, it is clear that in the short run it will reinforce identitarian protectionisms. Procurement might be seen in the near future as a tool for fostering national industries –requiring or promoting national providers over international, and will foster further revolts against the binding or semi-binding nature of international institutions⁹⁰.

5. REGULATORY VS NON-REGULATORY BARRIERS IN PUBLIC PROCUREMENT

Current barriers to public procurement go far beyond traditional tariff barriers⁹¹. In its webpage⁹² the European Commission highlights some of the trade barriers that one can encounter if bidding in some third countries. As an example, we can see that *Argentina* applies price preferences for domestic goods in public procurement; *Australia*, has not adopted non-discrimination as a key principle and maintain discriminatory measures; in *Brazil*, foreign companies must be legally established in Brazil to take part in national tenders, and a preference for domestic goods and services of up to 25%; in *China* there is an aggressive buy-Chinese policy which, in principle, allows only Chinese companies to bid in public tenders; foreign bids are allowed as exceptions. All these examples impose some national preference or quota that explicitly limits the access for foreign companies to government procurement. They are examples are, so to speak, of straight regulatory or *de jure* barriers.

But possible barriers might be less visible, indirect measures, such as bureaucracy requirements. In Chile, for example, the process for getting on the registry for public contracts is overly bureaucratic. Obstacles include obtaining recognition of academic qualifications for workers, the need to produce numerous notarized documents (e.g., certificates of good conduct of workers, certification of previous projects) and obtain a local tax identification number⁹³. In Israel, English notices of international tenders are only published in hard-copy in Israeli English newspapers and are not available online.

⁸⁹ GRUSCZYNSKI, Lukasz. The COVID-19 Pandemic and International Trade: Temporary Turbulence or Paradigm Shift?. *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, n. 2, p. 337-342, 2020. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3669017>.

⁹⁰ See, as an example, the analysis of President Trump’s reaction against the WTO in HUDSON, Josh, DAWSEY, J.; MEKHENNET, Souad. Trump expands battle with WHO far beyond aid suspension. *The Washington Post*, 26th April 2020.

⁹¹ Its presence is residual even in strategically protected markets such as defence. SCHOENI, Daniel E. On the Non-tariff Barriers Obstructing Free Trade in the Transatlantic Defense Procurement Market. In: RACCA, Gabriela; YUKINS, Christopher (eds.). **Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders**. Brussels: Brulyant, p. 419-470, 2019.

⁹² See: https://madb.europa.eu/madb//barriers_result.htm?isSps=false§ors=5&measures=110.

⁹³ DÍAZ BRAVO, Enrique; RODRÍGUEZ LETELIER, Aníbal. **Contratos administrativos en Chile**. Santiago de Chile: RIL Editores, 2016.

The EU is not itself free of some protectionist tendencies over the last years, either with explicit or subtle initiatives. Regarding the first type, we can appreciate them in some official documents such as opinion of the European Committee of the Regions (ECR) *Strengthening territorial resilience: empowering regions and cities to face globalization*, in which the ECR proposed that voluntary, 'non- binding initiative within the EU along the lines of a 'Buy from European Regions Charter', supporting high-quality local and regional products in Europe should be considered" in order to support local and regional products in Europe⁹⁴. Likewise, in terms of public procurement, the Opinion of the ECR *The CAP after 2020* calls for a review of European law on the award of public contracts in the mass catering sector, "incorporating a locality clause for food supply"⁹⁵.

But these still are, *stricto sensu*, regulatory barriers – even if we can call them "soft" or fuzzy regulatory barriers. Beyond this, however, a range of contractual content requirements might be included in an explicit or concealed manner in concessions, public works and other contracts, and these requirements might not explicitly imply a breach of the GPA or a bilateral treaty signed by a Contracting State. In the EU context, even if article 25 of the Directive 2014/24/EU requires for international bidders under GPA or other treaties a "no less favourable than the treatment accorded to the works, supplies, services and economic operators of the Union", in practice this equal treatment is merely formal⁹⁶. There is, however, a material side of the principle of non-discrimination which requires taking measures as to guarantee that every bidder has "effective" equal access to procurement, which is not being guaranteed by the EU⁹⁷.

The example of Israel publication of notices only in hard copy format is quite illustrative. Even if it provides formal equal treatment, as anybody could physically go and check the notice, it creates in practice a great burden for international enterprises. There is a similar barrier in the EU guarantee-based approach to environmental, social or quality standards, for even if formally they are open to anyone, it is *de facto* impossible – or extremely costly – for many foreign enterprises to comply with them. With regard to this, we have already pointed out how US main concerns regarding TTIP

⁹⁴ Opinion of the European Committee of the Regions — Strengthening territorial resilience: empowering regions and cities to face globalization (2018/C 054/07).

⁹⁵ Opinion of the European Committee of the Regions — The CAP after 2020, (2017/C 342/02).

⁹⁶ In 2013, only about 0.5% of the awarded contracts covered by the Directives were awarded to third countries companies, and this low rate is alleged to respond mainly to the *difficulty of fulfilling the quality standards stipulated in the Public Procurement Directives, specific to the European community*. PÍRVU, Daniela; BÅLDAN, Cristina. Access to the EU Public Procurement Market: Are There Disparities Based on the Origin of Economic Operators?. *Journal of Economic Issues*, vol. XLVII, n. 3, p. 765-780, 2013. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/ref/10.2753/JEI0021-3624470309?scroll=top>>; similar conclusions are reached by CARBONI, Chiara; IOSSA, Elisabetta; MATTERA, Gianpiero. Barriers to Public Procurement: A Review and Recent Patterns in the EU. *Working Paper IEFE - The Center for Research on Energy and Environmental*, 92, 2017, p. 4.

⁹⁷ GERAPETRITIS, George. Affirmative Action: A New Challenge for Equality. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 263-296, 2011.

were linked to the “excessive” and overly bureaucratic standardization of qualifications required by EU law which render highly difficult for foreign undertakings to bid; but the barriers become even worse when it comes to undertakings coming from third world or developing countries⁹⁸. There is of course an ethical dilemma with the liberalisation of these practices which evidences the contradictions engendered by globalisation⁹⁹, as it would require some degree of a waiver of the proudly achieved environmental or social guarantees of EU procurement. A scenario that might indeed promote the increase of populism¹⁰⁰.

In this context, the EU seems to have opted for what we can call “ethical or principled protectionism”, and the European Commission seems indeed to be hardening its discourse on this matter. In its *Communication: Guidance on the participation of third country bidders and goods in the EU procurement market* it states that some international treaties, which include the lessening of environmental requirements to third country firms, create disadvantages for EU undertakings, and therefore it calls for a need to apply the EU public procurement rules and foster environmental, social and quality standards in contracts, “as to ensure that the same, or equivalent, standards and requirements apply to EU and third country bidders”¹⁰¹. Similar tendencies can be observed on the social sphere, the inclusion of decent working conditions often gives place to discriminatory provisions and trade barriers with negative impacts on the openness of the market¹⁰².

Finally, we must be aware that government procurement is not isolated from other branches of international trade. International norms such as the General Agreement on Trade in Services and General Agreement on Trade in Services (GATS) and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) recognize the regulatory independence of public procurement, which is contained as one of the exclusions for their application.¹⁰³ However, GPA effectiveness strongly depends, in practice, of these two

⁹⁸ PÍRVU, Daniela; BÅLDAN, Cristina. Access to the EU Public Procurement Market: Are There Disparities Based on the Origin of Economic Operators?. *Journal of Economic Issues*, vol. XLVII, n. 3, p. 765-780, 2013. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/10.2753/JEI0021-3624470309?scroll=top>>.

⁹⁹ AUBY, Jean-Bernard. Globalisation, Law and the State. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 1-28.

¹⁰⁰ COTTIER, Thomas. Trade Policy in the Age of Populism: Why the New Bilateralism Will Not Work. **Brexit: The International Legal Implications**, n. 12, 2018, p. 3. Available at: <<https://www.cigionline.org/publications/trade-policy-age-populism-why-new-bilateralism-will-not-work>>.

¹⁰¹ European Commission. **Communication: Guidance on the participation of third country bidders and goods in the EU procurement market**, 2019.

¹⁰² CORVAGLIA, Ana Maria. **Public Procurement and Labour Rights**: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation. *Studies in International Trade and Investment Law*. Oxford: Hart Publishing, 2017.

¹⁰³ ANDERSON, Robert D.; MULLER, Ana C. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development. *Georgetown Journal of International Law*, 48, 2017, p. 984. Available at: <<https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-The-Revised-WTO-Agreement-on-Government-Procurement-GPA.pdf>>.

norms.¹⁰⁴ Whereas its provisions autonomously regulate a certain market sector, their effectiveness is directly conditioned by the measures contained in GATS and GATT as they set enabling conditions for undertakings to operate in a given territory¹⁰⁵. Proof of this is that there has been GATT based case-law affecting or ruling over public procurement matters, such as the GATT Panel Report, Panel on Value-Added Tax and Threshold, GPR/21, adopted 16 May 1984, BISD 31S/247, concerning United States and the European Community about the validity of the exclusion of VAT when determining the estimated value of public contracts¹⁰⁶. Therefore, effective openness of the procurement market relies on the ability to bid (GPA) and the general conditions in which competitiveness for goods and service supplying takes place (GATS and GATT) –and therefore, so does protectionism¹⁰⁷.

6. ADDRESSING NON-REGULATORY BARRIERS UNDER INTERNATIONAL LAW

Most of the nowadays barriers to access to public procurement markets are then grounded on administrative requirements designed at internal level. Certain provisions, regardless of whether they were initially conceived for that purpose or not intentionally intended to do so, represent technical barriers to transatlantic trade. The observed nationalist tendencies could lead to a concealed regression over protectionist practices in public procurement without evidently breaching the international legal order¹⁰⁸, and therefore review mechanisms should shift attention, in our view, from regulatory to administrative decision when it comes to public procurement¹⁰⁹.

¹⁰⁴ CARBONI, Chiara; IOSSA, Elisabetta; MATTERA, Gianpiero. Barriers to Public Procurement: A Review and Recent Patterns in the EU. **Working Paper IEFE - The Center for Research on Energy and Environmental**, 92, 2017, p. 4.

¹⁰⁵ DAVIES, Arwel. The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospects for the Future. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVRODIS, Petros C. (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: 2017, p. 23.

¹⁰⁶ AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 45. The relation between these two international norms nevertheless not clear, as it can be appreciated in WT/DS412/AB/R, Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector; WT/DS426/AB/R, Canada — Measures Relating to the Feed-In Tariff Programme, adopted May 24, 2013, regarding the applicability of the government procurement exception to a particular case.

¹⁰⁷ ANDERSON, Robert D.; MULLER, Ana C. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development. **Georgetown Journal of International Law**, 48, 2017, p. 977. Available at: <<https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-The-Revised-WTO-Agreement-on-Government-Procurement-GPA.pdf>>..

¹⁰⁸ AZOULAI, Loïc; RITLENG, Dominique. Intégration européenne et passions nationales. **Revue trimestrielle de droit européen**, n. 4, 2018, p.721.

¹⁰⁹ The same line of action has been proposed by SCHWARTZ, Joshua I. Procurement in times of crisis: lessons from US government procurement in three episodes of crisis in the twenty-first century. In: ARROWSMITH, S.; ANDERSON, Robert D. (eds.). **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. pp. 773-802.

A control over this kind of discrimination based solely on preceding –either substantive or procedural– obligations and merely positive approaches falls short for the effectiveness sought. Most of these neo-protectionist tendencies are manifesting themselves as administrative decisions that transcend the formality of the positive law.

The case of administrative barriers allowed in CETA are a good example. In this treaty, signing states can introduce higher environmental requirements without breaching the agreement. CETA does not, however, explicitly mention the applicability of social criteria in public procurement. It is not clear whether they are absolute exceptions or to which extent they can be applied, and the acceptance of any exception of this kind without standardized judicial review over proportionality and reasonableness can indeed expose these guarantees for being used as indirect means for local protection.

When the legal standards at stake are homogenised in a given region (e.g. EU) the requirement of this particular level of compliance does not represent a threat for non-discrimination principles. However, non-discrimination concerns arise when the standards required are unreasonably raised as to exclude an important part of the market. In cases in which the standards at stake substantially vary from one region to the other, being geographically disconnected, the risk of use of these requirements as a concealed mean for keeping foreign companies out of the tendering procedure increases.

As several scholars have pointed out, the concept of global administrative law is not constructed up on a solid constitutional legitimacy, but its legitimacy and robustness instead rely on common values or principles such as transparency, accountability, and notably, the effectiveness of the mechanism for review¹¹⁰. Effective judicial assessment acts as the main factor for guaranteeing homogeneous applicability of normative content and for defining the shape of procurement principles¹¹¹. Otherwise, the principles in which public international procurement law relies, which are not elaborated in detail within the GPA or the treaties, will remain open for speculation as to how the particular administrative law principles should be interpreted in detail¹¹².

¹¹⁰ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard, The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, vol. 68, n. 15, 2005; GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom. Values in Global Administrative Law: Introduction to the Collection. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 1-16, 2011; CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Torino: Einaudi, 2009, p. 166; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Principles of an International Order of Information. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 117-124, 2011; TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of Global Administrative Law: An Overview. **India Quarterly**, vol. 67, issue 4, p. 355-372, 2011. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/097492841106700405>>.

¹¹¹ ZWART, Tom. Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level? In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 193-214, 2011.

¹¹² CRAIG, Paul. **UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 712; ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue. The WTO regime on government

6.1. The GPA and its oversight mechanisms

The GPA is the main international binding document regarding public procurement regulation¹¹³. Its main goal is to ensure the international openness of public markets, and thus, it proclaims a principle of non-discrimination – though its content differs from that of the EU in intensity¹¹⁴. The GPA requires the ban of discrimination on grounds or origin of the undertaking (foreign affiliation or ownership), and based on the origin of goods and services (article IV.2). It sets and reinforce good governance, due process and integrity aspects in the procurement procedure¹¹⁵.

However, it can be affirmed that the practical effects of GPA have been somehow limited¹¹⁶. Coverage, enforceability and intensity of application is grounded on criteria such as the type of contract, its amount, the contracting entity, etc., and these criteria in their turn vary from country to country. For this purpose, each two years, members of the GPA provide list of entities covered by the Annexes of the GPA¹¹⁷, with possible partial revocability or modification of the coverage of provisions of the GPA grounded on reciprocity between States¹¹⁸. Additionally, the most favoured nation principle, valid in bilateral relations, needs to be respected¹¹⁹.

Also the effect of possible applicability outside thresholds is quite limited. Compared to the EU procurement directives, whose principles of public procurement apply

procurement: past, present and future. In: ARROWSMITH, Sue and ANDERSON, Robert D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 3; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

¹¹³ DAVIES, Arwel. The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospects for the Future. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: March 2017, p. 23.

¹¹⁴ CORVAGLIA, Maria Anna. TTIP Negotiations and Public Procurement: A Federalist Approach. **Journal World Investment and Trade**, vol. 19, n. 3, p. 392-414, 2017. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958136>.

¹¹⁵ ANDERSON, Robert D.; MULLER, Ana C. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development. **Georgetown Journal of International Law**, 48, 2017, p. 993. Available at: <<https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-The-Revised-WTO-Agreement-on-Government-Procurement-GPA.pdf>>.

¹¹⁶ CARBONI, Chiara; IOSSA, Elisabetta; MATTERA, Gianpiero. Barriers to Public Procurement: A Review and Recent Patterns in the EU. **Working Paper IEFE - The Center for Research on Energy and Environmental**, 92, 2017, p. 8.

¹¹⁷ DAWAR, Kamala. The Government Procurement Agreement, the Most-Favored Nation Principle, and Regional Trade Agreements. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: March 2017, p. 111.

¹¹⁸ The State that starts a modification can even make the modifications with an objection from another GPA Party, but it would have to accept equivalent withdrawals from the objecting Party.

¹¹⁹ DAWAR, Kamala. The Government Procurement Agreement, the Most-Favored Nation Principle, and Regional Trade Agreements. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: March 2017, p. 113.

to every tender within EU territory regardless of the thresholds¹²⁰, the GPA is quite more flexible for not covered contracts¹²¹, leaving total discretion for countries to implement national or regional preferences¹²².

There is, therefore, wide flexibility for GPA parties for design market access commitments even within the GPA, and non-discrimination principle becomes conditional¹²³. In this context, the principle of non-discrimination can take multiple shapes, and coordination of such a principle to be established in practice needs effective control over the content. However, there is a weak or soft review process when national review mechanisms fail to consistently apply the principles and provisions of the GPA¹²⁴.

There are essentially two enforcement or review mechanisms within the GPA: (1) article XX, which refers to the standard WTO Dispute Settlement process through the appellate body, and which provides for government-to-government dispute settlement¹²⁵; and (2) article XVIII, which requires acceding parties to have “domestic review procedures”. There has been, however, little use of the former, whereas material effectiveness of the latter is virtually not possible to check if the State-State instrument is not successfully used for that purpose.¹²⁶ The GPA’s requirement for domestic review procedures has made an important contribution to secure formal access to justice in procurement, but effective supervision of compliance with GPA provisions is not guaranteed¹²⁷.

¹²⁰ MORENO MOLINA, José Antonio. **Derecho Global de la Contratación Pública**. Ciudad de México: Ubijus, 2011, p. 64; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/abr. 2017.

¹²¹ ANDERSON, Robert D.; MULLER, Ana C. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development. **Georgetown Journal of International Law**, 48, 2017, p. 984. Available at: <<https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-The-Revised-WTO-Agreement-on-Government-Procurement-GPA.pdf>>; ARROWSMITH, Sue. The Revised Agreement on Government Procurement: Changes to the Procedural Rules and Other Transparency Provisions. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

¹²² The USA have already adopted national preference rules in the Buy American Act, creating two legal levels notably unalike one another within the same legal system.

¹²³ ANDERSON, Robert D.; MULLER, Ana C. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development. **Georgetown Journal of International Law**, 48, 2017, p. 985. Available at: <<https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-The-Revised-WTO-Agreement-on-Government-Procurement-GPA.pdf>>.

¹²⁴ DAVIES, Arwel. The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospects for the Future. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: March 2017, p. 23.

¹²⁵ ZWART, Tom. Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level?. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 193-214, 2011.

¹²⁶ DAVIES, Arwel. The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospects for the Future. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: 2017, p. 28.

¹²⁷ DAVIES, Arwel. The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospects for the Future. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. (eds.). **The Internationalization of Government**

Proof of the scarce efficacy of such a system is that, since the GPA – then “Tokyo Round Code on Government Procurement” – was originally approved in 1979 only one procurement case has reached a final decision under the WTO’s dispute procedures stemming from the Government Procurement Agreement¹²⁸. As Gordon has pointed out, this can respond to two causes: first, procedures are relatively slow, and procurements by their nature need a dynamic pace; and second, the real party in interest may well not be the government, but rather the injured tenderer, who often would prefer to pursue its own case, without dealing with its government¹²⁹.

At national level, putting Spain as an example, there have neither been cases before the procurement courts in which the GPA has been used as ground for discussion over the content of the dispute. The resolutions are made, conversely, relying essentially on national or EU case-law.

In sum, the GPA review system does not provide with real tools for homogenised interpretations of discriminatory behaviours. As there is not practical use of State claims and national courts cannot either raise questions or seek clarification, there is not a harmonised legal interpretation on how non-discrimination principle is to be interpreted under the scope of the GPA. Consequently, national courts will keep a tendency to apply these concepts as they were formerly applied in their particular legal systems.

But ironically, in the current context of uncertainty regarding the process of globalization of public procurement law, the role of GPA as a guarantor of minimum free trade and non-discrimination principles in procurement appears to be capital¹³⁰, as Brexit and the failure of TTIP leave GPA as the main legislative piece in the field. In this context, the creation of a GPA permanent court has been claimed as a suitable amendment as to help to solve these shortcomings. However, it is not clear whether the GPA as an international multilateral agreement has the required *demos* or community basis for guaranteeing long-standing roots and proper enforcement. Let us analyse the feasibility of this proposition by examining the results of other existing dispute resolution mechanisms.

Procurement Regulation. Oxford Scholarship Online: 2017, p. 26.

¹²⁸ The case of US vs Korea WT/DS163/7, 6 November 2000. YUKINS, Christopher. US Government Contracting in the Context of Global Public Procurement. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVRODIS, Petros C (eds). **The Internationalization of Government Procurement Regulation.** Oxford Scholarship Online: p. 265-287, 2017.

¹²⁹ GORDON, Daniel I. GPA Institutional Provisions: Domestic Review Procedures & WTO Dispute Settlement. **Symposium on the revised WTO agreement on government procurement.** Geneva, September 2015. Available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/symp092015_e/S7-2Gordon.pdf>.

¹³⁰ WOLFE, Robert. Exposing governments swimming naked in the COVID-19 crisis with trade policy transparency (and why WTO reform matters more than ever). In: BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J (eds.). **COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work.** London: Centre for Economic Policy Research, p. 165-178, 2020.

6.2. Review mechanisms of administrative decisions in breach of international law

Initial negotiations over the TTIP provided for an independent system of dispute resolution protecting foreign bidders based on the Investor-State Dispute Settlement (ISDS)¹³¹. This kind of dispute settlement resolution typically refers either to arbitration mechanisms under the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) or the United Nations Commission for International Trade Law Rules (UNCITRAL) administered by the Permanent Court of Arbitration (PCA), or an *ad hoc* tribunal¹³². Un any case, arbitrators, with either private or public backgrounds and with no particular judge career requirements, are elected under certain rules for a specific case with assured flexibility to the parties to agree¹³³.

These mechanisms ensure procedural guarantees by giving a direct access to independent review bodies with competence to evaluate the decisions of a sovereign national legislator. To ensure enforceability, article 54 of the ICSID convention requires each "Contracting State" to recognize and enforce the awards of the arbitration as a judgement coming from the highest supreme or federal court of the country¹³⁴.

This kind of judicial review, even though it has been widely applied in other FTA¹³⁵, rises a certain concern in terms of legitimacy of these *ad hoc* courts¹³⁶. They are essentially used to safeguard investors' interests when signing agreement with countries whose national judiciary system does not give strong confidence. But it is done at the stake of scarifying a portion of national sovereignty, for even though arbitrary decisions do not formally imply any breach of the exclusive competences of national courts to interpret domestic legislation – see Opinion 1/17 Of The CJEU (Full Court), 30 April

¹³¹ YUKINS, Christopher. Breaking The Impasse In The Transatlantic Trade And Investment Partnership (TTIP) Negotiations: Rethinking Priorities In Procurement. **The Government Contractor**, vol. 56, n. 27, 2014. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2471653>.

¹³² CHARRIS-BENEDETTI, Juan Pablo. The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?. **Revista Derecho del Estado**, n. 42, p. 83-115, 2019. Available at: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5665>>.

¹³³ Parties can choose the Rules applicable to the disagreement, the arbitrators, the institution that is going to supervise the proceedings or the language of the proceedings. CHARRIS-BENEDETTI, Juan Pablo. The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?. **Revista Derecho del Estado**, n. 42, 2019, p. 83-115, 2019. Available at: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5665>>.

¹³⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones. BARNÉS, Javier. (coord.) **Entre tribunales**: libro homenaje a Pablo García Manzano. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 250.

¹³⁵ KOETH, Wolfgang. Can the Investment Court System (ICS) save TTIP and CETA?. **European Institute of Public Administration working paper** 2016/W/01. Available: <https://www.eipa.eu/wp-content/uploads/2017/11/20161019072755_Workingpaper2016_W_01.pdf>.

¹³⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones. Barnés, Javier. (coord.) **Entre tribunales**: libro homenaje a Pablo García Manzano. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 250.

2019, on the adequacy of CETA's dispute settlement mechanism to EU Law – it implies in practice abridges of national courts on the interpretation of specific cases whose decisions can be reviewed. And this displacement is done in favour of a court that does not respond to traditional democratic standards.

Therefore, it is primarily grounded on distrust from investors – and the countries behind them – on the effectiveness of national review systems, and for its application requires a sacrifice of some of the basic constitutional and democratic principles of traditional electoral mechanisms and division of powers.

As a consequence, concerns regarding ISDS have arisen in past years specially grounded on three main inadequacies: lack of consistency – leading to contradictory decisions in apparently similar cases¹³⁷ –, lack of impartiality¹³⁸, and lack of transparency¹³⁹, privately appointed judges with no democratic roots¹⁴⁰. These deficiencies are particularly reluctantly tolerated in international spheres, where judicial review of legislative or administrative acts come from a level of ethos that does not represent a *demos* – i.e. sovereignty.

Common proposals for amendment of the system include the creation of appellate bodies¹⁴¹, but the EU seems to have taken another path. EU had to deal with complex concerns regarding national sovereignty and supranational powers in the past throughout the process of European integration¹⁴², so it tried to address this issue within the context of the TTIP negotiation by proposing the creation of an Investment Court System (ICS) that would simultaneously allow to have a functional investment protection service and avoid the undermining of the rule of law. As opposed to privately appointed judges and opaque nominating procedures governing ISDS, the ICS

¹³⁷ See the example of *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Ad hoc - UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award of 13 September 2001, Final Award of 14 March 2003; and *Lauder v. Czech Republic*, Final Award, 3 September 2001, Ad hoc - UNCITRAL Arbitration Rules; as commented by LAIRD, Ian; ASKEW, Rebecca. Finality versus Consistency: Does Investor State Arbitration Need an Appellate System?. **The Journal of Appellate Practice and Process**, vol. 7, issue 2, 2005, p. 299. Available at: <<https://lawrepository.ualr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1328&context=appellatepracticeprocess>>.

¹³⁸ The risks cover the conflicts of interests or double-hat dilemma –multiple roles by the same players–, the possible incentives for arbitrators to foster litigation, etc. HORVATH, Gunter J.; BERZERO, Roberta. Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma. **Transnational Dispute Management (TDM)**. 2017.

¹³⁹ Traditionally ISDS cases were only public with the agreement of both sides, a lack of transparency which made concern about this review mechanisms grow. CHARRIS-BENEDETTI, Juan Pablo. The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?. **Revista Derecho del Estado**, n. 42, p. 83-115, 2019. Available at: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5665>>.

¹⁴⁰ See the concerns of Cecilia Malmström when she talked about the need to implement a "rule of law" system, and not a "rule of lawyers". MALMSTRÖM, Cecilia. **Concept Paper: Investment in TTIP And Beyond - The Path for Reform**. European Commission, 2015.

¹⁴¹ BUTLER, Nicolette. Possible Improvements to The Framework of International Investment Arbitration. **The Journal of World Investment & Trade**, vol. 14, issue 14, 2013, p. 632.

¹⁴² KOOPMANS, Tim. Globalisation of Administrative Law — the European Experience. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 393-406, 2011.

proposal would aim at the construction of a public court system with publicly appointed judges (in contrast with panels of private lawyers) composed of a first instance Tribunal and an Appeal Tribunal, always pointed prior to the emergence of the eventual dispute. This would ideally provide democratic grounds for the functioning of these courts and preserve the *right to regulate* of the states¹⁴³.

But precisely, concerns raised against the ICS were essentially founded on the fact that it was meant to focus on administrative decisions and guarantee a State's "right to regulate"¹⁴⁴. Detractors would argue that even if it solves legitimacy problems with regards to populist and protectionist demands, it would also highly increase regulatory associated risks for investors. Furthermore, "official" judges are necessarily to be financed by the States with vocation of permanence, raising costs in a scenario in which States are unwilling to provide financial resources¹⁴⁵. Likewise, there is no evidence as to why judges are not going to be necessarily more impartial than arbitrators¹⁴⁶.

There is, furthermore, an additional important issue, which is that judgements would set de facto precedence, something that does not happen in ISDS, thus establishing a new international official case-law to be followed. For that purpose, ICS mechanisms provide the creation of an appellate court as to unify possible disagreements in existing case-law. Even though this would give consistency to international judgements –remedying some of the inconsistency problems mentioned *supra* – it is not clear whether countries such as EU27 or the USA would necessarily welcome this circumstance, especially in an identity-based regression scenario¹⁴⁷. Other traditional risks of creating an international court include delays for final judgements and increasing of the amount of cases to an unmanageable point¹⁴⁸. Most of these characteristics however, although evidently negative, would in the end be the consequence of bringing international review mechanisms closer to domestic courts, with their benefits and disadvantages. Whether the balance is positive or whether the international community is ready for – or needs – this shift, is another question¹⁴⁹.

¹⁴³ KOETH, Wolfgang. Can the Investment Court System (ICS) save TTIP and CETA?. **European Institute of Public Administration working paper**, 2016/W/01, p. 5.

¹⁴⁴ KOETH, Wolfgang. Can the Investment Court System (ICS) save TTIP and CETA?. **European Institute of Public Administration working paper**, 2016/W/01, p. 8.

¹⁴⁵ MEKHENNET, Souad. Trump expands battle with WHO far beyond aid suspension. **The Washington Post**, 26th April 2020.

¹⁴⁶ GLEASON, Erin E. International Arbitral Appeals: What Are We So Afraid Of? **Dispute Resolution Law Journal**. vol. 7, 2007, p. 273-275.

¹⁴⁷ KOETH, Wolfgang. Can the Investment Court System (ICS) save TTIP and CETA?. **European Institute of Public Administration working paper** 2016/W/01, p. 3.

¹⁴⁸ GLEASON, Erin E. International Arbitral Appeals: What Are We So Afraid Of?. **Dispute Resolution Law Journal**. vol. 7, 2007, p. 273-275.

¹⁴⁹ TAMS, Christian J. Is There a Need for an ICSID Appellate Structure? In: HOFMANN, Roald and TAMS, Christian (eds.) **The International Convention For The Settlement Of Investment Disputes: Taking Stock After 40 Years**, Nomos: Baden Baden, 2007.

Judicial review for international agreements through ICS has already been applied by the EU-Vietnam Free Trade Agreement and the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), and more recently in the EU-Singapore Investment Protection Agreement and the EU-Mexico Trade Agreement¹⁵⁰. In CETA, however, the expected effect of the creation of an ICS might be weakened in practice by the procedural access to the system, as CETA's provisions on dispute settlement still requires the claim to be brought up before the court against the infringing state, and not against an administrative decision. Therefore, if a supplier believes the CETA has been breached either by the contracting authority or the State, it has two options: (1) direct relief through the national claim's procedure¹⁵¹ or (2) indirect relief by suing the state itself before the ICS¹⁵². This procedure seems in practice to encourage national mechanisms for individual unfair treatments and the reservation of claims against the State (and therefore of international arbitration) to serious *regulatory breaches*¹⁵³.

Other question for debate is the degree of autonomous enforceability of the court's decisions. The ISDS system does not apply automatically in light of the *lex arbitri* principle. An exception to this rule is cases settled under the International Centre for State Investor Disputes (ICSID) of the World Bank, which are directly enforceable. In an ICS scenario, and according to some scholars, judgements would be *de facto* enforceable.¹⁵⁴ But the mechanisms for direct enforceability vary on the supranational dispute settlement domain, and the EU preliminary ruling mechanism is a good example¹⁵⁵. In the EU legal context, even if the CJEU case-law has binding effects and direct enforceability recognized by articles 280 and 290 of the TFEU, its decisions under preliminary ruling are not directly enforced in a traditional sense. The EU treaties and EU regulations are directly applicable in member states but enforced by domestic courts. It is common ground that whilst the European Court of Justice is the authoritative arbiter on the construction of Community law, it is not the primary enforcer thereof. Instead, the founding fathers of the Community opted for a system whereby enforcement of Community law

¹⁵⁰ CHARRIS-BENEDETTI, Juan Pablo. The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?. *Revista Derecho del Estado*, n. 42, p. 83-115, 2019. Available at: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5665>>.

¹⁵¹ Article 14.3 of CETA's dispute settlement chapter specifies that recourse to the dispute settlement provisions of CETA are without prejudice to any action that Canada or the EU might bring under the GPA (which allows for access to the WTO dispute settlement procedure).

¹⁵² Article 8.23 of the CETA.

¹⁵³ COLLINS, David A. Globalized Localism: Canada's Government Procurement Commitments under CETA. *Journal of Transnational Dispute Management*, n. 2, 2016.

¹⁵⁴ KOETH, Wolfgang. Can the Investment Court System (ICS) save TTIP and CETA?. **European Institute of Public Administration working paper**, 2016/W/01.

¹⁵⁵ The EU has been frequently claimed to represent a laboratory for globalisation in many ways. KEATING, Michael. Europe's Changing Political Landscape: Territorial Restructuring and New Forms of Government. In: BEAUMONT, Paul; LYONS, Carol; WALKER, Neil (eds). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 3.

was left, in the first place, to the Member State courts¹⁵⁶. Such a decentralized system of enforcement seems to be in line with the underlying nature of the proposed ICS and could serve as a possible line to follow for future amendments of the GPA¹⁵⁷.

7. THE TENSION BETWEEN THE GLOBALISATION PROCESS AND POPULIST MOVEMENTS

As exposed, there is in general big enthusiasm within the academic doctrine as to the benefits of international trade for overall of the World population: it improves economic synergies and fosters both commercial and democratic developments¹⁵⁸. So that when the legitimization of the treaties is distrusted, or when the enforcement mechanisms and review bodies are questioned, it is common to find proposals that imply a step forward as a way of legitimacy. If there is a problem with the inconsistency of judgements, let us make them courts-like judgements. If there is an atomization of international norms regarding foreign investment, let us “abandon the chaotic system of investment regulation, and strive towards the creation of a single, global overarching investment treaty”¹⁵⁹. But if we take this approach to the legitimacy issues presented by international review mechanisms, we will be falling into a partly blind examination solely based on experts and enthusiasts, technology and passion, while excluding a broader spectrum of views¹⁶⁰. Populism movements are a good reminder of the fact

¹⁵⁶ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Hunter R. Promoting Accountability in Multilevel Governance: A Network Approach. *European Law Journal*, n. C-06-02, 2007, p. 42. Available at: <<http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/wp/pdf/egp-connex-C-06-02.pdf>>.

¹⁵⁷ BROBERG, Morten. The Preliminary Reference Procedure and Questions of International and National Law. *Yearbook of European Law*, vol. 28, n. 1, p. 362-389, 2009. Available at: <<https://academic.oup.com/yel/article/28/1/362/1634246>>.

¹⁵⁸ TRIONFETTI, Federico. Public Procurement, Market Integration, and Income Inequalities. *Review of International Economics*, vol. 9, issue 1, p. 29-41, 2001. Available at: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-9396.00261>>; UTTLEY, Mathew R.H.; HARTLEY, Keith. Public Procurement in the Single European Market: Policy and Prospects. *European Business Review*, vol. 94, n. 2, 1994, p. 3-7. Available at: <<https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/09555349410054132/full/html>>; SMITH, Mitchell. **State of Liberalization**: Redefining the Public Sector in Integrated Europe. New York: State University of New York Press, 2005; CARBONI, Chiara; IOSSA, Elisabetta and MATTERA, Gianpiero. Barriers to Public Procurement: A Review and Recent Patterns in the EU. **Working Paper IEFE - The Center for Research on Energy and Environmental**, 92, 2017, p. 9; SCHOOENER, Steven L.; YUKINS, Christopher R. Public Procurement: Focus on people, Value for Money and Systemic Integrity, Not Protectionism. In: BALDWIN, Richard and EVENETT, Simon (eds.). **The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis**: Recommendations for the G20. S.l.: VoxEU.org Publication, 2017. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356170>.

¹⁵⁹ BUTLER, Nicolette. Possible Improvements to The Framework of International Investment Arbitration. **The Journal of World Investment & Trade**. vol. 14, 2013, p. 632; Malmström points to the same direction when she speaks about embedding the ICS into the context of a multilateral organization MALMSTRÖM, Cecilia. **Concept Paper: Investment in TTIP And Beyond - The Path for Reform**. European Commission, 2015.

¹⁶⁰ CRAIG, Paul. Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 81-116, 2011.

that the tension at the heart of modern constitutionalism requires an answer in more constructive terms¹⁶¹.

There is currently no efficient enforcement system at transatlantic level capable of tackling administrative decisions (non-regulatory) not expressly directed but implicitly oriented to favour national bidders. But as we have pointed out before, an artificial construction of institutional and legal enforcement, if it is not grounded on an abstract and, to some extent, irrational, sense of community, it would probably experience an eventual crisis of legitimacy¹⁶². The creation of permanent courts would imply a step forward that would require not just momentary or punctual acceptance by States of some terms and conditions, but long-term tolerance of a particular level of obedience to "higher" bodies that could lead to future restraints of sovereignty¹⁶³. In the current situation, this seems somehow problematic, and it cannot be disregarded that, even if the concept has evolved, primary legitimacy is still mainly based in the 19th Century idea of nation and sovereign State¹⁶⁴.

On the other hand, review bodies, judicial activism and judicial dialogue has been demonstrated to be one of the key elements for the creation of a certain degree of togetherness – an embryonic *demo* – up on which other elements of harmonization can be taken¹⁶⁵. However, the steps on this process must not obviate restraining elements such as the prevalence at origin of national identities¹⁶⁶. Judiciary review might end up substituting at international level other dispute resolution mechanisms such as diplomacy or even arbitrary, but the process needs to avoid missteps.

Having said that, and according to what has been previously explained, the GPA possesses certain characteristics that make it a particularly wide and permanent tool as compared to other international economic norms. The use and acceptance of this norm seems to provide enough flexibility and vocation of permanence as to be consider something more than a treaty. As Yukins said, the GPA relies on participating countries

¹⁶¹ WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>; COX, Michael. The Rise of Populism and the Crisis of Globalisation. **Irish Studies in International Affairs**, vol. 28, 9-17, 2017. Available at: <http://eprints.lse.ac.uk/86880/7/Cox_Rise%20of%20populism%20published_2018.pdf>.

¹⁶² WALKER, Neil. Sovereignty and Beyond: The Double Edge of External Constitutionalism. **Virginia Journal of International Law**, vol. 57, issue 3, 2018, p. 799-820. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3057407>.

¹⁶³ WALKER, Neil. Sovereignty and Beyond: The Double Edge of External Constitutionalism. **Virginia Journal of International Law**, vol. 57, issue 3, 2018, p. 799-820. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3057407>.

¹⁶⁴ KYMLICKA, Will. Citizenship in an era of globalisation. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-GORDON, Casiano (eds.). **Democracy's Edges**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 88-111, 1999.

¹⁶⁵ AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 92.

¹⁶⁶ WALKER, Neil. The shaping of global law, **Transnational Legal Theory**, vol. 8, n. 3, p. 360-370, 2017. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20414005.2017.1398510>>.

accepting the fundamental legitimacy of all of its parts, rather than opting out at will from particular agreements or provisions that are deemed disadvantageous at a particular point in time¹⁶⁷.

Malmström has already pointed to the possibility of embedding the initially bi-lateral ICS into a multilateral organization¹⁶⁸, and the GPA might seem a good start. Direct dispute settlement might not be necessary, and an indirect judicial dialogue based on the EU preliminary reference system might seem more adequate. After all, the possibility to claim possible breaches of the norm directly before national courts is already foreseen by the GPA¹⁶⁹. Giving national courts a possibility to voluntarily seek clarification and engage in an international dialogue with the GPA provisions might indeed create grounds for greater accountability. As a construction based on "co-operative" sovereignty¹⁷⁰, it would maintain national sovereignty and judicial enforceability, and at the same time it would ensure GPA presence and application in national interpretations, facilitating an indirect judicial review by the GPA permanent court in a sort of "shared Administration"¹⁷¹.

However, the main problem of creating an international court without direct enforcement powers and used by means of preliminary reference is that there might be difficulties in creating a convenient atmosphere among national judges to refer the issues to this court and enter into judicial dialogue with them as to engage into a decentralized enforcement mechanism¹⁷². The enforceability depends eventually on the reliance of national judges on the GPA as a clarifier or helping institution. In the EU, judicial dialogue and judicial activism has been traditionally referred as the jewel in the crown for EU integration. But it has been recently evidenced how institutional distrusts has emerged in the form of national courts not following the CJEU judgements –see the worries manifested by several scholars regarding the disregard of *Weiss* judgment reached by the German Constitutional Court (BVerfG) in its judgement published since

¹⁶⁷ YUKINS, Christopher. Withdrawing the United States from the WTO Government Procurement Agreement (GPA): Assessing Potential Damage to the U.S. and Its Contracting Community. **The Government Contractor**, vol. 62, n. 6, 2020, p. 35. Available at: <https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2735&context=faculty_publications>.

¹⁶⁸ MALMSTRÖM, Cecilia. **Concept Paper: Investment in TTIP And Beyond - The Path for Reform**. European Commission, 2015.

¹⁶⁹ DAVIES, Arwel. The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospects for the Future. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: 2017, p. 33.

¹⁷⁰ AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 105.

¹⁷¹ CRAIG, Paul. Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 81-116, 2011.

¹⁷² HÜBNER, Denise C. The decentralized enforcement of European law: national court decisions on EU directives with and without preliminary reference submissions. **Journal of European Public Policy**, vol. 25, issue 12, p. 1817-1834, 2018. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13501763.2017.1376701>>.

May 5th¹⁷³ – and the problems following the “uprising” do not seem of easy application due to political issues. This shows that the problem of such a system in times of international distrust is the potential difficulties with non-compliant countries, but also evidences the *flexibility* of EU judicial oversight, which does not require a lineal development and accepts some degree of inconsistencies¹⁷⁴.

The implementation of a shared judicial review system between national systems and a permanent GPA interpreter would require this court, if we want it to be effective and respected, to be based on the strategic model of judiciary¹⁷⁵, which assumes that judges carefully calculate the consequences of their choices¹⁷⁶. In a context of identity reinforcement, this would require taking a rather deferring and permissive approach as to respect national particularities of application – in respect with strict principles of proportionality and subsidiarity¹⁷⁷ –, and in any case, only serious or clear breaches of the GPA might be rectified through harmonisation. Otherwise, national [legal] pride in particularly conflictive cases –one can easily imagine reluctance on the Supreme Court of the United States or the CJEU as to accept detailed scrutiny– is prone to re-emerge in form of populism. This would require, mutual recognition or reciprocity¹⁷⁸, as well as of a mechanism of a supple “dance of the courts”, in which – as ironically referred to by Maximilian Steinbeis¹⁷⁹ – potential conflicts are rather treated as elaborate competency issues between two courts who negotiate with each other at eye level¹⁸⁰. After all, national courts would always have the right not to follow the WTO ruling when

¹⁷³ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. (1-237). See, as an example, the concerns manifested by SARMIENTO, Daniel. Requiem for judicial dialogue – The German Federal Constitutional Court’s Judgement in the Weiss case and its European implications. **EU Law Live**, n16, 2020; and MARCO, Dani; MENDES, Joana, MENENDEZ, Agustín José, WILKINSON, Michael, SCHEPEL, Harm. At the End of the Law: A Moment of Truth for the Eurozone and the EU. **VerfBlog**. Retrieved in May 15th, 2020. Available at: <<https://verfassungsblog.de/at-the-end-of-the-law/>>.

¹⁷⁴ See the comments for the role of uncertainty in common law systems of MILLER, Russell A. In Praise of Uncertainty: The Constitutional Court’s PSPP Decision. **VerfBlog**, June 4th, 2020. Available at: <<https://verfassungsblog.de/in-praise-of-uncertainty/>>.

¹⁷⁵ ZWART, Tom. Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level?. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 193-214, 2011.

¹⁷⁶ EPSTEIN, Lee J.; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington DC: CQ Press, 1998, p. 128.

¹⁷⁷ ORTEGA, Luis. Global Citizenship and Global Legitimacy. GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, 2011, p. 251-262; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones. Barnés, Javier (coord.). **Entre tribunales**: libro homenaje a Pablo García Manzano. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 239-269, at 260.

¹⁷⁸ PICARD, Gabriel B. Legality and legitimacy in global administrative law. **e-Pública**, vol. II, n. 3, p. 215-229, dez. 2015. Available at: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v2n3/pdf/Vol.2-N%2C2%BA3-Art.14.pdf>>.

¹⁷⁹ STEINBEIS, Maximilian. We Super-Europeans. **VerfBlog**, May 8th, 2020. Available at: <<https://verfassungsblog.de/we-super-europeans/>>.

¹⁸⁰ Regarding the non-hierarchical and non-automatic enforcement of WTO law in the EU, see BERGÉ, Jean-Sylvestre; HELLERINGER, Genevieve. **Operating Law in a Global Context** - Comparing, Combining and Prioritising. Oxford: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 47.

it has acted *ultra vires* or when it has not followed the basic principles of due process, as indeed already did the CJEU in *Kadi*¹⁸¹, or more recently the German BVerfG against the CJEU itself¹⁸².

Finally, the adoption of such a mechanism should not, nevertheless, imply the exclusion of the appellate body or the arbitration pursuant to articles 17 and 25 of the DSU (Dispute Settlement Understanding) and the WTO system as a valid dispute settlement system. In any case, the State-State settlement systems should be maintained as an *ultima ratio*, as it preserves the *ad hoc* and negotiated nature required to preserve national autonomy of choice. When the primary collective identity – the nation – comes to scene, dispute resolution must be based on equal-negotiated grounds, and arbitrary mechanisms seem quite convenient. This would give option to reluctance or honour-wounded States to undertake partial withdrawal and make *unilateral* expression of sovereign will for an *ad hoc* situation¹⁸³.

In our view, such a system would present the correct characteristics as to strike a balance between sovereign self-assertion and sovereign self-binding on which the effective procurement system must be based¹⁸⁴.

8. CONCLUSIONS

In the paper we have showed how populism and neo-protectionist tendencies are re-shaping the international sphere. Its functioning, clearly connected to group identity, jeopardize the primacy and applicability of the principle of non-discrimination on which global public procurement law is based. At the same time, current GPA review mechanisms fail to ensure administrative compliance – at contractual level – with non-discrimination standards. The current complexity of international relations and international law requires a balance between enforced and voluntary-negotiated applicability of such provisions, and we find that the GPA review mechanisms fails to strike a balance between both approaches. On the one side, it does not reach effective oversight of administrative decisions potentially in breach of the GPA, and on the other, it does not respect current national claims to accept judgements over its sovereignty only coming from negotiated dispute-settlement mechanisms.

¹⁸¹ Cases C-584, 593 and 595/10 P, Commission and United Kingdom v. Yassin Abdullah Kadi (No 2) EU:C:2013:518.

¹⁸² See supra note 184.

¹⁸³ WALKER, Neil. Sovereignty and Beyond: The Double Edge of External Constitutionalism. **Virginia Journal of International Law**, vol. 57, issue 3, 2018, p. 799-820. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3057407>.

¹⁸⁴ WALKER, Neil. The shaping of global law, **Transnational Legal Theory**, vol. 8, n. 3, 2017, p. 360-370. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20414005.2017.1398510>>; WALKER, Neil. Sovereignty and Beyond: The Double Edge of External Constitutionalism. **Virginia Journal of International Law**, vol. 57, issue 3, 2018, p. 799-820. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3057407>.

There is, in our opinion, a need for an international court on public procurement based on the GPA that can provide coherent legal interpretations on the content of the principles of public procurement and in particular with regard to non-discrimination. But at the same time, sovereign States must maintain its prevalence. For this, we suggest the creation of a real judicial dialogue with preliminary reference systems from national courts to the permanent GPA court, with a second and ultima ratio dispute settlement based on State-State which conserves the *ad hoc* and negotiated nature required to preserve national autonomy of choice. The weight and the initiative for institutional relation and the enforcement will remain at national level, maintaining besides a traditional bi-lateral arbitration-based mechanisms; and at the same time, the GPA Court would assemble greater influence through actual oversight national applicability of the GPA.

9. REFERENCES

- ANDERSON, Robert D. and ARROWSMITH, Sue, The WTO regime on government procurement: past, present and future. In: ARROWSMITH, Sue and ANDERSON, Robert D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 3.
- ANDERSON, Robert D.; MULLER, Ana C. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development. **Georgetown Journal of International Law**, 48, p. 949-1008, 2017. Available at: < <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-The-Revised-WTO-Agreement-on-Government-Procurement-GPA.pdf>>.
- ARROWSMITH, Sue. The Revised Agreement on Government Procurement: Changes to the Procedural Rules and Other Transparency Provisions. In: ARROWSMITH, Sue and ANDERSON, Robert D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- AUBY, Jean-Bernard. **Globalisation, Law and the State**. 1st ed. Oxford: Hart Publishing, 2017
- AYMERICH CANO, Carlos. La contratación pública en el TTIP. **RVAP**, 117, 2017, 19-41.
- AZOUALI, Loïc and RITLENG, Dominique. Intégration européenne et passions nationales. **Revue trimestrielle de droit européen**, n. 4, 2018, pp.721.
- BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J. (ed.). **COVID-19 and Trade Policy**: Why Turning Inward Won't Work. London: Centre for Economic Policy Research, 2020
- BALDWIN, Richard; EVENETT, Simon. The collapse of global trade, murky protectionism and the crisis: Recommendations for the G20. **Centre for Economic Policy Research** (CEPR), 2009.

BERGÉ, Jean-Sylvestre and HELLERINGER, Genevieve, **Operating Law in a Global Context** - Comparing, Combining and Prioritising. Oxford: Edward Elgar Publishing Ltd, 2017

BROBERG, Morten. The Preliminary Reference Procedure and Questions of International and National Law. **Yearbook of European Law**, vol. 28, n. 1, p. 362-389, 2009. Available at: < <https://academic.oup.com/yel/article/28/1/362/1634246>>..

BUTLER, Nicolette. Possible Improvements to The Framework of International Investment Arbitration. **The Journal of World Investment & Trade**, vol. 14, 2013, p. 632.

CARBONI, Chiara; IOSSA, Elisabetta and MATTERA, Gianpiero. Barriers to Public Procurement: A Review and Recent Patterns in the EU. **Working Paper IEFE - The Center for Research on Energy and Environmental**, 92, 2017.

CAREY, Sean. Undivided Loyalties: is national identity an Obstacle to European integration?. **European Union Politics**, vol. 3, issue 4, p. 387-413, 2002. Available at: < <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1465116502003004001>>

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Torino: Einaudi, 2009.

CASTELLS, Manuel. **The Power of Identity**. 2nd ed. Malden: Wiley-Blackwell, 1997.

KUTLINA-DIMITROVA, Zornitsa. Why public procurement openness is more important now than ever. **CEPR Policy Portal**, 16 april 2020. Available at: <<https://voxeu.org/article/why-public-procurement-openness-more-important-now-ever>>.

CERNY, Philip G. Globalization and the End of Democracy. **European Journal of Political Research**, vol. 36, n. 1, 1999.

CHARRIS-BENEDETTI, Juan Pablo. The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?. **Revista Derecho del Estado**, 42, 2.

CHENEVAL, Francis and NICOLAIDIS, Kalypso. The social construction of demoicracy in the European Union. **European Journal of Political Theory**, vol. 16, issue 2, p. 235-260, 2017. Available at: < <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1474885116654696>>.

CLERC, Evelyne. La mondialisation des marchés publics. BATSELÉ, Didier et al. (eds.), **Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle**, Bruxelles: Bruylant, p. 141-194, 2000.

COLLINS, David A. Globalized Localism: Canada's Government Procurement Commitments under CETA. **Journal of Transnational Dispute Management**, n. 2, 2016.

CONSTANTINESCU, Cristina; MATTOO, Aaditya; RUTA, Michele. The Global Trade Slowdown: Cyclical or Structural?. **International Monetary Found**, vol. 15, n. 6, Jan. 2015. Available at: < <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp1506.pdf>>.

- CORVAGLIA, Maria Anna. TTIP Negotiations and Public Procurement: A Federalist Approach. **Journal World Investment and Trade**, vol. 19, n. 3, p. 392-414, 2017. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958136>.
- COTTIER, Thomas. Trade Policy in the Age of Populism: Why the New Bilateralism Will Not Work. **Brexit: The International Legal Implications**, Paper n 12, 2018.
- COX, Michael. The Rise of Populism and the Crisis of Globalisation. **Irish Studies in International Affairs**, vol. 28, p. 9-17, 2017. Available at: <http://eprints.lse.ac.uk/86880/7/Cox_Rise%20of%20populism%20published_2018.pdf>..
- CRAIG, Paul. Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 81-116, 2011.
- CRAIG, P. UK, **EU and Global Administrative Law**: Foundations and Challenges. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- CRAIG, Paul. Brexit, A Drama: The Interregnum. **Yearbook of European Law**, vol. 36, n. 1, p. 3-45, 2017. Available at: <<https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yex005/4562542>>.
- DALY, Paul. Reprendre le contrôle: ennuis et ironies (The Ironies of 'Taking Back Control'). **Legal Studies Research Paper Series**, n. 38, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3162560>.
- DAMASIO, Antonio, R. **Self Comes to Mind**: Constructing the Conscious Brain. London: Pantheon, 2010.
- DAVIES, Arwel. The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospects for the Future. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. (eds.). **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: March 2017, p. 23-55.
- DAWAR, Kamala. The Government Procurement Agreement, the Most-Favored Nation Principle, and Regional Trade Agreements. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard and MAVROIDIS, Petros C. **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: March 2017, p. 113.
- DELMAS MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Paris: Le Seuil, 1997.
- DEZSŐ ZIEGLER, Tamás. TTIP and Its Public Criticism: Anti-Globalist Populism versus Valid Dangers. **Studies in International Economics**, 2016, vol. 2, n. 2, p. 19-51. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2930039>.
- DÍAZ BRAVO, Enrique and RODRÍGUEZ LETELIER, Aníbal. **Contratos administrativos en Chile**. Santiago de Chile, RIL Editores, 2016.
- DISDIER, Anne-Célia; FONTAGNÉ, Lionel; ENXHI, Tresa. **Public Procurement- Related Protection: Insights from the Global Trade Alert Database**. European Commission Technical Report 2017.

DUFFY-MEUNIER, Aurélie. Réflexions de nature constitutionnelle sur la loi sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'European Union (Withdrawal) Act 2018. **Revue trimestrielle de droit européen**, vol. 64, n. 4, 2018, p. 759-781.

EPSTEIN, Lee J. and KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington DC: CQ Press, 1998.

ERIXON, Fredrik; SALLY, Razeen. Trade, Globalisation And Emerging Protectionism Since The Crisis. **ECIPE Working Paper**, n. 2, p. 2-20, 2010. Available at: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/174841/1/ecipe-wp-2010-02.pdf>>.

EUROPEAN COMMISSION. **Report from the Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans La Vie Publish. Pour une nouvelle déontologie De la vie Publique**. Presented to President Of the French Republic on 26 January 2011, p. 15. Available at: <<https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2016/02/Rapport-Commission-Sauve.pdf>>

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2013.

FRIEDEN, Jeffry A. The Backlash Against Globalization and the Future of the International Economic Order. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London and New York: IB Tauris, 2019, p. 133.

FUKUYAMA, Francis. **The end of History and the Last Man**. 1st ed. London: Penguin, 2012.

GAMBLE, Andrew. Globalization and the New Populism. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London and New York: IB Tauris, 2019, pp. 90.

GERAPETRITIS, George. Affirmative Action: A New Challenge for Equality. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 263-296, 2011.

GIDRON, Noam; HALL, Peter A. Populism as a Problem of Social Integration. **Comparative Political Studies**, vol. 53, n. 7, p. 1027-1059. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0010414019879947>>.

GLEASON, Erin E. International Arbitral Appeals: What Are We So Afraid Of? *Dispute Resolution Law Journal*, vol. 7, 2007, p. 273-275.

GOLDMAN, David. Historial Aspects of Globalisation and Law. In: DAUVERGNE, Catherine (ed.). **Jurisprudence for an Interconnected Globe**. Aldershot: Ashgate, 2003.

GORDON, Daniel I. GPA Institutional Provisions: Domestic Review Procedures & WTO Dispute Settlement. **Symposium on the revised WTO agreement on government procurement**. Geneva, September 2015.

GÓRSKI, Jędrzej. **Public Procurement in 21st Century: Balancing Liberalisation**, Social Values and Protectionism. Thesis Submitted in Partial Fulfilment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy in Laws, The Chinese University of Hong Kong July 2016, p. 36

GRUSZCZYNSKI, Lukasz. The COVID-19 Pandemic and International Trade: Temporary Turbulence or Paradigm Shift?. **European Journal of Risk Regulation**, vol. 11, n. 2, p. 337-342, 2020. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3669017>.

HAMADA, Koichi. A Better Approach to Globalization. **Yale Global Online**, 2018. Available at: <<https://yaleglobal.yale.edu/content/better-approach-globalization>>.

HAMADA, Koichi. Why we need globalization. **The Japan Times**, 2018. Available at: <<https://www.japantimes.co.jp/opinion/2018/05/03/commentary/japan-commentary/why-we-need-globalization/#.XJOTxi3FTOS>>.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Hunter R. Promoting Accountability in Multilevel Governance: A Network Approach. **European Law Journal**, n. C-06-02, p. 542-652, 2007. Available at: <<http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/wp/pdf/egp-connex-C-06-02.pdf>>.

HAYES, Eric. TTIP: transatlantic free trade at last?. **Global Affairs**, vol. 1, n. 2, p. 113-120, 2015. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23340460.2015.1012914>>.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas en Iberoamérica. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; MORANDINI, Federico and FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena. **Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales**. Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2017, pp. 67-100.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones. Barnés, Javier. (coord.) **Entre tribunales**: libro homenaje a Pablo García Manzano. Madrid: Cuatrecasas – Marcial Pons, 2018, pp. 239-269.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El contrato administrativo en el derecho administrativo global: Una perspectiva Iberoamericana. In: ALCARAZ, Hubert and VERGARA BLANCO, Alejandro. **Itinerario latinoamericano del derecho público francés**. Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 367-382.

HOEKMAN, Bernard; FIORINI, Matteo and YILDIRIM, 5 COVID-19: Export controls and international cooperation. In: BALDWIN, Richard E. and EVENETT, Simon J. **COVID-19 and Trade Policy**: Why Turning Inward Won't Work. London: Centre for Economic Policy Research, pp. 63-76.

HORVATH, Gunter J. and BERZERO, Roberta. Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma. **Transnational Dispute Management (TDM)**. 2017.

HUDSON, Josh, DAWSEY, J.; MEKHENNET, Souad. Trump expands battle with WHO far beyond aid suspension. **The Washington Post**, 26th April 2020.

HÜBNER, Denise C. The decentralized enforcement of European law: national court decisions on EU directives with and without preliminary reference submissions. **Journal of European Public Policy**, vol. 25, issue 12, 2018, p. 1817-1834. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13501763.2017.1376701>>.

- INNERARITY, Daniel. **El nuevo espacio público**. Madrid: Espasa Libros, 2006.
- KALDOR, Mary. Nationalism and Globalisation. **Nations and Nationalism**, vol. 10, n. 1-2, 2004, p. 161-177, Available at: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1354-5078.2004.00161.x>>
- KOETH, Wolfgang. Can the Investment Court System (ICS) save TTIP and CETA?. **European Institute of Public Administration working paper**, 2016/W/01
- KEATING, Michael Europe's Changing Political Landscape: Territorial Restructuring and New Forms of Government. In: BEAUMONT, Paul; LYONS, Carol and WALKER, Neil (eds), **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford: Hart Publishing, 2002.
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico; STEWART, Richard, The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, vol. 68, n. 15, 2005.
- KOETH, Wolfgang. Can the Investment Court System (ICS) save TTIP and CETA?. **European Institute of Public Administration working paper**, 2016/W/01.
- KOOPMANS, Tim. Globalisation of Administrative Law—the European Experience. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 393-406, 2011.
- KUTLINA-DIMITROVA, Zornitsa. Government Procurement: Data, Trends And Protectionist Tendencies. **DG Trade**, issue 3, Sep. 2018. Available at: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157319.pdf>.
- KUTLINA-DIMITROVA, Zornitsa; LAKATOS, Csilla. The Global Costs of Protectionism. **World Bank Policy Research Working Paper**, Washington, n. 8277, Dec. 2017. Available at: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/962781513281198572/pdf/WPS8277.pdf>>.
- KYMLICKA, Will. Citizenship in an era of globalisation. In SHAPIRO, Ian and HACKER-GORDON, Ciano (eds), **Democracy's Edges**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 88-111.
- LAIRD, Ian; ASKEW, Rebecca. Finality versus Consistency: Does Investor State Arbitration Need an Appellate System?. **The Journal of Appellate Practice and Process**, vol.7, issue 2, 2005, p. 299. Available at: <<https://lawrepository.ualr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1328&context=appellatepracticeprocess>>.
- LINARELLI, John. Global procurement law in times of crisis: new buy American policies and options in the WTO system. In: ARROWSMITH, S. and ANDERSON, R.D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 773-802.
- MAIR, Peter. The europeanization dimensión. **Journal of European Public Policy**, vol. 11, issue 2, p. 337-348, 2004.
- MALMSTRÖM, Cecilia. **Concept Paper: Investment in TTIP And Beyond - The Path for Reform**. European Commission, 2015.

MARCO, Dani; MENDES, Joana, MENENDEZ, Agustín José, WILKINSON, Michael, SCHEPEL, Harm. At the End of the Law: A Moment of Truth for the Eurozone and the EU. **VerfBlog**. Retrieved in 15th,2020. Available at: <<https://verfassungsblog.de/at-the-end-of-the-law/>>.

MEKHENNET, Souad. Trump expands battle with WHO far beyond aid suspension. **The Washington Post**, 26th April 2020

MILLER, Russell A. In Praise of Uncertainty: The Constitutional Court's PSPP Decision. **VerfBlog**. Retrieved in June 4th, 2020. Available at: <<https://verfassungsblog.de/in-praise-of-uncertainty/>>.

MIRANZO DÍAZ, Javier. Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas. **Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado**, n. 14, p. 1-26, jun. 2018. Available at: <<https://www.jacobea.edu.mx/revista/numero14.php>>

MIRANZO DÍAZ, Javier. **Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

MORENO MOLINA, José Antonio. **Derecho Global de la Contratación Pública**. Ciudad de México: Ubijus, 2011.

MORENO MOLINA, José Antonio. **El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea: directivas 4.0**. Oxford: Chartridge Books Oxford, 2015.

MORISON, John; GORDON, Anthony. The Place of Public Interest. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 215-238, 2011.

MPEERA NTAYI, Joseph; NGOBOKA, Pascal; SABIITI KAKOOZA, Cornelia. Moral Schemas and Corruption in Ugandan Public Procurement. **Journal of Business Ethics**, vol. 112, issue 3, p. 417-436, 2013. Available at: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-012-1269-7>>.

ORTEGA, Luis. Global Citizenship and Global Legitimacy. GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 251-262, 2011.

PATRICK, Diamond. The Great Globalization Disruption: Democracy, Capitalism and Inequality in the Industrial World. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London: IB Tauris, 2019, p. 31.

PICARD, Gabriel B. Legality and legitimacy in global administrative law. **e-Pública**, vol. II, n. 3, p. 215-229, dez. 2015. Available at: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v2n3/pdf/Vol.2-N%C2%BA-3-Art.14.pdf>>.

PÍRVU, Daniela; BÅLDAN, Cristina. Access to the EU Public Procurement Market: Are There Disparities Based on the Origin of Economic Operators?. **Journal of Economic Issues**, vol. XLVII, n. 3, p. 765-780, 2013. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/ref/10.2753/JEI0021-3624470309?scroll=top>>.

RODI, Patricia. Populist Political Communication Going Mainstream? The Influence of Populist Parties on Centre-Left Parties in Western Europe. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century**. London and New York: IB Tauris, 2019, p. 167.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/abr. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

SARMIENTO, Daniel. Requiem for judicial dialogue – The German Federal Constitutional Court's Judgement in the Weiss case and its European implications. **EU Law Live**, n16, 2020.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Principles of an International Order of Information. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 117-124, 2011.

SCHOENI, Daniel E. On the Non-tariff Barriers Obstructing Free Trade in the Transatlantic Defense Procurement Market. In: RACCA, Gabriela, and YUKINS, Christopher. **Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders**. Brussels: Brulyant, p. 419-470, 2019.

SCHOLTE, Jan Aart. Global Civil Society. In: WOODS, Ngaire (ed), **The Political Economy of Globalization**. London: Macmillan, p. 173-201, 2000.

SCHOTT, Jeffrey J. and JUNG, Euijin. **The WTO's Existential Crisis: How to Salvage Its Ability to Settle Trade Disputes**. S.L. Peterson Institute for International Economics, 2019.

SCHOONER, Steven L. and YUKINS, Christopher R. Public Procurement: Focus on people, Value for Money and Systemic Integrity, Not Protectionism. In: BALDWIN, Richard and EVENETT, Simon (eds.). **The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20**. S.l.: VoxEU.org Publication, 2017. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356170>.

SCHWARTZ, Joshua I. Procurement in times of crisis: lessons from US government procurement in three episodes of crisis in the twenty-first century. In: ARROWSMITH, S. and ANDERSON, Robert D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. pp. 773-802.

SMITH, Mitchell. **State of Liberalization: Redefining the Public Sector in Integrated Europe**. New York: State University of New York Press, 2005.

SOLOVEICK, Deividas and SIMANSKIS, Karolis. The Evolving Concept of «Conflict of Interest» in the EU Public Procurement Law. **European Procurement & Public Private Partnership Law**

Review (EPPPL), vol. 12, issue 2, p. 112-131, 2017. Available at: <<https://epppl.lexxon.eu/article/EPPPL/2017/2/6>>.

STEINBEIS, Maximilian. We Super-Europeans, **VerfBlog**. Retrieved May 8th, 2020. Available in: <https://verfassungsblog.de/we-super-europeans/>

TAGIURI, Giacomo. EU law and national belonging: Appeasing insiders while Resisting Nationalisms. **Revue trimestrielle de droit européen**, n. 4, Dalloz, 2018, p. 743. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/342833586_The_tension_between_global_public_procurement_law_and_nationalistpopulist_tendencies_proposals_for_reform>.

TAMS, Christian J. Is There a Need for an ICSID Appellate Structure? In: Hofmann, Roald and Tams, Christian (eds.) **The International Convention For The Settlement Of Investment Disputes**: Taking Stock After 40 Years, Nomos: Baden Baden, 2007.

TRIONFETTI, Federico. Public Procurement, Market Integration, and Income Inequalities. **Review of International Economics**, vol. 9, issue 1, p. 29-41, 2001. Available at: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-9396.00261>>.

TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of Global Administrative Law: An Overview. **India Quarterly**, vol. 67, issue 4, p. 355-372, 2011. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/092841106700405>>.

TSOUKALIS, Loukas. Brexit and Globalization: Collateral Damage or an Accident Waiting to Happen?. D. PATRICK, Diamond (ed.) **The crisis of globalization**: democracy, capitalism and inequality in the twenty-first century. London and New York: IB Tauris, 2019.

UTTLEY, Mathew R.H.; HARTLEY, Keith. Public Procurement in the Single European Market: Policy and Prospects. **European Business Review**, vol. 94, n. 2, p. 3-7, 1944. Available at: <<https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/09555349410054132/full/html>>.

WALKER, Neil. The shaping of global law, **Transnational Legal Theory**, vol. 8, n. 3, p. 360-370, 2017. Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20414005.2017.1398510>>

WALKER, Neil. Populism and Constitutional Tension. **University of Edinburgh School of Law Research Paper**, vol. 18, n. 18, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182359>.

WALKER, Neil. Sovereignty and Beyond: The Double Edge of External Constitutionalism. **Virginia Journal of International Law**, vol. 57, issue 3, p. 799-820, 2018. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3057407>.

WOLFE, Robert. Exposing governments swimming naked in the COVID-19 crisis with trade policy transparency (and why WTO reform matters more than ever). In: BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J. **COVID-19 and Trade Policy**: Why Turning Inward Won't Work. London: Centre for Economic Policy Research, p. 165-178, 2020.

WOOLCOCK, Steve and HEILMAN GRIER, Jean. Public Procurement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Negotiations. Paper No. 2 in the **CEPS-CTR project "TTIP in the Balance"** and CEPS Special Report No. 100, 2015. Available at: <<https://www.ceps.eu/system/files/SR100PublicProcurementandTTIP.pdf>>.

YUKINS, Christopher. Breaking The Impasse In The Transatlantic Trade And Investment Partnership (TTIP) Negotiations: Rethinking Priorities In Procurement. **The Government Contractor**, vol. 56, n. 27, 2014. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2471653>.

YUKINS, Christopher R. The European Procurement Directives and The Transatlantic Trade & Investment Partnership (TTIP): Advancing U.S. - European Trade and Cooperation in Procurement. **GWU Law School Public Law Research Paper**, n. 2014-15, 2014. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2433219>.

YUKINS, Christopher. US Government Contracting in the Context of Global Public Procurement. In: GEORGOPULOS, Aris C; HOEKMAN, Bernard; MAVRODIS, Petros C. **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. Oxford Scholarship Online: p. 265-287, 2017.

YUKINS, Christopher. Withdrawing the United States from the WTO Government Procurement Agreement (GPA): Assessing Potential Damage to the U.S. and Its Contracting Community. **The Government Contractor**, vol. 62, n. 6, 2020. Available at: <https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2735&context=faculty_publications>

ZWART, Tom. Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level?. In: GORDON, Anthony; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (eds.). **Values in Global Administrative Law**. London: Hart Publishing, p. 193-214, 2011.

Revocatoria popular y revocatoria partidaria en Panamá: diseño institucional y casos de aplicación

Popular recall and party recall in Panama: institutional design and cases

MARÍA LAURA EBERHARDT ^{1,*}

¹Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

laura_rafaela@yahoo.com.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4447-5641>

Received/Received: 16.01.2019 / January 16th, 2019

Aprovado/Approved: 30.10.2020 / October 30th, 2020

Resumen

El presente artículo constituye uno de los resultados de un proyecto de investigación enfocado en analizar la revocatoria de mandato como un mecanismo de participación y control ciudadano, adoptado en mayor medida desde fines de los años 80 por varios países de América Latina en un clima de crisis de la representación política. El caso Panamá es doblemente interesante para su estudio, debido a que, además de la revocatoria popular, incluye una modalidad especial de recall: la revocatoria partidaria o "antitránsfuga". Para su abordaje, se realiza un análisis en profundidad y comparado de la legislación nacional que crea y reglamenta estos dos institutos, así

Abstract

This article is one of the results of a research process focused on analyzing the recall as a mechanism for citizen participation and control, that was adopted to a greater extent since the late 1880 by several Latin American countries in a climate of crisis of political representation. The case of Panama is doubly interesting for its study, due to the fact that, in addition to the popular recall, it includes a special modality of recall: the party recall or "anti-transgression" one. For its approach, an in-depth and comparative analysis is made of the national legislation that creates and regulates these institutes, as well as an empirical study of the only two cases of party recall application registered so far. The conclusions

Como citar esse artigo/How to cite this article: EBERHARDT, María Laura. Revocatoria popular y revocatoria partidaria en Panamá: diseño institucional y casos de aplicación. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 401-427, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.64349.

* Profesora de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina) y Universidad Nacional Arturo Jauréyche. Posdoctorado de la Facultad de Derecho (UBA). Doctora en Ciencia Política (UNSAM). Magíster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO). Licenciada en Ciencia Política (UBA). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Directora de proyecto de Investigación UBACyT. E-mail: laura_rafaela@yahoo.com.ar.

como un estudio empírico de los dos únicos casos de aplicación de revocatoria partidaria registrados hasta el momento. En las conclusiones se sintetizan los alcances y limitaciones de la existencia y uso de la revocatoria como un instrumento de profundización democrática.

Palabras clave: revocatoria popular; revocatoria partidaria; participación y control ciudadano; democracia directa; Panamá.

summarize the scope and limitations of the existence and use of the recall as an instrument of democratic deepening.

Keywords: Popular recall; party recall; citizen participation and control, direct democracy, Panamá.

SUMARIO

1. Introducción y marco teórico; **2.** Revocatoria popular y revocatoria partidaria en Panamá: la normativa; **2.1.** La Constitución Política de la República de Panamá, 11 de octubre de 1972; **2.2.** La Ley N° 19, 9 de julio de 1980; **2.3.** Constitución Política de la República de Panamá de 1972 con reformas de 1978 y 1983, 4 de mayo de 1983; **2.4.** Constitución Política de la República de Panamá, Acto Legislativo N° 1, 27 de abril de 2004; **2.5.** La Ley N° 60 Que reforma el Código Electoral, 29 de diciembre de 2006; **2.6.** La Ley N° 14 del 13 de abril de 2010; **2.7.** La Ley N° 4, 7 de febrero de 2013; **3.** La revocatoria de mandato en los hechos; **4.** Conclusiones; **5.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN Y MARCO TEÓRICO

La revocatoria de mandato popular o clásica es un mecanismo de participación y control ciudadano cuya incorporación en América Latina se enmarca en mayor medida en la tercera ola de la democratización¹² y las reformas políticas y constitucionales de los años '90. Forma parte del conjunto de innovaciones adoptadas principalmente por iniciativa de los gobernantes como respuesta a un clima de descontento y apatía ciudadana respecto de la política y de sus representantes, más conocido como crisis de la representación.

Es considerada un instrumento de "democracia directa", la que abarca un grupo de mecanismos que permite a los ciudadanos decidir sobre materias específicas directamente en las urnas. Esos mecanismos son instrumentos de decisión política ejercidos a través del sufragio directo y universal³. Su finalidad es hacer que los ciudadanos participen colectiva y directamente en el procedimiento de toma de decisión, más que para elegir a sus representantes, para tomar sus propias decisiones⁴. Además

¹ HUNTINGTON, Samuel. **La Tercera ola.** La democratización a finales de Siglo XX. Barcelona: Paidós Ibérica, 1994.

² Este autor ubica la tercera ola de la democratización desde 1974, durante los 15 años siguientes al final de la dictadura portuguesa, ocurrida en aproximadamente treinta países de Europa, Asia y América Latina, cuando los regímenes autoritarios fueron emplazados por otros democráticos

³ ALTMAN, David. Democracia Directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana? **Política y Gobierno**, México D. F., vol. 12, n. 2, p. 203-232, 2005. p. 204.

⁴ PAYNE J., Mark; Zovatto G., Daniel; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando; Allamand Z., Andrés. **Democracies in Development:** Politics and Reform in Latin America. Washington D.C: Inter-American Development Bank - International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2002.

de la revocatoria, se incluye en esta categoría de democracia directa al plebiscito y al referéndum, cuyas opciones abiertas a la población también se dirimen en el si o el no a una pregunta concreta.

El también llamado *recall* constituye una herramienta novedosa que habilita a los ciudadanos a revocar el mandato de aquellas personas elegidas por voto popular que han dejado de contar con su aprobación y confianza. Somete a los funcionarios a la rendición de cuentas⁵.

Los procedimientos varían en alto grado, pero en general se canaliza a partir de un referéndum de revocación, el cual habilita a que la continuidad de los funcionarios investidos a través del voto ciudadano pueda ser puesta a consideración popular también por medio del voto.

En el marco de una democracia que incorpora instituciones de tipo “directas”, su principal función es la de habilitar una participación ciudadana “negativa” o de control, más que de expresión o gestión “positiva” de proyectos e iniciativas ciudadanas, ya que supone rescindir el contrato de representación erigido por el voto antes de que expire el período pre establecido.

Constituye por tanto un instrumento de *accountability*, entendida como la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus actos y omisiones, la facultad de obligarlos a justificar y a informar sobre sus decisiones y la disponibilidad para que eventualmente puedan ser castigados por ellas⁶. Esto implicaría una rendición obligatoria de cuentas⁷. No una concesión generosa realizada por los representantes, sino un acto compulsivo y propicio en democracia.

Específicamente, se trata de un instrumento de *accountability* vertical. Esto es, un control que surge desde la sociedad civil y se dirige hacia los representantes del gobierno (de abajo hacia arriba o *down top*), a diferencia de la *accountability* horizontal, interna al aparato estatal o ejercida entre sus diferentes poderes instituidos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial⁸. Dentro de la dimensión vertical, funcionaría asimismo como un mecanismo de *accountability* societal. Es decir, un control vertical no electoral⁹ de las autoridades políticas.

⁵ CRONIN, Thomas. **Direct Democracy**. The Politics of Initiative, Referéndum and Recall. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 145.

⁶ Smulovitz, Catalina. Judicialización y Accountability Social en Argentina. **XXII International Conference**. Washington: Latin American Studies Association, 2001. p. 2.

⁷ SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. En SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc. **The self-refraining State**: power and accountability in new democracies. London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

⁸ O’DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. **Revista Española de Ciencia Política**, Madrid, n. 11, p. 11-31, oct. 2004.

⁹ La *accountability* vertical electoral es que la que ejerce la ciudadanía cuando finaliza el mandato pre establecido de un representante y, a través de su voto, puede premiarlo por su gestión al elegirlo para un nuevo período (a él o a un copartidario) o castigarlo no renovándole la banca (a él o a un copartidario).

La otra forma de revocatoria existente en Panamá es bastante más novedosa y, a la vez, polémica. Se trata de la revocatoria partidaria, popularmente conocida como “anti-tránsfuga”, dispuesta para ser empleada contra quienes “huyen de una parte a otra”¹⁰. Consiste en un mecanismo de control y sanción intra-partidaria que fomenta la disciplina de los diputados y demás representantes para que se mantengan en línea con y bajo las órdenes de los líderes del partido por el cual fueron elegidos. Asimismo, pretende desalentar las rupturas de bloque y el traspaso a otra agrupación política una vez asumido el cargo.

La adopción de esta modalidad generó inicialmente en el país una gran discusión entre los partidos y una fuerte oposición en la sociedad civil, que consideraba que únicamente el pueblo que elegía a un diputado podía revocarlo (y no así los partidos). Este punto era clave en la discusión respecto de la representación política y la democracia.

Sus detractores ponían de relieve que el legislador, al igual que todos los funcionarios electos a través del voto popular, debía su elección a la comunidad de sufragantes: el electorado. Los partidos eran solo los proponentes de la candidatura, que el pueblo aprobaba o rechazaba con sus votos. Restringido su ámbito al de la presentación de candidaturas, el partido estaba usurpando con este mecanismo una facultad que le concernía única y exclusivamente a la voluntad libre e incoercible del pueblo soberano, por encima de banderías ideológicas. Se la acusaba de instaurar una “dictadura de partidos” que imponía consignas y directivas al legislador, aniquilando su capacidad de discernimiento político y ordenándole cómo actuar y cómo votar en cada coyuntura.

Lo anterior no negaba el hecho de que en algunas ocasiones el legislador podía estar actuando en desacuerdo con los principios ideológicos y con independencia programática al votar en contra de la línea del partido, “guiado ilícitamente por escondidos y subalternos motivos de ventajismo personal”¹¹. Sin embargo, en tales casos, que tipificaban conductas delictivas, sus críticos argumentaban que procedía la denuncia penal con acompañamiento de pruebas fehacientes ante las autoridades competentes. Advertían que si bien no se debía confundir principios con intereses materiales individuales, la revocatoria de mandato como sanción de cualquier partido (de oposición o de gobierno), a espaldas de la voluntad de los electores, era un ultraje antidemocrático que ofendía la vocación de libertad del pueblo panameño.

No obstante, como la modalidad partidaria contempló la posibilidad de que los partidos incluyeran en sus estatutos una instancia previa de consulta popular, los

¹⁰ [s.a.]. Ley antitránsfugas, a tercer debate. **La Estrella de Panamá**, Panamá, ene. 2013. Disponible en: <<http://laestrella.com.pa/panama/politica/antitransfugas-tercer-debate/23469726>>. Acceso en: 12 dic. 2018.

¹¹ [s.a.]. Ley antitránsfugas, a tercer debate. **La Estrella de Panamá**, Panamá, ene. 2013. Disponible en: <<http://laestrella.com.pa/panama/politica/antitransfugas-tercer-debate/23469726>>. Acceso en: 12 dic. 2018.

reclamos fueron relativizados al concederse también a la ciudadanía la facultad de opinar sobre la decisión partidaria de revocar el mandato a sus representantes.

2. REVOCATORIA POPULAR Y REVOCATORIA PARTIDARIA EN PANAMÁ: LA NORMATIVA

2.1. La Constitución Política de la República de Panamá, 11 de octubre de 1972

En Panamá, la revocatoria de mandato “popular”, o iniciada por la ciudadanía, se incluyó por primera vez en una Constitución nacional en el año 1972¹², donde se la contemplaba en forma incipiente como una de las causas de pérdida de la representación de los representantes de corregimiento (miembros de los consejos municipales), junto con el cambio voluntario de residencia a otro corregimiento y la condena judicial fundada en delito (art. 134º). En caso de quedar vacante la representación de corregimiento se preveía la celebración de elecciones dentro de los dos meses subsiguientes para elegir nuevos Representantes (art. 135º).

2.2. La Ley N° 19, 9 de julio de 1980

La Ley que reglamentó el artículo constitucional 134º referido a la pérdida de representación fue la N° 19¹³, de 1980. El artículo 1º estipula que los representantes de corregimiento pierden su representación por el cambio voluntario de residencia fuera del corregimiento, la condena judicial fundada en delito, la revocatoria de mandato y, como agregado, la renuncia.

En cuanto a la revocatoria, el artículo 17º de esta ley postula además que, cuando a juicio de la comunidad un representante haya ocasionado un perjuicio notorio a los intereses del corregimiento, los ciudadanos allí residentes tienen el derecho de solicitar la revocatoria de mandato. Para efectuar la solicitud, los ciudadanos residentes en el corregimiento, en número equivalente a, como mínimo, el 75% de la población electoral, deben presentarse a firmar personalmente el pedido ante el Tribunal competente.

Cabe destacar lo extremadamente alto que resulta el piso de avales requerido para iniciar el mecanismo (tres cuartas partes del padrón), y que son los propios ciudadanos los que deben acercarse voluntariamente a firmar (en lugar de habilitar a algún

¹² PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá de 1972. Disponible en: <http://200.46.254.138/legispan/PDF_NORMAS/1970/1972/1972_028_2256.PDF>. Acceso en: 4 may. 2018.

¹³ PANAMÁ. Ley n° 19 de 1980. Por la cual se deroga la Ley 6 del 10/02/1978 y se dictan disposiciones sobre la pérdida de representación ejercida por el representante de corregimiento y el suplente. Disponible en: <<http://docs.panama.justia.com/federales/leyes/19-de-1980-jul-15-1980.pdf>>. Acceso el: 4 may. 2018.

promotor que se encargue de la recolección en puntos cercanos a los domicilios de los votantes). Ambas prescripciones hacen prácticamente imposible la presentación exitosa de una solicitud.

El artículo 18º excluye al primer y último año de ejercicio del cargo de representante de corregimiento de la posibilidad de solicitud de revocatoria, y el artículo 19º aclara que la revocatoria del mandato del principal conlleva la del suplente.

Una vez reunidas las firmas requeridas en el artículo 17º “y oído el concepto del Fiscal ·Electoral”, el Tribunal Electoral (TE) debe convocar a plebiscito a los ciudadanos del respectivo corregimiento para determinar si aprueban o no la revocatoria (art. 20º). Dicho Tribunal debe reglamentar la celebración del plebiscito. También le compete actualizar el Registro Electoral del corregimiento al momento de convocar al plebiscito (art. 21º).

Finalmente, la representación se considera revocada si en el plebiscito votan a favor de la destitución por lo menos el 75% de los ciudadanos empadronados en el Censo Electoral del corregimiento (art. 22º). Esta exigencia excesivamente elevada de votos favorables a la revocación (no solo deben votar las tres cuartas partes del total de los electores hábiles sino que además todos ellos deben hacerlo afirmativamente), sumada al muy alto piso de avales exigidos en la solicitud, convertían a la revocatoria en una meta imposible de alcanzar.

Un punto importante surge respecto del reemplazo del principal y suplente revocados: el TE debe convocar a elecciones parciales a fin de cubrir ambos cargos, las que deben celebrarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la representación (art. 24º). Como sostiene Valdés Escofferry¹⁴ sobre dicha normativa: “obviamente, con requisitos tan exigentes, la Ley no se ha aplicado en ningún caso”.

2.3. Constitución Política de la República de Panamá de 1972 con reformas de 1978 y 1983, 4 de mayo de 1983

La reforma constitucional de 1983¹⁵, en su artículo 145º, incorporó a la revocatoria partidaria o ejercida a través de los partidos. En adelante, estos podrían revocar el mandato de los legisladores titulares o suplentes que hubieran postulado. Esta modalidad introduce una novedad por no activarse a partir de una iniciativa popular ni mediar el voto de la población en referéndum, dejando por tanto de pertenecer a la clasificación de mecanismo de “democracia directa”.

¹⁴ Valdés Escofferry, Eduardo. Reforma electoral en América Latina: el caso Panamá. In: Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús. **Reforma política y electoral en América Latina**. Serie Doctrina Jurídica nº 418. México: Unam-IDEA Internacional, 2008. p. 726.

¹⁵ PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá de 1972, con reformas de 1978 y 1983. Disponible en: <<http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/const/Constitucion197283.pdf>>. Acceso en: 15 sep. 2018.

Sin perder su cualidad de herramienta de destitución anticipada de representantes por vías institucionales, no conforma sin embargo un mecanismo de participación y control ciudadano propiamente dicho, ya que se ejecuta por iniciativa exclusiva del partido que postuló al candidato y según las causas y formas establecidas en su estatuto.

Para que los partidos pudieran ejecutar este mecanismo respecto de los representantes por ellos postulados, debían cumplirse los siguientes requisitos y formalidades: que las causales de revocatoria y el procedimiento aplicable estuviesen previstos en los Estatutos de Partido; que tales causales se refirieran a violaciones graves de los Estatutos y de la plataforma ideológica, política o programática del partido y que hubiesen sido aprobadas mediante resolución dictada por el TE con anterioridad a la fecha de postulación; que se garantizare el derecho del afectado, dentro de su Partido, a ser oído y a defenderse en dos instancias; y que la decisión del partido en que se adoptase la revocatoria estuviese sujeta a recurso del cual conocería privativamente el TE y tendría efecto suspensivo.

En esta modalidad de revocatoria cada partido conserva la potestad de adoptarla (o no), pero, para que pueda emplearla, debe estar primero incorporada en su Estatuto: “la revocatoria es opcional y (...) los partidos no están obligados a incorporarla en sus estatutos”¹⁶.

Finalmente la reforma constitucional de 1983 concede a los partidos el derecho de revocar el mandato a legisladores principales y suplentes que hubieran renunciado expresamente y por escrito a sus filas; mientras que el artículo 224º enumera a la revocatoria de mandato (junto con el cambio voluntario de residencia a otro corregimiento y la condena judicial fundada en delito) como una de las causas de pérdida de la representación.

2.4. Constitución Política de la República de Panamá, Acto Legislativo N° 1, 27 de abril de 2004

La reforma constitucional de 2004¹⁷ incorpora en forma plena el reconocimiento a los ciudadanos electores de un circuito electoral¹⁸ (vía solicitud al TE) del derecho a revocar el mandato de los diputados de libre postulación (independientes) que hubieran elegido (art. 151º). Esto es, la revocatoria popular. Aclara que a cada diputado

¹⁶ VALDÉS ESCOFFERRY, Eduardo. Reforma electoral en América Latina: el caso Panamá. In: Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús. **Reforma política y electoral en América Latina**. Serie Doctrina Jurídica nº 418. México: Unam-IDEA Internacional, 2008. p. 716.

¹⁷ PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá. Acto Legislativo nº 1 de 2004. Disponible en: <<http://pdbs.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>>. Acceso en: 15 nov. 2018.

¹⁸ La Asamblea Nacional se compone de diputados elegidos por circuitos electorales uninominales y plurinominales (artículo 147º de la CN).

le corresponde un suplente personal elegido con el diputado principal el mismo día, quién lo reemplazará en sus faltas (art. 147^o).

La introducción plena de la revocatoria popular no anula sino que se suma al derecho otorgado por la Constitución en 1983 a los partidos para revocar el mandato a diputados principales o suplentes que hubieran postulado (la revocatoria partidaria).

En el caso de revocatoria partidaria, se estipula ahora como requisito: que las causales de revocatoria y el procedimiento aplicable estén previstos en los estatutos del partido; que se refieran a violaciones graves de los estatutos y de la plataforma ideológica, política o programática; y/o que el legislador haya sido condenado por delito doloso con prisión de 5 años o más. Como contrapartida, concede al afectado el derecho a ser oído y a defenderse en su partido y sujeta a recurso la decisión de éste. Asimismo habilita a los partidos a establecer consultas populares con los electores del circuito, previo a iniciar el proceso, y a revocar el mandato de diputados por sumario cuando hayan renunciado al partido.

En esta reforma constitucional, la revocatoria alcanza también a los representantes de corregimiento (presidentes de las Juntas Comunales de los corregimientos). Puede ser motorizada por iniciativa popular o por los partidos cuando fueron postulados por estos. El artículo 227^o menciona a la revocatoria como uno de los motivos (junto con el cambio voluntario de residencia a otro Corregimiento y la condena judicial fundada en delito) de pérdida de la representación de esos gobernantes.

En síntesis, a partir de 2004 puede revocarse el mandato de representantes de corregimiento y de diputados de la Asamblea Nacional, tanto por parte de los ciudadanos como de los partidos, dependiendo de si los mandatarios fueron elegidos por libre postulación (directamente por la ciudadanía, como candidatos independientes) o si lo hicieron a través de su pertenencia partidaria. Por primera vez desde ese año, ambas modalidades de revocatoria conviven en la Constitución Nacional panameña.

2.5. La Ley N° 60 Que reforma el Código Electoral, 29 de diciembre de 2006

La primera Ley que reglamentó la revocatoria ampliada, esto es, de los diputados y representantes de corregimiento postulados por partidos y los de libre postulación, fue la N° 60¹⁹ de 2006, que reforma el Código Electoral. En su artículo 15^o contempla el derecho de revocatoria partidaria cuando estipula que los estatutos de los partidos deben contener las causales de revocatoria y el procedimiento aplicable si fuera el caso.

El capítulo decimoquinto se dedica por entero a este mecanismo. Comienza en su Sección 1^a regulando la revocatoria del mandato de diputados postulados por los

¹⁹ PANAMÁ. Ley n° 60 de 2006. Que reforma el Código Electoral. Disponible en: <<http://docs.panama.justicia.com/federales/leyes/60-de-2006-jan-2-2007.pdf>>. Acceso el: 15 nov. 2018.

partidos (revocatoria partidaria). El artículo 328º A dice que el partido político al que se le haya adjudicado la curul podrá revocar el mandato del diputado principal o suplente que haya postulado, inscrito o no en el partido, en casos de violación grave de los estatutos y plataforma ideológica o programática del partido, para lo cual las causales deben estar descritas en los estatutos y haber sido aprobadas por el TE con antelación a la fecha de postulación; por renuncia al partido; o por haber sido condenado por delito doloso, mediante sentencia ejecutoriada con pena privativa de libertad de 5 años o más. Respecto de esta última causal, resulta difícil entender cuál sería el valor agregado de la revocatoria luego de que hubiera actuado la justicia emitiendo una condena que de por sí sola merece el alejamiento automático del cargo.

La primera ocasión mencionada limita en cierta medida la arbitrariedad del partido al momento de ejercer el derecho de revocatoria, al exigir que las causales se encuentren detalladas en su estatuto, las que primero deben haber sido analizadas y aprobadas por la autoridad electoral, y luego dadas a conocer antes de la postulación del candidato.

Continuando con lo anterior, el artículo 328º B estipula que en sus estatutos los partidos deben indicar la autoridad que conocerá de los procesos de revocatoria y el procedimiento a seguir, garantizando la doble instancia interna de defensa al diputado. Constituye esta otra disposición que intenta establecer ciertos parámetros y límites a la decisión partidaria de revocar el mandato de uno de sus funcionarios electos.

El artículo 328º C concede al diputado principal o suplente afectado otra posibilidad de defensa. Agotadas las instancias y procedimientos internos al partido este puede impugnar la decisión ante el TE dentro de los siguientes 10 días hábiles. Dicha impugnación suspende los efectos de la decisión del partido.

Finalmente, se permite a los partidos establecer en sus estatutos el mecanismo de Consulta Popular reconocido en la Constitución (art. 328º D). Este mecanismo es opcional y puede usarlo el partido para legitimar popularmente su decisión de revocar a un representante elegido por la ciudadanía a través de su postulación partidaria, o para conocer la opinión popular sobre su voluntad de revocarlo antes de destituirlo por el procedimiento estatutario.

La Sección 2ª reglamenta la revocatoria de diputados electos por libre postulación (revocatoria popular). Las causales de pérdida del mandato son: el cambio voluntario de la residencia electoral fuera del circuito donde fue electo; la condena por delito doloso, mediante sentencia ejecutoriada, con pena privativa de la libertad de 5 o más años; y la decisión de los electores del circuito, mediante un referéndum revocatorio.

Los procesos de revocatoria que responden a las dos primeras causales, son iniciados por denuncia o de oficio por la Fiscalía General Electoral. Mientras que la tercera causal implica el mecanismo de revocatoria en su versión más clásica: promovida por iniciativa popular y efectivizada a través del voto por SI o NO de los ciudadanos. En esta

última modalidad se excluye al primer y último año de mandato de la posibilidad de ser afectados por el inicio de estos procesos (art. 328ºE).

Para solicitar la revocatoria de mandato de un diputado principal o suplente de libre postulación según la modalidad correspondiente a la tercera causal (decisión de los electores), se requiere la firma del 30% de los ciudadanos que conformaban el Padrón del circuito al momento de su elección. El procedimiento debe ser reglamentado por el TE (art. 328ºF). Cumplido el procedimiento, dicho Tribunal debe convocar, en no más de 3 meses, a un referéndum, para determinar si se aprueba o no la revocatoria (art. 328ºG).

El mandato del diputado principal o suplente de libre postulación será revocado solo si en el referéndum la mayoría de los votos válidos son afirmativos (a favor de la destitución) y siempre que asista a votar un mínimo del 50% del Padrón del circuito (art. 328ºH).

La Sección 3^a se encarga de la pérdida de la representación y revocatoria de mandato de los representantes de corregimiento postulados por partido político (revocatoria partidaria) y los electos por libre postulación (revocatoria popular). El artículo 328º I considera a la revocatoria del mandato como una de las causas de pérdida del cargo de representante de corregimiento. Las otras causales son: la condena judicial fundada en delito (el TE declara la vacancia del cargo mediante resolución motivada y a pedido de la Fiscalía General Electoral) y el cambio voluntario de residencia fuera de la circunscripción donde fue electo.

Asimismo, detalla los casos en los que aplica revocatoria. Si fue postulado por un partido (esté o no inscrito en él): por violación grave de los estatutos (siempre que las causas estén previstas en ellos, con previa aprobación del TE, indicándose la autoridad a cargo y el procedimiento a seguir, garantizando la doble instancia y pudiendo establecer la consulta a los electores), por renuncia al partido, y por decisión de los electores de la circunscripción mediante un referéndum revocatorio. Si fue electo como candidato de libre postulación, por decisión de los electores de la circunscripción, mediante un referéndum revocatorio convocado al efecto. La revocatoria de mandato por iniciativa popular no puede iniciarse durante el primer y último año del cargo (art. 328ºI).

Cabe aquí hacer notar que la decisión de los electores de la circunscripción de convocar a referéndum revocatorio por su propia iniciativa se aplica tanto a los representantes de corregimiento que han sido postulados por un partido como a los de libre postulación. En cambio, el partido político solo tiene derecho de revocar el cargo de un funcionario en caso de que este haya sido postulado a través suyo y haya incurrido en alguna de las causales arriba mencionadas estando estipuladas en los estatutos.

Para los representantes de corregimiento postulados por un partido que hayan incurrido en la primera causal de revocatoria (la violación grave de los estatutos), el artículo 328ºJ prevé que, agotadas las instancias y procedimientos internos al partido, el

mandatario puede impugnar la decisión ante el TE dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria. La impugnación suspende los efectos de la decisión del partido.

El artículo 328ºK postula como requisito para solicitar una revocatoria de un representante de corregimiento por iniciativa popular, recolectar la firma del 30% de los ciudadanos registrados en el padrón de la circunscripción, siendo el procedimiento reglado por el TE. Una vez cumplido dicho paso, el Tribunal convocará a referéndum para ver si se aprueba o no la revocatoria. Este órgano electoral es el encargado de reglamentar la celebración de esa consulta (art. 328ºL). El mandato resulta revocado si la mayoría de los votos válidos emitidos en el referéndum resulta afirmativos (art. 328ºM). Acto seguido, la Fiscalía General Electoral debe solicitar ante el TE que se declare, mediante resolución motivada, la vacante del cargo de representante de corregimiento (art. 328ºO), con fundamento en el mencionado artículo 328ºI.

Es menester resaltar que la revocatoria del cargo de un representante de corregimiento postulado por un partido, que ha sido encausada por su propia agrupación, ofrece más garantías e instancias de defensa del cargo por parte del funcionario afectado (tanto internas como externas al partido) que aquella que es solicitada por iniciativa popular (de cumplimiento inmediato, en caso de reunirse las firmas y votos necesarios para ello).

Asimismo, a la primera modalidad de revocatoria, la ejecutada por el partido, se le exige enmarcarse dentro de alguna de las causas predeterminadas por la normativa, la que además debe ser especificada en los estatutos partidarios; mientras que a los electores de la circunscripción no se les delimita ni exige la presentación de causales, sino, en cambio, un número mínimo de apoyos (ciertamente elevado).

El mecanismo de revocatoria iniciada por el partido se asemeja más a un procedimiento de tipo judicial o controvertido entre partes que a un mecanismo de democracia directa, formato este último que sí adopta la revocatoria impulsada por iniciativa popular.

2.6. La Ley N° 14 del 13 de abril de 2010

La reforma al Código Electoral realizada a través de la Ley N° 14²⁰ del 13 de abril de 2010, que rigió hasta el 30 de junio de 2014, entre otras cuestiones pretendió desarrollar el artículo 151º inc. 4 de la Constitución Política sobre los requisitos y formalidades exigidos a los partidos para revocar los mandatos de los diputados titulares o suplentes que hubieran postulado. Específicamente, la disposición según la cual el afectado tendría derecho, dentro de su partido, a ser oído y a defenderse en dos instancias.

²⁰ PANAMÁ. Ley nº 14 de 2010. Que dicta medidas sobre el certificado de información de antecedentes personales, reforma el Código Electoral y adiciona un artículo al Código Penal. Disponible en: <<http://docs.panama.justicia.com/federales/leyes/14-de-2010-apr-13-2010.pdf>>. Acceso en: 4 may. 2018.

Así, el artículo 3º dispuso que la doble instancia a lo interno del partido se llevaría a cabo primero ante el Directorio Nacional, en el que se exigía que la decisión fuera unánime, y en segunda instancia ante el Congreso o Convención Nacional, donde la decisión requería el apoyo de las dos terceras partes de sus miembros. Estos organismos partidarios debían atender la revocatoria en sus sesiones ordinarias. Luego, para que la decisión del Congreso o Convención Nacional se perfeccionase, debía someterse a consulta de los electores del circuito correspondiente y ser aprobada por el voto de las dos terceras partes del padrón. Estos nuevos requisitos, de aprobación unánime y por 2/3 en los diferentes organismos internos al partido, y luego por 2/3 del electorado, hacía aún más complicado revocar el mandato a los diputados cuestionados por la agrupación.

En el mismo artículo se incluía la obligatoriedad para los partidos que adoptasen este mecanismo de establecer dicho procedimiento en sus estatutos para aplicarlo a la revocatoria de los diputados. Por último, el artículo 4º adicionó el cargo de representante de corregimiento principal o suplente a su posible pérdida del mandato por revocatoria partidaria, debiendo también aplicarse el procedimiento previsto en el artículo anterior, el cuál debía incluirse en los respectivos estatutos.

2.7. La Ley N° 4, 7 de febrero de 2013

Posteriormente, se aprobó la ley que hasta la fecha de finalización de este trabajo regula su ejercicio, la N° 4²¹ (conocida como “ley anti-tránsfuga”), promulgada por el entonces presidente de la república Ricardo Martinelli el 7 de febrero de 2013, y vigente desde el 1 de julio de 2014²² (art. 10º). Esta normativa reforma y restablece algunos de los artículos del Código Electoral referidos a la revocatoria (manteniendo vigentes el resto de ellos). Para comenzar, postula que en los estatutos de los partidos se debe indicar la autoridad que conocerá del proceso de revocatoria de mandato de los diputados y el procedimiento a seguir, garantizando la doble instancia (art. 1º).

En el artículo 2º menciona también que el cargo de representante de corregimiento, principal o suplente, se pierde (entre otras causales) por revocatoria de mandato. Si fue postulado por un partido, esté o no inscrito en él, las causas de revocatoria son, en primer lugar, la violación grave a los estatutos del partido, siempre que las causas estén previstas en los estatutos, hayan sido aprobadas previamente por el TE y se indique la autoridad que conocerá del proceso y el procedimiento a seguir, garantizando

²¹ PANAMÁ. Ley nº 4 de 2013. Que reforma y restablece artículos del Código Electoral sobre la Revocatoria de Mandato, y dicta otra disposición. Disponible en: <<http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/wdatj8b3ip-ley-4-de-7-de-febrero-de-2013.pdf>>. Acceso el: 5 may. 2018.

²² [s.a.] Presidente Martinelli sanciona y promulgan Ley 4 de revocatoria de mandato. **La Estrella de Panamá**, Panamá, feb. 2013. Disponible en: <<http://laestrella.com.pa/panama/politica/presidente-martinelli-sanciona-promulgan-4-revocatoria-mandato/23471610>>. Acceso en: 3 oct. 2018.

la doble instancia y pudiendo los partidos establecer mecanismos de consultas a los electores de la circunscripción para la aplicación de la revocatoria.

Si bien los partidos tienen la potestad de revocar el mandato de su representante, como quién otorga el cargo a través del voto es el pueblo, pueden preguntar antes a la ciudadanía, mediante el procedimiento de consulta popular, si está de acuerdo con dicha revocatoria. De este modo el partido podría corregir el rumbo o, en caso de destituirlo, la decisión partidaria no resultaría del todo cerrada o sin legitimidad popular.

Otra de las causales de revocatoria a representantes de corregimiento postulados por el partido es la renuncia a éste. Estas dos primeras causales estarían sustentando la revocatoria partidaria o ejecutada por el partido de pertenencia del mandatario.

La tercera causa para revocar a un representante de corregimiento postulado por un partido es la decisión de los electores de la circunscripción mediante referéndum revocatorio (revocatoria popular). Con lo cual, los representantes de corregimiento que han sido elegidos a través de la postulación partidaria pueden no obstante también ser revocados directamente por iniciativa ciudadana, incluso cuando el partido no esté de acuerdo. Se pone de manifiesto una suerte de “doble pertenencia” del cargo postulado por un partido en Panamá: le “pertenece” al propio partido que postuló al candidato y a la población que lo eligió, motivo por el cual cualquiera de estas dos fuentes de legitimidad puede también revocarlo.

La pérdida del cargo de Representante de corregimiento principal o suplente vía revocatoria de mandato también aplica para quienes fueron electos por libre postulación. Esta se ejecuta por decisión de los electores de la circunscripción, mediante referéndum revocatorio (revocatoria clásica o popular).

Al final del artículo 2º sobre la pérdida del cargo por revocatoria se aclara que no se podrán iniciar procesos revocatorios por iniciativa popular durante el primer y último año de ejercicio. De este modo se tendería a evitar que la revocatoria se iniciara por motivos de especulación electoral: la exclusión del primer año de mandato permite que el funcionario ejecute su plan de gobierno por el lapso de 12 meses. Antes de ese tiempo, sería posiblemente apresurado emitir un juicio fundado sobre su gestión. Por su parte, la exclusión del último año evita que la expectativa de un año electoral estímule una salida y reemplazo anticipado del mandatario por pura especulación política, o que se su salida se adelante solo unos pocos meses multiplicando inútilmente los costos de votación. Tratándose de cargos de 5 años de duración, el período plausible de revocatoria en este país supera la mitad del mandato, elevándose a tres años.

En cuanto a la causal referida a la violación de los estatutos partidarios, el artículo 3º otorga al representante de corregimiento afectado, una vez agotadas las instancias y procedimientos en lo interno del partido, el derecho de impugnar la decisión ante el TE dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria, suspendiendo con ello los efectos de la decisión del partido. Cabe hacer notar que la revocatoria perpetrada

por el partido bajo la causal de violación de estatutos tiene un resultado susceptible de ser impugnado ante el Tribunal y dejado sin efecto, mientras que la decisión de revocatoria por votación popular en referéndum arroja un resultado definitivo e incontestable ante el pronunciamiento ciudadano en las urnas.

Para solicitar la revocatoria a un representante de corregimiento por iniciativa popular se exige la firma del 30% de los ciudadanos empadronados en la circunscripción (art. 4º), un piso alto que protege su supervivencia en el cargo. Cumplido dicho procedimiento, el TE debe convocar a referéndum para ver si se aprueba o no la revocatoria (art. 5º). El mandato es revocado si en el referéndum la mayoría de los votos válidos resultan afirmativos (art. 6º).

Como novedad, se adiciona el artículo 376º A al Código Electoral, según el cual, lo anterior podrá ser igualmente aplicado para revocar el mandato a los alcaldes de distrito, tanto los que hayan sido electos por partidos o mediante libre postulación (art. 7º). Respecto del reemplazo de los funcionarios revocados, la versión completa de este Código Electoral 2013²³, prevé la celebración de elecciones parciales cuando el cargo hubiera quedado vacante por ausencia absoluta del principal y el suplente, salvo que faltase menos de un año para que venciera el periodo (art. 352º).

3. LA REVOCATORIA DE MANDATO EN LOS HECHOS

En Panamá, hacia junio de 2014 el *recall* se había aplicado en forma completa y con resultado revocatorio solamente a dos diputados. Sin embargo, la modalidad empleada en ambos casos no fue la revocatoria de mandato concebida como un mecanismo de democracia directa (iniciado por la ciudadanía a modo de control de sus gobernantes), sino aquélla otra vía de destitución del representante cuya implementación correspondía enteramente al partido que lo postuló. A excepción del período 2010-julio de 2014 donde la consulta ciudadana fue por ley obligatoria para los partidos que desearen destituir a sus representantes, antes y después de dicha normativa esta vía les permitía prescindir de la participación ciudadana, a excepción de aquellos partidos que optasen por incluir en su procedimiento una instancia de consulta popular. A partir de la mencionada reforma de 2010, la percepción general era que, si bien el mecanismo había cobrado cierta vigencia, con esta modificación prácticamente se impedía su aplicación²⁴.

²³ PANAMÁ. Tribunal Electoral. Código Electoral 2013. Panamá. 2013. Disponible en http://www.tribunal-electoral.gob.pa/html/fileadmin/user_upload/publicaciones/CODIGO_ELECTORAL_01.pdf. Acceso el: 15 de julio de 2018.

²⁴ BUSTAMANTE, Aminta. Revocatoria de mandato, una norma difícil de aplicar. **Panamá América**, Ciudad de Panamá, abr. 2012. Disponible en: <<https://www.panamaamerica.com.pa/nacion/revocatoria-de-mandato-una-norma-dificil-de-aplicar-803861>>. Acceso el: 23 nov. 2018.

Los dos casos de revocatoria consumada fueron motorizados por el Partido Revolucionario Democrático (PRD) contra dos de sus diputados. En el primer caso, el legislador Mario Miller fue expulsado de las filas partidarias debido a las denuncias que pesaban en su contra por extorsión a empresarios. Luego, el partido lo destituyó del cargo según el procedimiento previsto en sus estatutos y sin mediación del voto ciudadano.

La decisión partidaria se fundamentó en el incidente del 22 de noviembre de 1994, en el que el legislador Miller había sido sorprendido por agentes de la policía en el momento en que presuntamente recibía un maletín con 100.000 dólares. El dinero era sospechado de conformar la paga de unos comerciantes que supuestamente habían sido extorsionados por el diputado. Miller resultó comprometido junto a un grupo de funcionarios copartícipes en el presunto acto de extorsión.

El 8 de diciembre, luego de un conflicto que había enfrentado al Parlamento panameño con el procurador Jorge Valdés, se retiró a Miller la inmunidad²⁵. A pesar de esta decisión, el pleno del Parlamento señaló en una resolución que aunque existían indicios que ameritaban una investigación al diputado, todavía había dudas sobre la comisión del *"in fraganti delito"* atribuido.

En su defensa, el legislador adujo que todo había sido una encerrona para "liquidarlo políticamente", debido a que "andaba persiguiendo a los corruptos" del anterior gobierno²⁶. En el mes de octubre anterior Miller había acusado a la esposa del ex presidente Guillermo Endara, Ana Mae Díaz, y al ex diputado Francisco Artola, del antiguo gobernante Partido Arnulfista, por presuntos actos de corrupción realizados con una partida de 10 millones de dólares que había sido otorgada por el gobierno para socorrer a las víctimas del terremoto de 1991. Hacia el 15 de noviembre, la fiscal que investigaba la demanda concluyó que existían méritos suficientes para procesar a Díaz de Endara y a Artola por el uso irregular de dichos fondos.

Sin embargo, a pesar de las dudas expresadas por el Parlamento sobre el *in fraganti* delito de Miller, el gobernante PRD expulsó al diputado de sus filas. En la Resolución del 7 de diciembre justificó su decisión por violación a los principios, programas, estatutos e intereses de la organización. Asimismo, el Tribunal de Honor del partido pidió a su Comisión Política que gestionara ante las autoridades electorales la revocatoria definitiva de la banca del diputado. El "caso Miller", que durante más de dos semanas mantuvo en vilo al Parlamento, a la Procuraduría y a la opinión pública, se convertiría en el primer suceso serio de presunta corrupción en los primeros cien días de gobierno del presidente Ernesto Pérez Balladares del PRD.

²⁵ HERNÁNDEZ, Silvio. Panamá: Retiran inmunidad a diputado acusado de extorsión. **Inter Press Service**, [s.l.], 1994. Disponible en: <<http://www.ipsnoticias.net/1994/12/msg076g01e-panama-retiran-inmunidad-a-diputado-acusado-de-extorsion>>. Acceso el: 12 dic. 2018.

²⁶ BUSTAMANTE, Aminta. Revocatoria de mandato, una norma difícil de aplicar. **Panamá América**, Ciudad de Panamá, abr. 2012. Disponible en: <<https://www.panamaamerica.com.pa/nacion/revocatoria-de-mandato-una-norma-dificil-de-aplicar-803861>>. Acceso el: 23 nov. 2018.

El partido resolvió revocar el mandato del legislador y el TE lo avaló. Esta decisión partidaria fue adoptada antes de que culminara el proceso judicial y, según manifestó en forma expresa, se hizo con independencia de cuál pudiese ser su desenlace: el solo involucramiento en un caso delictivo semejante implicaba, a su juicio, una ofensa grave contra los principios del partido digna de expulsión.

El procedimiento revocatorio aplicado tuvo sus vaivenes y culminó con la Resolución Nº J-1/94 del 7 de diciembre en el que el Tribunal partidario decidió: que la conducta ciudadana y política del legislador miembro del PRD antes y durante los hechos públicos y notorios en que se vio involucrado resultaba manifiestamente contraria a los principios del partido; que la misma no era apropiada a los lineamientos acordados por los órganos rectores del Partido, que sustentaron la oferta política en la campaña y que debían servir de guía y ser respetados por todo miembro del partido que ocupase un cargo de elección popular; que su conducta quedaba tipificada como causal de expulsión del partido según las normas estatutarias y reglamentarias vigentes; y que Mario Miller quedaba sujeto a la revocatoria de mandato como legislador del PRD por haber incurrido en causal establecida en los estatutos.

El Tribunal partidario decidió la expulsión de Miller como miembro del PRD y adelantó lo necesario para la revocatoria de su mandato como legislador del partido. Por último se comunicó esa Resolución al TE y a la Asamblea Legislativa para que fuera ejecutoriada.

El afectado apeló la decisión partidaria presentando un recurso de impugnación contra las resoluciones J-1/94 del 7 de diciembre, dictada por el Tribunal de Honor y Disciplina del partido, y la 01-95 del 4 de marzo, expedida por la Comisión Política del partido²⁷. El demandante solicitaba que el TE revocase ambas resoluciones, violatorias de los estatutos, la legislación y la Constitución política.

El apoderado del PRD negó las aludidas violaciones procedimentales y aclaró que la Comisión Política del partido no había fundamentado su decisión sólo en una supuesta conducta penal del legislador políticamente censurable, sino en las faltas cometidas contra los estatutos y principios fundamentales del PRD, que consagraban (entre muchas otras cosas), el logro de una sociedad moral y patrióticamente fortalecida en la que se consolidasen y desarrollasen valores de equidad, confraternidad y solidaridad humana.

El 24 de abril se celebró una nueva audiencia donde se escuchó el alegato de las partes. Aún así, finalmente se mantuvo la decisión inicial del Tribunal de Honor y Disciplina del PRD de expulsarlo del partido. El 22 de mayo el TE ratificó que el Tribunal de Honor podía decidir en primera instancia tanto la expulsión como la revocatoria de

²⁷ PANAMÁ. Tribunal Electoral. Impugnación contra las resoluciones J-1/94 fechada 7/12/1994 y la 01-95 fechada 4/03/1995, dictadas por el PRD. Panamá. 1995. Disponible en: <http://www.oas.org/sap/docs/DECO/legislacion/pa/Reparto%203-1995-ADM.pdf>. Acceso el: 25 de agosto de 2018.

mandato del legislador o imponer cualquiera de ambas sanciones sin la otra. Ninguna disposición prohibía tal cosa al partido, aunque se recomendaba su especificación en los estatutos.

Por otro lado, en cuanto a las causales invocadas para la revocatoria, el TE debía ahora determinar si las mismas constituyan violaciones graves a los estatutos y de la plataforma ideológica, política o programática del PRD según lo exigido por el ordinal 2º del artículo 145º de la Constitución. Para ello tomó en cuenta lo que el partido había aducido como causal de expulsión y revocatoria del mandato.

El TE valoró que para el CEN del PRD el sólo hecho de que un legislador estuviera involucrado en la comisión de un delito de extorsión, con la cantidad de indicios que existían en su contra, independientemente de que resultara o no condenado penalmente por ello, constituyía una violación grave a los estatutos y plataformas del partido que justificaba la pérdida del curul como legislador y que esa persona no permaneciera ni continuara en la Asamblea Legislativa representando al partido ni al pueblo.

Asimismo, ratificó la prerrogativa casi exclusiva del Partido de decidir si la conducta de un legislador era incompatible con el ejercicio de un curul legislativo, al tenor de los compromisos asumidos con este por mandato de los estatutos. Finalmente coincidió con el partido en que era vital para la democracia que todos los partidos se esforzaran por mantener una imagen de seriedad y transparencia, de respeto y cumplimiento de las normas legales y estatutarias y que sus legisladores honrasen con caballidad esa imagen, manteniéndose totalmente al margen de acontecimientos delictivos. Exponerse a éstos era exponer su curul; exponerse a quedar involucrados era exponerse a la pérdida del cargo.

Dicha exposición por parte del legislador fue interpretada por el TE como una violación grave a los estatutos y plataformas del PRD, que ameritaba la acción adoptada por este. Si bien aclaró que ello no implicaba un adelantamiento de juicio respecto de la responsabilidad penal del legislador ni pasaba por alto la presunción de inocencia, sí ratificaba la medida disciplinaria del partido, impuesta no por la comisión del delito sino por el involucramiento en él siendo legislador de la República, más allá de ser luego hallado culpable o inocente. De este modo, el TE ratificó como válido lo actuado por el PRD, confirmando en todas sus partes sus resoluciones, en el sentido de revocar el mandato de Miller como legislador del Circuito 1-1.

El TE ratificó, con su Sentencia del 22 de mayo, la revocatoria de Miller ejecutada por el PRD, la que no admitía recurso en contra. Si bien Miller reclamó su derecho a la presunción de inocencia y a un debido proceso de justicia ordinaria, y denunció haber sido víctima de un procedimiento apresurado que influyó negativamente en su curso; no pudo evitar ser el primer representante expulsado de su partido y cuyo cargo fue revocado. Luego se lo condenó a 44 meses de prisión por extorsión y asociación ilícita

para delinquir. En el año 2000, tras haber pasado un tiempo en la cárcel, la Corte Suprema de Justicia decidió revocar su condena²⁸.

El otro caso de revocatoria que tuvo lugar en Panamá también fue de tipo partidaria y ocurrió en el período legislativo 1999-2004. El legislador santeño Carlos 'Tito' Afú afrontó la expulsión del PRD y la revocatoria de su mandato.

A fines de 2001 el partido inició un proceso en su contra, acusándolo de haber desafiado los lineamientos partidarios por haber votado a favor de la ratificación de Alberto Cigarruista y de Winston Spadafora como magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Spadafora había sido Ministro del Interior de la entonces presidente Miryela Moscoso del Partido Panameñista, que gobernó durante ese período (1999-2004). También se le endilgó haber aceptado coimas del gobierno de Moscoso a cambio de su apoyo.

Afú contestó, primero, acusando a su partido de haber aceptado gratificaciones "en masa" del consorcio San Lorenzo, un contratista de la construcción. Segundo, inició una impugnación, Reparto 10-2002-ADM, contra las resoluciones revocatorias del 19 de diciembre de 2001 y la N° 10 del 4 de enero de 2002, ambas expedidas por el Consejo Directivo Nacional (CDN) del PRD.

El 22 de abril de 2002 presentó una nueva impugnación fundamentada en que dichas Resoluciones impugnadas habían creado una nueva causal de expulsión del partido y de revocatoria que no estaba previamente establecida y aprobada por Resolución del TE.

En esa demanda de impugnación incluyó además una Advertencia de Inconstitucionalidad respecto de las reformas a los Estatutos, Principios y Programas del PRD, que habían sido aprobados por el TE mediante Resolución N° 245, de fecha 16 de agosto de 1995, y N° 295, del 17 de octubre de 2001. Se advertía que los artículos 83º, 102º, 103º de los Estatutos del PRD y la reforma N° 77 contenida en las mencionadas resoluciones, en lo referente a la expulsión del partido y revocatoria de mandato de legisladores de la Asamblea, violaban los artículos 37º, 43º, 144º, 145º, 148º y cualquier otro de la Constitución de conformidad con el artículo 203º de ella, el artículo 2.558º del Código Judicial, el artículo 92º del Código Electoral y el 2º de los Estatutos del partido²⁹.

Independientemente de cuál fuese el resultado del proceso disciplinario que se le adelantaba a nivel de su partido, Afú tenía derecho a recurrir al TE³⁰. Correspondería

²⁸ RODRÍGUEZ, Ivonne. Los doce casos más importantes de la historia democrática. **La Estrella de Panamá**, jun. 2014. Disponible en: <<http://laestrella.com.pa/panama/politica/doce-casos-importantes-historia-democratica/23779514>>. Acceso el: 3 may. 2018.

²⁹ PANAMÁ. Tribunal Electoral. Reparto 10-2002-ADM. Panamá. 2005. Disponible en: http://201.174.39.184/Fallos_Relevantes/10_2002.pdf. Acceso el: 15 de mayo de 2018.

³⁰ Gálvez F., Florencio. Caso de Afú podría llegar a la Corte. **Portal Crítica**, mar. 2002. Disponible en: <<http://portal.critica.com.pa/archivo/03212002/nac09.html>>. Acceso el: 16 ene. 2019.

luego a ese órgano determinar sobre la legalidad o no del proceso seguido dentro del PRD, siempre que hubieran transcurrido las dos instancias previas reglamentarias.

Lo anterior no prevenía o impedía que pudiera haber también un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia si se demandaba por inconstitucionalidad el proceso o el acto mismo que había dispuesto la revocatoria de mandato. Ello, debido a que para algunos funcionarios y ex funcionarios, el hecho de que un legislador votara por determinado candidato a magistrado no era causal de revocatoria de mandato: “Votar por Pedro o por María no implica que el legislador este violando normas de la ideología o de la plataforma de gobierno o su programa”³¹.

Luego vendría el Reparto 11-2002-ADM, contentivo de la impugnación promovida por los representantes del legislador el 29 de mayo de 2002. Dicha impugnación se dirigía en contra del Auto N° 003-02 del 25 de marzo de 2002, emitido por el Tribunal de Honor y Disciplina del partido, y la Sentencia 001-02 del 5 de abril de 2002, aprobada por el CDN, mediante las cuales se había resuelto y ratificado expulsarlo del partido y revocarle el mandato al cargo de legislador de la República.

El 3 de junio de 2002 “Tito” emitió además un incidente de recusación contra dos magistrados del TE: Erasmo Pinilla y Eduardo Valdés Escofferry. Alegó que el primero era primo hermano de su “enemigo” dentro del PRD, Mateo Castillero, a quien Afú había acusado de entregar un adelanto de un soborno para que diera voto favorable al proyecto CEMIS. Por ese motivo presumía que el magistrado ponente tendría un especial interés en sancionarlo, lo cual estaba contemplado como causal de impedimento.

En cuanto al segundo magistrado recusado, le cuestionaba haber emitido pronunciamientos prejuiciosos sobre el caso de expulsión y revocatoria de mandato. Según Escofferry había adelantado a los medios, el proceso del diputado iba a ser rápido y expedito. El afectado reaccionó con una negativa a ese comentario y acusó al magistrado de prejuzgamiento: “no estamos viendo imparcialidad de ninguno de los dos magistrados”, dijo³². El propósito del recurso era que ambos integrantes del TE se declarasen impedidos en el proceso de impugnación presentado por Afú contra las resoluciones del PRD.

Ante la decisión del TE de no dar trámite al recurso de impugnación iniciado contra las resoluciones de expulsión y revocatoria emitidas por el partido, Afú se dirigió a la Corte Suprema de Justicia e interpuso un Recurso de Hecho, que fue acogido por Jacinto Cárdenas, magistrado suplente de Winston Spadafora³³. El 20 de junio de 2002

³¹ GÁLVEZ F, Florencio. Caso de Afú podría llegar a la Corte. **Portal Crítica**, mar. 2002. Disponible en: <<http://portal.critica.com.pa/archivo/03212002/nac09.html>>. Acceso el: 16 ene. 2019.

³² NAVARRO, Eliécer. Afú presenta incidente de recusación. **Portal Crítica**, Panamá, jun. 2002. Disponible en: <<http://portal.critica.com.pa/archivo/06042002/nac02.html>>. Acceso el: 16 ene. 2019.

³³ PÉREZ G, Rafael. Fallan tardíamente en caso de Carlos Afú. **La Prensa**, Panamá, may. 2005. Disponible en: <http://impresa.prensa.com/mas_de_la_prensa/Fallan-tardiamente-caso-Carlos-Afu_0_1475102563.html>. Acceso en: 19 jun. 2018.

el Pleno de la Corte Suprema de Justicia emitió una Resolución en la cual acogió la Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por Afú y solicitó al TE que le remitiera las actuaciones correspondientes, como así también que suspendiera el proceso de expulsión y revocatoria hasta tanto se decidiera sobre el recurso.

El 14 de noviembre de 2002 en la sede del Tribunal Marítimo se celebró la audiencia correspondiente al proceso, en la cual estuvieron presentes todas las partes y donde se resolvió dejarlo en estado de decidir hasta tanto la Honorable Corte Suprema emitiese su fallo sobre la Advertencia de Inconstitucionalidad.

En la audiencia, el fiscal Electoral, Gerardo Solís, concedió un punto a Afú en la batalla que este libraba contra el PRD para evitar su revocatoria de mandato. Sostuvo que el legislador Afú había sido elegido por el pueblo y que no era el PRD quien podía revocar el mandato a un parlamentario de sus filas por actuar conforme a sus derechos como legislador de la República. De este modo, llamaba a resolver el tema a partir de aplicar la norma constitucional. La Corte Suprema era por tanto la única que podía definir a su juicio el futuro del recurso. El fiscal acordaba con la expulsión del partido en ese caso, pero no con la revocatoria de mandato.

Finalmente, unos años más tarde, mediante Resolución del 13 de abril de 2005, el pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró no viable la Advertencia de Inconstitucionalidad promovida por Afú contra la Resolución N° 245 del TE del 16 de agosto de 1995, en la que se aprobaron las reformas a los Estatutos del PRD. La Corte indicó que la Constitución Política era clara al establecer que, contra decisiones del TE, solo se podía admitir la acción de inconstitucionalidad más no así el resto de los procesos, es decir, consultas y advertencias de inconstitucionalidad. A ello adicionó que, en vista de que la advertencia de inconstitucionalidad había sido admitida, y encontrándose en la etapa de resolver el fondo, correspondía declarar la no viabilidad del negocio, tal como lo hizo.

Luego de que la Corte hubiera resuelto la advertencia, correspondía al TE continuar el proceso (hasta entonces suspendido a pedido de la Corte) y resolverlo. Siendo que las resoluciones impugnadas habían decidido expulsar al legislador Afú del PRD y revocarle su cargo en la Asamblea, resultaba evidente que, tras haber sido iniciado el proceso en 2002 y resuelto por la Corte recién en 2005, el período electoral y legislativo en el cual se habían iniciado los hechos (1999-2004) había transcurrido y se hallaba vencido.

Frente a lo anterior, y siendo un hecho público y notorio que Afú había renunciado al PRD y había sido postulado para las elecciones generales de 2004 como candidato a diputado por los partidos MOLIERNA, Arnulfista y Liberal Nacional; la ratificada expulsión del PRD en 2005 ya no tenía razón de ser. En segundo lugar, siendo que el período legislativo dentro del cual transcurrieron los hechos ya había vencido, tampoco cabía la revocatoria de mandato del luego devenido diputado.

Por tanto, el TE observó que los hechos que motivaron la interposición de la demanda de impugnación habían perdido su razón de ser y había operado el fenómeno jurídico de la “sustracción de materia”, que según la doctrina estaba constituido por las circunstancias de que la materia justiciable sujeta a decisión dejaba de ser tal por razones extrañas a la voluntad de la parte, no pudiendo el Tribunal emitir un pronunciamiento de mérito sobre ella. En tal virtud, los magistrados del TE declararon sustracción de la materia en dicha causa y ordenaron el archivo del expediente.

4. CONCLUSIONES

De forma temprana e innovadora, incluso antes de iniciada la tercera ola democratizadora (Huntington, 1994), la Constitución nacional de la República de Panamá de 1972 incorporó por primera vez la revocatoria popular. En esa oportunidad, lo hizo como causal de pérdida de la representación por parte de los gobernantes elegidos. Este artículo constitucional tuvo su reglamentación en la ley N° 19, aprobada en 1980. Con las modificaciones realizadas a la Ley Fundamental en 1983, se sumó la revocatoria partidaria. Finalmente, la Constitución de 2004 dio forma plena al derecho de los ciudadanos a revocar el mandato de los diputados de libre postulación. De este modo, se completaba a nivel constitucional la adopción de la revocatoria popular y de la revocatoria partidaria en este país, reguladas por las sucesivas leyes N° 60 de 2006, N° 14 de 2010 y N° 4 de 2013.

Respecto del modelo clásico de la revocatoria de mandato (la popular), en Panamá su alcance es moderado en tanto solo afecta a los cargos de diputados nacionales titulares o suplentes, y, en el nivel subnacional, a los representantes de corregimiento y a los alcaldes de distrito, ya sea partidarios o de libre postulación. El cargo de presidente está exento de toda revocatoria.

Dicho mecanismo puede implementarse una vez cumplido el primer año de mandato y antes de entrar al último, a los fines de conceder al representante un plazo de tiempo aceptable para implementar su plan de gobierno y protegerlo de la pura especulación electoralista.

En cuanto al mínimo de firmas exigido para iniciar un referendo revocatorio, en este país es bastante alto: el 30% del padrón electoral del distrito, desalentando en parte con ello la presentación de solicitudes por la ciudadanía. Para que la revocatoria se apruebe, la legislación exige reunir la mayoría simple de los votos emitidos en el referéndum, un piso muy accesible de alcanzar, y más aún siendo que no se fija un porcentaje mínimo de participación para validar la votación.

Nótese que la normativa no establece un tope máximo a la cantidad de procesos revocatorios que pueden iniciarse por mandato. Por último, para reemplazar a

un representante revocado asume su suplente y, solo en ausencia de este, se llama a elecciones para cubrir los puestos tanto de titular como de suplente

En síntesis, el diseño institucional de la revocatoria popular en Panamá es de alcance moderado. Ello se observa en varios aspectos. En primer lugar, en tanto habilita algunos puestos de carácter nacional y subnacional pero deja afuera el principal cargo de gobierno: el ejecutivo nacional. Asimismo, si bien el piso de firmas indicadas para iniciar un proceso es elevado (30% del padrón), lo que puede impactar negativamente en el ciudadano desalentándolo a iniciar un proceso; una vez superada esta primera traba, los impedimentos disminuyen notablemente: para aprobar el revocatorio solo se exige la simple mayoría de los votos emitidos sin requerir participación mínima. También es moderado el plazo del mandato en que es posible iniciar un revocatorio: en períodos de 5 años de duración, 3 años (más del 50%) son susceptibles de revocatoria. La exclusión del primer y último año busca evitar maniobras políticas ajenas a la finalidad del control popular. Finalmente, el reemplazo por suplente en primera instancia evita especulaciones electorales por parte de los adversarios políticos que podrían desvirtuar la cualidad societal del ejercicio de la *accountability*³⁴.

En cuanto a la modalidad de revocatoria partidaria, en este trabajo se ha visto que se trata de una forma novedosa y ampliamente cuestionada en Panamá. Ello, en virtud de las profundas diferencias que presenta su procedimiento, modo de funcionamiento y efectos en comparación con la revocatoria clásica o popular (más allá de las especificidades reglamentarias de cada caso). La revocatoria partidaria constituye “una disposición única en el mundo, hasta donde conocemos, y altamente controversial”³⁵.

No obstante, y a pesar de las controversias desatadas, la revocatoria partidaria fue “finalmente adoptada por todos los partidos”³⁶. Para algunos, su incorporación “ha influido para fortalecer la disciplina partidaria en las bancadas en el Órgano Legislativo, y por lo tanto a su institucionalización, evitando el transfugismo político e inestabilidad en la estructura partidaria del Órgano Legislativo”³⁷.

Luego, las modificaciones realizadas a la Ley reglamentaria en 2010, aprobadas en su mayoría por diputados del Cambio Democrático y del Partido Panameñistas, harían casi imposible revocar el mandato a los diputados y representantes que se “saltan

³⁴ PERUZZOTTI, Enrique; Smulovitz, Catalina (Eds.). **Controlando la política**. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas. Buenos Aires: Temas, 2002.

³⁵ VALDÉS ESCOFFERRY, Eduardo. Reforma electoral en América Latina: el caso Panamá. In: Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús. **Reforma política y electoral en América Latina**. Serie Doctrina Jurídica nº 418. México: Unam-IDEA Internacional, 2008. p. 761.

³⁶ VALDÉS ESCOFFERRY, Eduardo. Reforma electoral en América Latina: el caso Panamá. In: Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús. **Reforma política y electoral en América Latina**. Serie Doctrina Jurídica nº 418. México: Unam-IDEA Internacional, 2008. p. 761.

³⁷ PÉREZ G., Rafael. Fallan tardíamente en caso de Carlos Afú. **La Prensa**, Panamá, may. 2005. Disponible en: <http://impresa.prensa.com/mas_de_la_prensa/Fallan-tardiamente-caso-Carlos-Afu_0_1475102563.html>. Acceso en: 19 jun. 2018.

de tolda”³⁸. Al menos hasta la reforma de 2013, donde nuevamente se suavizarían los requisitos.

En esta legislación de 2010, la revocatoria partidaria incluyó una cuota importante y decisiva de participación y control ciudadano, como instancia final necesaria para hacer efectiva la iniciativa revocadora aprobada por doble instancia partidaria. Con lo cual, si bien el mecanismo seguía siendo de iniciativa partidaria, ejecutada a través de sus órganos directivos, daba un reconocimiento a la fuente de legitimidad popular del cargo, de la que demandaba su participación en la resolución final sobre el representante.

A juicio del magistrado del Tribunal Electoral, Eduardo Valdés Escofferry, estos cambios se convirtieron en el primer impedimento para su implementación: “es muy difícil que un partido pueda aplicar la revocatoria de mandato tal como está la legislación ahora mismo”³⁹. Para el diputado panameñista Luis Eduardo Quirós, el proceso de la revocatoria era complicado, pero debía llevarse a cabo de todos modos, porque de lo contrario se estaría traicionando al electorado que emitió su voto pensando en apoyar a la figura de un colectivo. El 1 de julio de 2014 entraría en vigencia la reforma de 2013, que daría marcha atrás con varias de estas últimas restricciones.

En lo que hace a su diseño institucional, esta forma particular de revocatoria no ha sido dispuesta para que sea la ciudadanía quién la inicie, a fin de controlar y eventualmente destituir a los gobernantes que ha votado, sino que se crea para uso de los partidos políticos respecto de los candidatos que postularon y que fueron elegidos a través de ellos.

La finalidad de uso de esta revocatoria es de tipo político, partidario e ideológico, para sancionar la falta de lealtad de un mandatario hacia el partido que canalizó su postulación. Es decir, constituye un instrumento de disciplina partidaria. Ello se diferencia radicalmente de la revocatoria popular o clásica, siendo esta un mecanismo de *accountability* vertical en manos de la ciudadanía, creada para desplazar a representantes que han defraudado su confianza y/o a su juicio se han desempeñado insatisfactoriamente en el cargo.

En el plano empírico, hasta el momento solo se registraron dos casos de empleo de la revocatoria en Panamá, tratándose ambos de la modalidad partidaria, y ambos ejecutados por el PRD. Efectivamente, las dos destituciones no fueron iniciadas por la ciudadanía, “de abajo hacia arriba”, sino por un partido, que había postulado, aunque en momentos diferentes, a ambos representantes. Este mecanismo funcionó en los

³⁸ BUSTAMANTE, Aminta. Revocatoria de mandato, una norma difícil de aplicar. **Panamá América**, Ciudad de Panamá, abr. 2012. Disponible en: <<https://www.panamaamerica.com.pa/nacion/revocatoria-de-mandato-una-norma-difícil-de-aplicar-803861>>. Acceso el: 23 nov. 2018.

³⁹ VALDÉS ESCOFFERRY, Eduardo. Reforma electoral en América Latina: el caso Panamá. In: Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús. **Reforma política y electoral en América Latina**. Serie Doctrina Jurídica nº 418. México: Unam-IDEA Internacional, 2008. p. 761.

dos casos como un instrumento de sanción partidaria (aunque por motivos diferentes), hacia adentro de la agrupación, y no como una herramienta de democracia directa para efectivizar el control y la destitución popular de los gobernantes que perdieron el apoyo ciudadano.

Por otro lado, el hecho de estar incluida en los estatutos partidarios como una herramienta a disposición del partido, constituye un incentivo de alineamiento y de buena conducta para los representantes elegidos a través de este. En tal sentido, ayudaría a los líderes a mantener el control sobre sus legisladores, reforzando a la agrupación y a su propio poder como “oligarquía” partidaria. En otras palabras, un efecto secundario de la expulsión del partido y de la revocación del cargo de algunos mandatarios es el de fomentar la obediencia y la disciplina sobre los demás representantes partidarios en ejercicio que quieran evitar un destino semejante. Es decir, la revocatoria partidaria adquiere una connotación de sanción ejemplar y disuasiva de conductas similares.

Cabe resaltar que esta modalidad de revocatoria partidaria implica el derecho del representante a interponer recursos en su defensa, que aletargan el proceso pudiendo incluso exceder el período de mandato. Lo contrario ocurre con la revocatoria popular, cuyo resultado es inmediato e inapelable.

A modo de cierre y desde una mirada integradora sobre la revocatoria partidaria surgen a esta altura numerosos interrogantes y algunas líneas de respuesta. El primero es si se la puede considerar como un mecanismo de democracia directa. En la medida en que no es iniciada ni decidida en referéndum obligatorio y vinculante por la población, no lo es. Constituye una vía institucional de destitución de representantes electos que han sido postulados por un partido, pero no se trata de un instrumento de control popular sino de disciplina partidaria. Muy lejos de viabilizar el “autogobierno del pueblo”, refuerza la mediación partidaria.

Otro interrogante emerge sobre la titularidad del cargo: ¿pertenece el mismo al partido o al representante elegido por el voto del ciudadano? Si ambos respaldos son necesarios: ¿es uno de ellos más importante? ¿Es legítima una revocatoria partidaria cuando un representante elegido a través de un partido decide romper con éste pero no por ello pierde el apoyo ciudadano?

Ligado a lo anterior cabe también preguntarse si el cargo de un representante independiente, elegido directamente por los ciudadanos, y que solo puede ser alcanzado por la revocatoria clásica vale más que el de un representante postulado por un partido, sujeto además a revocatoria partidaria. Ciertamente, un representante partidario, alcanzado por ambas revocatorias (popular y partidaria), se encuentra en inferioridad de condiciones respecto de aquél que ha sido elegido directamente por el pueblo, y que solo enfrenta el riesgo de atravesar una revocatoria iniciada por éste.

Aún así, y siendo dos las formas de candidaturas permitidas en ese país, tanto independiente como partidaria, hay que recordar que el candidato tuvo la opción de

presentarse por su cuenta. Si, no obstante, eligió las facilidades y ventajas que la postulación partidaria le ofrece, es lógico presumir entonces que con ello también está aceptando la facultad del partido para revocarlo del cargo en caso de una falta pre establecida y grave. El candidato toma así los beneficios de la pertenencia partidaria consintiendo de igual modo las herramientas de que el partido dispone para ejercer su control e imponer su disciplina. Evitar tales riesgos implicaría, por el otro lado, asumir los costos y responsabilidades de su libre postulación.

Finalmente cabe realizar un último comentario respecto de lo pionera, novedosa y amplia que resultó la adopción de la revocatoria de mandato en Panamá. La misma comenzó en 1972, incluso antes de iniciarse lo que Huntington conceptualizó como la tercera ola de la democratización que data de mediados de los años 70, incluso antes de la era de la crisis de la representación política desde fines de los 80, incluso antes de la oleada de reformas políticas y constitucionales que signaron el subcontinente latinoamericano desde los años 90. Fue asimismo una incorporación novedosa y amplia en tanto no solo introdujo la modalidad clásica de revocatoria de mandato sino que también adicionó la revocatoria partidaria o anti-tránsfuga.

Dicha celeridad, novedad y amplitud sin embargo contrastan en alto grado con la escasez de casos de aplicación registrados, la que puede estar sugiriendo varias causas: un desconocimiento general y una falta de aceptación y/o apropiación ciudadana de la revocatoria popular, un efectivo disciplinamiento de los mandatarios partidarios, una mayor tolerancia de los partidos respecto del accionar de los representantes, un cierto temor de dichas agrupaciones respecto de una posible desaprobación social ante un uso excesivo de la revocatoria partidaria, o simplemente la presencia de requisitos demasiado elevados que hacen de su aplicación una misión casi imposible y de su existencia una pura apariencia sin impacto tangible.

5. REFERENCIAS

- ALTMAN, David. Democracia Directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana? **Política y Gobierno**, México D. F., vol. 12, n. 2, p. 203-232, 2005.
- BUSTAMANTE, Aminta. Revocatoria de mandato, una norma difícil de aplicar. **Panamá América**, Ciudad de Panamá, abr. 2012. Disponible en: <<https://www.panamaamerica.com.pa/nacion/revocatoria-de-mandato-una-norma-dificil-de-aplicar-803861>>. Acceso el: 23 nov. 2018.
- CRONIN, Thomas. **Direct Democracy**. The Politics of Initiative, Referéndum and Recall. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- GÁLVEZ F, Florencio. Caso de Afú podría llegar a la Corte. **Portal Crítica**, mar. 2002. Disponible en: <<http://portal.critica.com.pa/archivo/03212002/nac09.html>>. Acceso el: 16 ene. 2019.

HERNÁNDEZ, Silvio. Panamá: Retiran inmunidad a diputado acusado de extorsión. **Inter Press Service**, [s.l.], 1994. Disponible en: <<http://www.ipsnoticias.net/1994/12/msg076g01e-panama-retiran-inmunidad-a-diputado-acusado-de-extorsion>>. Acceso el: 12 dic. 2018.

HUNTINGTON, Samuel. **La Tercera ola**. La democratización a finales de Siglo XX. Barcelona: Paidós Ibérica, 1994.

NAVARRO, Eliécer. Afú presenta incidente de recusación. **Portal Crítica**, Panamá, jun. 2002. Disponible en: <<http://portal.critica.com.pa/archivo/06042002/nac02.html>>. Acceso el: 16 ene. 2019.

O`DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. **Revista Española de Ciencia Política**, Madrid, n. 11, p. 11-31, oct. 2004.

PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá de 1972, con reformas de 1978 y 1983. Disponible en: <<http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/const/Constitucion197283.pdf>>. Acceso en: 15 sep. 2018.

PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá de 1972. Disponible en: <http://200.46.254.138/legispan/PDF_NORMAS/1970/1972/1972_028_2256.PDF>. Acceso en: 4 may. 2018.

PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá. Acto Legislativo nº 1 de 2004. Disponible en: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>>. Acceso en: 15 nov. 2018.

PANAMÁ. Ley nº 14 de 2010. Que dicta medidas sobre el certificado de información de antecedentes personales, reforma el Código Electoral y adiciona un artículo al Código Penal. Disponible en: <<http://docs.panama.justia.com/federales/leyes/14-de-2010-apr-13-2010.pdf>>. Acceso en: 4 may. 2018.

PANAMÁ. Ley nº 19 de 1980. Por la cual se deroga la Ley 6 del 10/02/1978 y se dictan disposiciones sobre la pérdida de representación ejercida por el representante de corregimiento y el suplente. Disponible en: <<http://docs.panama.justia.com/federales/leyes/19-de-1980-jul-15-1980.pdf>>. Acceso el: 4 may. 2018.

PANAMÁ. Ley nº 4 de 2013. Que reforma y restablece artículos del Código Electoral sobre la Revocatoria de Mandato, y dicta otra disposición. Disponible en: <<http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/wdatj8b3ip-ley-4-de-7-de-febrero-de-2013.pdf>>. Acceso el: 5 may. 2018.

PANAMÁ. Ley nº 60 de 2006. Que reforma el Código Electoral. Disponible en: <<http://docs.panama.justia.com/federales/leyes/60-de-2006-jan-2-2007.pdf>>. Acceso el: 15 nov. 2018.

PANAMÁ. Tribunal Electoral. Código Electoral 2013. Panamá. 2013. Disponible en http://www.tribunal-electoral.gob.pa/html/fileadmin/user_upload/publicaciones/CODIGO_ELECTORAL_01.pdf. Acceso el: 15 de julio de 2018.

PANAMÁ. Tribunal Electoral. Impugnación contra las resoluciones J-1/94 fechada 7/12/1994 y la 01-95 fechada 4/03/1995, dictadas por el PRD. Panamá. 1995. Disponible en: <http://www.oas.org/sap/docs/DECO/legislacion/pa/Reparto%203-1995-ADM.pdf>. Acceso el: 25 de agosto de 2018.

PANAMÁ. Tribunal Electoral. Reparto 10-2002-ADM. Panamá. 2005. Disponible en: http://201.174.39.184/Fallos_Relevantes/10_2002.pdf. Acceso el: 15 de mayo de 2018.

PAYNE J., Mark; ZOVATTO G., Daniel; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando; ALLAMAND Z., Andrés. **Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America**. Washington D.C: Inter-American Development Bank - International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2002.

PÉREZ G., Rafael. Fallan tardíamente en caso de Carlos Afú. **La Prensa**, Panamá, may. 2005. Disponible en: <http://impresa.prensa.com/mas_de_la_prensa/Fallan-tardiamente-caso-Carlos-A-fu_0_1475102563.html>. Acceso en: 19 jun. 2018.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina (Eds.). **Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas**. Buenos Aires: Temas, 2002.

RODRÍGUEZ, Ivonne. Los doce casos más importantes de la historia democrática. **La Estrella de Panamá**, jun. 2014. Disponible en: <<http://laestrella.com.pa/panama/politica/doce-casos-importantes-historia-democratica/23779514>>. Acceso el: 3 may. 2018.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. En SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc. **The self-refraining State: power and accountability in new democracies**. London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SMULOVITZ, Catalina. Judicialización y Accountability Social en Argentina. **XXII International Conference**. Washington: Latin American Studies Association, 2001.

VALDÉS ESCOFFERRY, Eduardo. Reforma electoral en América Latina: el caso Panamá. In: ZOVATO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. **Reforma política y electoral en América Latina**. Serie Doctrina Jurídica nº 418. México: Unam-IDEA Internacional, 2008.

Social media, disinformation, and regulation of the electoral process: a study based on 2018 Brazilian election experience*

Redes sociais, desinformação e regulação do processo eleitoral: um estudo baseado na experiência eleitoral brasileira de 2018

GUSTAVO FERREIRA SANTOS^{1,2,3}**

¹Universidade Católica de Pernambuco (Recife, Pernambuco, Brasil)

gustavo.santos@unicap.br

<https://orcid.org/0000-0002-3790-3604>

Recebido/Received: 02.01.2020 / January 2nd, 2020

Aprovado/Approved: 17.10.2020 / October 17th, 2020

Abstract

There is global concern about the impact that 'fake news' has on democratic decision-making processes. Democratic decision-making needs to be well informed and voters need a minimum of confidence in the information they receive about competitors. The Internet has increased the availability of information, but has allowed new ways of manipulating it to emerge. In recent electoral experiences, social media has increased the impact of misinformation on democracy. These experiences have shown us that Internet governance during the election campaign is an urgent issue. A laissez-faire approach to the electoral process is a threat to democracy because it allows all kinds of cheating. Institutions responsible for ensuring the integrity of elections need to try democratic resources to constrain competitors to behave responsibly. It is important to know the concrete experience of

Resumo

Existe uma preocupação mundial com o impacto que as "fake news" têm nos processos democráticos de tomada de decisão. A decisão democrática precisa ser bem informada e os eleitores precisam de um mínimo de confiança em relação às informações que recebem sobre os concorrentes. A internet aumentou a disponibilidade de informações, mas permitiu o surgimento de novas maneiras de manipulá-las. Nas recentes experiências eleitorais, as mídias sociais aumentaram o impacto da desinformação na democracia. Essas experiências nos mostraram que a governança da Internet durante a campanha eleitoral é uma questão urgente. Uma abordagem de laissez-faire no processo eleitoral é uma ameaça à democracia porque permite todos os tipos de trapaça. As instituições responsáveis por garantir a integridade das eleições precisam tentar recursos democráticos para constranger os concorrentes a adotarem um

Como citar esse artigo/How to cite this article: SANTOS, Gustavo Ferreira. Social media, disinformation, and regulation of the electoral process: a study based on 2018 Brazilian election experience. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 429-449, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.71057.

* This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

** Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco e do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma universidade (Recife-PE, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: gustavo.santos@unicap.br.

a country that has suffered the attack of disinformation campaigns during an election period, studying the action of the body responsible for organizing this process. This article discusses the guarantee of the electoral process based on the case study of the 2018 Brazilian election.

Keywords: social media; internet governance; media regulation; democracy; electoral process.

comportamento responsável. É importante conhecer a experiência concreta de um país que sofreu o ataque de campanhas de desinformação em período eleitoral, estudando a ação do órgão responsável pela organização desse processo. Este artigo discute a garantia do processo eleitoral com base no estudo de caso da eleição brasileira de 2018.

Palavras-chave: redes sociais; governança da internet; regulamentação dos meios de comunicação; democracia; processo eleitoral.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** Data collection and analysis and other methodological issues; **3.** The specificity of the electoral period in a constitutional democracy; **4.** Brazilian model of organization of the electoral process; **5.** The presidential elections of 2018 and disinformation; **6.** The Brazilian Electoral Justice and the “fight” against disinformation in social media; **6.1.** Higher Electoral Court deciding lawsuits by political parties and candidates over disinformation; **6.2.** Higher Electoral Court supervising the electoral process; **7.** What lessons can we draw from the experience? **8.** Conclusions; **9.** References.

1. INTRODUCTION

Globally, democracies are being impacted by intentional processes of dissemination of false information over the Internet. This happens concomitantly with a process of declining democratic beliefs and growing authoritarian discourse. Misinformation campaigns weaken institutions and fuel this process of democratic decay.

The lie has always been present in politics. However, the reach and speed of the Internet have increased concerns about it. An occasional problem, which affected institutions only in specific places and opportunities, became a structural threat to democracy itself. While eroding confidence in institutions such as parliament, parties, and the media, misinformation campaigns also deepen ideological divisions, polarize and radicalize societies.

Misinformation campaigns are not only a problem for democratic institutions, but also reach businesses, churches and other institutions as well as individuals. Nevertheless, there are specificities in the democratic process that require urgent solutions, and election periods should be observed more closely. Reliable information is a fundamental resource for democracy. In a democracy, the period of the electoral campaign requires special attention focused on protecting the conditions of the debate. False information spreads very quickly and can be decisive for voter choice. This campaign time limitation requires more effective tools to avoid or minimize the impacts of misinformation.

Currently, electoral processes are impacted by the use of an enormous amount of data on the Internet. Big data is an essential tool for political marketing strategies

and actions. It is legitimate for the participants in the electoral debate as parties and candidates to know the profile of voters in order to enhance the quality of the speeches that are addressed to them. However, it is dangerous that knowledge of voters' wishes and behaviors be used to manipulate debates, especially when trolls and robots¹ are used. When there is massive misuse of information, the integrity of elections is tainted. The conviction of voters is formed by a dirty process in which false information plays a central role. In addition to the erosion of the image of the candidate affected by the disinformation campaigns, these devices change the focus of the political debate, leaving aside important issues that should be central. Much time and energy has been wasted in trying to respond to disinformation campaigns and reestablish the truth. All of this damages the quality of the decision-making process.

Governments and society still do not have satisfactory answers to this problem. We are still at the first approach to the issue, trying to understand the scope of the attack. There will be no easy answer to the problem, especially for us law researchers. There are numerous variables that we need to take into account. For better reflection on the issue, an analysis of real experiences can bring knowledge and help shape solutions. Among the most recent national experiences, we believe that the study of the 2018 Brazilian electoral process could clarify a whole range of issues involved in the issue. It was a process strongly impacted by the dissemination of false news. When the Brazilian elections of 2018 took place, it was not possible to say that it would be a surprise to witness the misuse of the Internet in the democratic debate. There had already been some bad experiences shortly before, such as Brexit, the Trump election and the cancelled elections in Kenya. Institutions responsible for maintaining the integrity of the electoral process were already reasonably aware of the threat posed by the spreading of false information on the Internet.

As was to be expected, the election debate was flooded with false news. The disinformation has happened in all social media. However, WhatsApp groups were essential for spreading lies, mainly because of the difficulty of monitoring. At that time, attention was focused mainly on Facebook and Twitter because of experiences from other countries, where these social networks had been central to campaigns of disinformation.

In this paper, I want to discuss the struggle of democratic institutions due to disinformation using analysis of the posture assumed by the higher electoral court-TSE regarding the problem of disinformation campaigns. This institution is central in the

¹ This problem was particularly noted in the debates before the referendums of Brexit and Catalonia. Read more in BOOTH, Robert et al. Russia used hundreds of fake accounts to tweet about Brexit, data shows. **The Guardian**, November 14, 2017. World. Available at: <<https://www.theguardian.com/world/2017/nov/14/how-400-russia-run-fake-accounts-posted-bogus-brexit-tweets>>. Retrieved Feb. 9, 2019. And PALMER, Ellis. 'Spain Catalonia: Did Russian 'fake news' stir things up?'. **BBC**, November 18, 2017. Europe. Available at: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-41981539>>. Retrieved May 17, 2019.

electoral process because it is responsible for organizing national elections and resolving disputes over the application of electoral legislation. While we study their performance, we try to discuss the limitations that institutions face in the battle against "fake news" and the possibilities that are presented in this topic.

2. DATA COLLECTION AND ANALYSIS AND OTHER METHODOLOGICAL ISSUES

Fake news is "fabricated information that mimics news media content in form but not in organizational process or intent".² The term "fake news" is commonly used to emphasize that the information conveyed is not correct. Despite its distant historical roots, the term was popularized during the United States elections in 2016, having been chosen as "word of the year" in 2016 by the Oxford Dictionary and in 2017 by the Collins Dictionary. Donald Trump politicized the expression, using it to discredit any news that harmed him.³

It does not seem to us the best term to designate the phenomenon, especially in its imprecision. The phenomenon is more complex. In this research, we prefer to avoid the term "fake news" and we use disinformation or misinformation. This choice takes into account the typology proposed by Wardle and Derakhshan⁴ which divides the phenomenon of communication disorder into three types:

Dis-information. Information that is false and deliberately created to harm a person, social group, organization, or country.

Mis-information. Information that is false, but not created with the intention of causing harm.

Mal-information. Information that is based on reality, used to inflict harm on a person, organization, or country.

We believe that studying the behavior of the authority responsible for regulating the electoral process could shed light on the problem of combating disinformation. To design the study, we realized that it is necessary to analyze the court's performance on

² LAZER, David M. J et al. **The Science of Fake News**. *Science*, [s.l.]. v.359, issue 6380, p. 1094-1096, March 09, 2018. Available at: <<http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>>. Retrieved May 29, 2019.

³ KALSNES, Bente. **Fake News**. *Oxford Research Encyclopedia of Communication*. September 2018, Available at: <<https://oxfordre.com/communication/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-809>>. Retrieved May 27, 2019.

⁴ WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking**. Strasbourg: Council of Europe, 2017. Available at: <<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>>. Retrieved July 3, 2019.

two different fronts: judging individual cases and exercising police power in the electoral process.

The information considered in this work was mainly obtained through direct consultations with the Court via email. Firstly, we were looking for information in the mainstream media about the role of electoral justice on the issue, and we were searching for processes that involved the subject in the court database on their website. In the newspapers, there was plenty of news, especially on dates before the election, about the existence of a commission set up specially to advise the court on fake news.

On January 22, 2019, we sent an e-mail to the Higher Electoral Court President's office asking whether there was a report of a special commission that advised the court about "fake news". In the response, the Court stated there was no report and indicated two news stories on the subject on its website.

Regarding the research on processes presented for or against candidates, there was a difficulty delimitating the indexing terms. Some keywords, like "lie", for example, lead to an overly broad outcome, displaying processes that have nothing to do with campaigns of disinformation. Other keywords, like "fake news", for example, leave out some processes that deal with disinformation.

By the time we were searching with a few different keywords, we had found information that interested us. It was published on the Higher Electoral Court's home page news about its work against disinformation saying that it acted swiftly in trial proceedings on fake news during Elections 2018. The source of that information was a data collection by a court itself. There was information about the time in which the processes were decided. One more time, we sent an e-mail asking for this survey. They did not send us the study, but they sent the list of processes that were considered in the study. Although we were not directly interested in the speed of the process decision, we adopted the list of prosecutions for the research, since it was an official manifestation of the court.

The small availability of detailed information about the work done by the court limited our study. The exchange of emails between myself and the President's Office shows a lack of transparency. In the first email, we asked, "How many Council meetings occurred and on what dates?" We also asked about the results of the three attributions in the act that created it: a) what research on electoral rules the council undertook, (b) what matters were submitted to the Council by the Presidency of the Court, and (c) what actions and goals were proposed that aimed to improve norms? They answered, saying that the minute meetings were secret. We replied, showing disagreement. We said that it was a piece of information with a public interest. Then they accepted part of my request, and they said the number of meetings, but they reinforced that minutes of the meeting were secret.

3. THE SPECIFICITY OF THE ELECTORAL PERIOD IN A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

The elections are a key moment in democratic life. When deliberate disinformation campaigns decide elections, we are faced with a problem of the integrity of the electoral system. Electoral malpractice undermines the legitimacy of elections.⁵

Finding an appropriate solution to the problem of disinformation and misinformation in election campaigns is today the greatest challenge for constitutional democracies. We cannot disregard the fact that the world is experiencing a wave of weakening democracy concomitantly with the growth in the use of 'fake news' on the Internet during election periods. In the annual research conducted by Freedom House, between the years 2005 and 2018 there was a clear process of decline of political rights and civil liberties.⁶ Freedom House itself recognizes that the Internet plays a key role in this process.⁷

The fight against disinformation campaigns in a constitutional democracy is difficult because it is subject to the limits that are proper to this type of political-constitutional model. While in an autocratic state all means are available to the ruler, in a constitutional democracy the government is not free to take all measures it deems necessary. A constitutional democracy has a set of restrictions on the use of state power because the protection of the rights of individuals and groups is at the core of its concept. Among the most important limits are the basic rights that protect human communication. The Brazilian Constitution includes freedom of speech in its bill of rights and provides a set of guarantees for the communication process.

In the electoral process, a paradox can be noted: while it is important to protect as many speeches as possible, manipulations that make the choice process flawed must be prevented. This is a limited period of time, which can maximize the damage of a massive disinformation campaign. The short time of an election campaign makes difficult for the responsible authorities to ensure the integrity of the process, as there are risks both in its omission stance and in a disproportionate action.

The balance in the solution to be found is difficult, but it is essential. In this search for a solution, the electoral process needs to be understood in its specificity. There is a general justification for a stronger regulation of speeches to prevent the formation of opinion from being manipulated. That is how in many countries election advertising

⁵ NORRIS, Pippa; GRÖMPING, Max. **Electoral Integrity Worldwide**. Sydney: The Electoral Integrity Project, 2019.

⁶ FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2019**. Available at: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf>. Retrieved July 19, 2019.

⁷ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2019**. Available at <https://www.freedomonthenet.org/sites/default/files/2019-11/11042019_Report_FH_FOTN_2019_final_Public_Download.pdf>. Retrieved Sep. 20, 2019.

is done under very restrictive rules. However, these restrictions need to be strongly justified.

4. BRAZILIAN MODEL OF ORGANIZATION OF THE ELECTORAL PROCESS

In Brazil, the organization of the electoral process is under the responsibility of a branch of the judiciary. There is a professional structure exclusively for the elections, which operates permanently, although there are only regular elections every two years. (The terms are four years, but every two years we have municipal or national/regional elections alternately.) Nevertheless, there are no judges exclusively for functions in electoral law. The functions of "electoral judges" are exercised temporarily by state judges or federal judges appointed by the courts. In this structure, there is an electoral court for each state of the federation that organizes the regional and local elections, and there is a higher court in Brasilia that organizes the national elections.

The advertising for electoral purposes is subject to a set of constraints. The law dictates which media candidates can use and how they can use it. For example, candidates and parties cannot pay for time on the radio and television for advertising. The time is divided among the candidates, following rules that consider the size of the party in Parliament. There are also restrictions on social media advertising. Flyers and billboards must identify the party or coalition, the company that made the material and the number of prints.

During the electoral period, there are judges specifically appointed to oversee election advertisements and decide on lawsuits where someone alleges that there has been a breach of boundaries.

At the end of the electoral process, the courts declare the legality of the process and issue declarations that allow elected officials to take office. At this time, or later, in a lawsuit for this purpose, it is possible to recognize the nullity of the process.

For this research, it is required to note that electoral law—after defining other forms of nullity—declares the power to nullify elections in case of fraud:

Art. 222. Voting can be nullified when distorted by falsehood, fraud, coercion, use of means referred to in art. 237 (abuse of economic power or power of government), or use of propaganda process or capture of votes prohibited by law (Electoral Code)⁸

Once the court has declared the nullity of the majority of votes, canceled the registration of the winning candidate or canceled the entire process, new elections should take place. There have already been several cases in municipal or state elections.

⁸ BRAZIL. Código Eleitoral, Lei n. 4.737. **Diário Oficial da União**, July 15, 1965. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.html>. Retrieved July 7, 2019.

However, this is unlikely to be used in national elections because of the high cost of doing so.

In 2009, electoral legislation was amended to include specific rules on electoral advertising on the internet. The law says that advertising is allowed but makes a set of restrictions, requiring, for example, clear identification of who engaged in a content push.⁹ A Resolution of the TSE states that elections activities disseminated on the Internet should be carried out with the least possible interference in the democratic debate.¹⁰

5. THE PRESIDENTIAL ELECTIONS OF 2018 AND DISINFORMATION

The 2018 Brazilian presidential elections happened amid a growing process of polarization between right and left political currents. Since the massive street protests that took place in 2013, this radicalization of political dissent has accelerated. The impeachment of President Dilma and the arrest of former President Lula contributed to this polarization trend. This growth was shown by a study of political views on Facebook that found: "between 2014 and 2016, political differences hardened into polarization. We saw users who once comprised six visibly distinct communities of interest separate into just two groups with very little overlap: progressives and conservatives".¹¹

Social media are environments that promote polarization and disinformation: "Homogeneous social networks, in turn, reduce tolerance for alternative views, amplify attitudinal polarization, boost the likelihood of accepting ideologically compatible news, and increase closure to new information. Dislike of the 'other side' (affective polarization) has also risen. These trends have created a context in which fake news can attract a mass audience."¹²

In this toxic environment, disinformation campaigns strongly affected the Brazilian 2018 elections. WhatsApp was the primary means of spreading false information for political purposes. The application is top-rated in Brazil because SMS was costly in the country. Before the arrival of WhatsApp, SMS services cost 55 times more than it did in the United States. In addition to being a free app, phone companies could offer packages of data allowing WhatsApp to be used indefinitely. Moreover, WhatsApp allows

⁹ BRAZIL. Lei n. 9.504. **Diário Oficial da União**, September 30, 1997. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.html>. Retrieved July 7, 2019.

¹⁰ TSE. **Resolution n. 23,551 / 2017**. Available at: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235512017.html>>. Retrieved July 7, 2019.

¹¹ ORTELLADO, Pablo; RIBEIRO, Márcio Moretto. Mapping Brazil's political polarization online. **The conversation**, August 3, 2018. Politics/Election '20. Available at: <<https://theconversation.com/mapping-brazils-political-polarization-online-96434>>. Retrieved May 7, 2019.

¹² LAZER, David M. J et al. **The Science of Fake News**. Science, [s.l.], v.359, issue 6380, p. 1094-1096, March 09, 2018. Available at: <<http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>>. Retrieved May 29, 2019.

the creation of groups. More than ninety percent of mobile phones have the app; it has become essential to individuals and businesses alike.¹³

A delegation from the Organization of American States (OAS) that observed the elections in Brazil pointed out disinformation. In a report on the visit, committee members demonstrated a positive view of the election period, praising the voting system. Notwithstanding the positive report, they highlighted the problem of disinformation and its complexity at that moment: "although the phenomenon had been visible in electoral processes in other countries, Brazil's elections presented new challenges, such as the use of encrypted systems for mass diffusion of disinformation."¹⁴

An episode shows the size of the problem in the 2018 elections. In the second round of elections, Haddad's campaign team created a channel for people to send fake news spreading allegations. This channel consisted of a website and a telephone number for sending messages by WhatsApp. According to information from their party's website, in the first twelve hours, they received more than 5,000 complaints.

It was clear that this was not an innocent distribution of false information. The size of the disinformation campaigns indicated that there was some considerable structure behind it.

The newspaper *Folha de São Paulo*¹⁵ denounced, at the time of the election campaign, the illegal practice of sending messages by WhatsApp, which was paid by Bolsonaro's supporters. Entrepreneurs who supported Bolsonaro paid for marketing agencies to bombard WhatsApp users with disinformation and misinformation about the Workers party and Fernando Haddad. This conduct implies irregular electoral funding.

According to the newspaper, the marketing companies were getting phone numbers that were often provided illegally by debt collection companies or by phone company employees. With these numbers, they created WhatsApp groups segmented by region, gender, age, or income and sent messages. Also, according to the newspaper, companies were paying for these services, which were characterized as illegal election donations. These companies would have spent more than R\$12,000,000, which is about \$3,000,000.

One of the most widespread pieces of disinformation in the campaign was that Haddad had distributed a "gay kit" to schools when he was Minister of Education. In the

¹³ SABOIA, Fernanda. The Rise of WhatsApp in Brazil Is About More than Just Messaging. **Harvard Business Review**, April 15, 2016. Available at: <<https://hbr.org/2016/04/the-rise-of-whatsapp-in-brazil-is-about-more-than-just-messaging>>. Retrieved May 7, 2019.

¹⁴ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). **Preliminary EOM report**, Electoral Observation Mission of the Organization of American States, 2018. Available at: <<http://www.oas.org/documents/eng/press/Preliminary-Report-EOM-Brasil-2nd-round-ENG.pdf>>. Retrieved July 17, 2019.

¹⁵ MELLO, Patricia Campos. Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp. **Folha de S. Paulo**, October 18, 2018. Poder. Available at: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>>. Retrieved July 25, 2019.

false narrative, this “kit” would have books and texts on homosexuality, and the Ministry would distribute them to six-year-olds. In a conservative country, where the evangelical public represents a quarter of the population, the false story spread rapidly. This story was not entirely invented. The news misrepresented the fact that a study had been done by the Ministry of Education to create educational material against homophobia to distribute among teachers. In the falsified version, they said that the kit included a Portuguese version of the book “Le guide du zizi sexuel” by the French writer Helene Bruller.¹⁶

A survey by “Ideia Big Data” for the Avaaz organization showed that 85% of Bolsonaro voters had contact with the false “gay kit” news. 56% of those who saw the story said they believed it.¹⁷ Of course, this does not mean that the false news decided their vote, especially since surveys point out that the consumption of misleading stories is higher in groups that already receive information with partisan biases, but this alerts us that the circulation and acceptance of lies were high during the election period.

Despite requests from academics and politicians, the company did not make any changes to the app that would reduce the negative impact on the election. Ten days before the second round, Cristina Tardáguila, Fabrício Benevenuto, and Pablo Ortellado¹⁸ (director of Agência Lupa, a fact-checking platform, computer science professor at the Federal University of Minas Gerais and public policy professor at the University of São Paulo, respectively) published an article in The New York Times asking WhatsApp to make the following changes on the platform before the election:

WhatsApp should undertake three measures immediately:

Restrict forwards. This year, after the dissemination of rumors on WhatsApp provoked lynchings in India, the company put restrictions on the number of times that a message could be forwarded. Globally, the number of forwards was reduced to 20, while in India it was reduced to five. WhatsApp should adopt the same measure in Brazil to limit the reach of disinformation.

Restrict broadcasts. WhatsApp allows every user to send a single message to up to 256 contacts at once. This means that a small, coordinated group can easily conduct a

¹⁶ LONG, Clara. How False News Haunted the Brazilian Elections. **Slate**, October 30, 2018. Technology. Available at: <<https://slate.com/technology/2018/10/brazil-election-fake-news-whatsapp-facebook.html>>. Retrieved May 21, 2019.

¹⁷ IDEIA BIG DATA. **Elections and Fake News**. October 2018. Available at: <https://avaazimages.avaaz.org/EN%20IDEIA%20-%20Report%20AVAAZ_v2%203_EN%20version_pdf%20%281%29.pdf>. Retrieved May 17, 2019.

¹⁸ TARDÁGUILA, Cristina; BENEVENUTO, Fabrício; ORTELLADO, Pablo. Fake News Is Poisoning Brazilian Politics. WhatsApp Can Stop It. **The New York Times**, October 17, 2018. Opinion. Available at: <<https://www.nytimes.com/2018/10/17/opinion/brazil-election-fake-news-whatsapp.html>>. Retrieved May 18, 2019.

large-scale disinformation campaign. This could be prevented by limiting the number of contacts to whom a user could broadcast a message.

Limit the size of new groups. New chat groups created in Brazil during the next two weeks should have a limit on the number of users. This wouldn't affect existing groups.

The authors contacted WhatsApp and presented the suggestions, but the company answered that there was not enough time to do the changes. They disagreed and cited as evidence that that possibly was the case of India,¹⁹ where the company did make changes to combat a wave of violence that was spreading by WhatsApp, as there were at least 30 lynchings after the fake news spread on the platform.

Fact-checking agencies did the most effective work against disinformation. Several initiatives took place during the electoral period. One of these agencies was explicitly created for this period, in an initiative funded by Google and Facebook, which involved 24 different media, the so-called "Projeto Comprova" (Project Proves).²⁰ However, there were limitations, mainly because the work of information checking agencies focused on visible content, i.e., material that was posted on social networks, such as Twitter or Facebook, and information received in complaints sent by people who had contact with the false information from WhatsApp.

6. THE BRAZILIAN ELECTORAL JUSTICE AND THE “FIGHT” AGAINST DISINFORMATION IN SOCIAL MEDIA

6.1. Higher Electoral Court deciding lawsuits by political parties and candidates over disinformation

According to official information from the Supreme Electoral Court, 50 lawsuits involved allegations of fake news. Of these sets of cases, sixteen had favorable preliminary injunctions by the court that ruled that contents were taken from the Internet or TV.

Only three of the 50 cases concerned radio and television during election time. The other court cases concerning issues of disinformation were in social media. This prevalence of lawsuits on disinformation in social media can be explained by the difference between these media, radio and television. In the case of broadcast, the electoral

¹⁹ HERN, Alex; SAFI, Michael. WhatsApp puts limit on message forwarding to fight fake news. **The Guardian**, January 21, 2019. Technology. Available at: <<https://www.theguardian.com/technology/2019/jan/21/whatsapp-limits-message-forwarding-fight-fake-news>>. Retrieved May 17, 2019.

²⁰ COMPROVA. **Jornalismo colaborativo contra a desinformação**. Available at: <<http://projetocomprova.com.br>>. Retrieved May 22, 2019.

justice works as a mediator. Thus, a candidate may file lawsuits alleging that the other has created disinformation or has offended his image. The judges have the power to suspend the display of the candidate's radio and television presentations or to order that a candidate gets the right to reply. Already concerning social media, the court lacks this power; that is, the mediation is done by the companies themselves, which respond before the court. There is no punishment for the candidate's benefit. At most, the exclusion of information will occur.

There were no surprises in who filed lawsuits. Of the total number of plaintiffs, the two leading candidates accounted for 70%. Haddad accounted for 42% of that total. Facebook, Google, and Twitter appear in most of the actions, being defendants in 30, 21, and 13 suits, respectively:

Table 1 – Lawsuits as plaintiff			
Candidate or coalition	Lawsuits (1 st round)	Lawsuits (2 nd round)	Total
Haddad	3	18	21
Bolsonaro	2	12	14

Table 1 – Lawsuits as defendant	
Social Media Company	Lawsuits
Facebook	30
Google	21
Twitter	13

It is interesting to note that 30 of the 35 suits brought by the two candidates were proposed in the second round of elections. This is an indicator of how disinformation-spreading became more frequent in the final phase of the electoral process. Alternatively, the issue became more worrisome in the closing stages of the campaign.

The authors cited WhatsApp in 4 lawsuits, all of which happened in the second round. In 3 lawsuits brought by Haddad, there were WhatsApp references only to say that disinformation-spreading was taking place while he called for concrete action on other social media. Bolsonaro cited WhatsApp in just 1 suit when he complained that Haddad's advertising was saying on radio and television that Bolsonaro was lying on WhatsApp. The lack of suits on WhatsApp shows that the candidates did not have enough attention for WhatsApp or did not see an electoral justice with the power to fight the disinformation on WhatsApp.

We know that unlike social media like Facebook and Twitter, WhatsApp is characterized by direct messages between users or groups without the mediation of the company. There is no choice of which messages and which users will be displayed. Also,

there is the difficulty of identifying false messages since the messages are protected by encryption.

Despite the existence of objectionable decisions, there is no absurdity in the content of judicial decisions. There was an obvious concern with the non-transformation of the court into a censor board. For this, the judges expressed the intention to hold the space of debate and criticism as freely as possible.

The judges only took decisions favorable to requests for the exclusion of information when they were faced with information that was undoubtedly false. In some court decisions, although it faced messages that were damaging to the image of the candidates, the court chose not to exclude the content, stating that any falsity regarding the content of the video can be evaluated by the Internet users themselves, thereby prevailing the free circulation of ideas and their public confrontation, so as to safeguard the freedom of speech and thought of people.²¹ This way of deciding is consistent with legislation aimed at the least possible judicial interference in the debate.

It is important to note that the law sets very short deadlines for judges to decide in the electoral procedure. Thus, the depth of analysis is compromised by the need for an almost immediate response. In a general way, we can say that the court did a high-grade assignment deciding these lawsuits.

6.2. Higher Electoral Court supervising the electoral process

We can say that before the electoral period, the electoral judicial branch was aware that disinformation would be the main problem of the 2018 elections. Widespread disinformation already has impacted other electoral processes. Brazil itself had already seen campaigns of disinformation during previous elections, albeit of lesser impact. In 2017, the BBC reported that Brazil had armies of fake profiles on social media being used in the 2014 elections. However, regarding disinformation, the court failed in its role to oversee the 2018 electoral process to ensure its integrity.

This awareness was evident when, in December 2017, the TSE created a council to advise on fake news. There were 14 members, representing the court (4), electoral prosecutor (1), legislative branch (1), executive branch (6) and civil society (2). The act that created the council established that it would have the following attributions: 1. to develop research and studies on electoral rules and the influence of the Internet on elections, especially the risk of fake news and the use of robots in the dissemination of information; 2. to give its opinion on the matters submitted to it by the Presidency of the TSE; 3. Propose actions and goals aimed to improve legal norms.

²¹ PERON, Isadora; MARTINS, Luisa. TSE nega novo pedido para retirar do ar fake news contra Haddad. **Valor**, October 10, 2018. Política. Available at: <<https://www.valor.com.br/politica/5933037/tse-nega-novo-pedido-para-retirar-do-ar-fake-news-contra-haddad>>. Retrieved May 20, 2019.

According to information we received from the Court, there were ten Council meetings between December 2017 and October 2018. It is interesting to note from the data that although the first-round election campaign took place between August 16th and October 7th, there was no meeting of the council during that period. The information we received shows that the Council had six meetings before this period and four meetings after it.

In the first round of voting, there was an avalanche of false news about the non-functioning electronic ballot boxes and voting fraud. These events caused concern in the court, which acted in the second round, denying this information and investigating its origins. The court created a website in the style of fact-checking institutions aimed explicitly at enlightening the electorate against disinformation campaigns. On this website, no information was posted about false news against candidates but only about the disinformation, misinformation, or mal-information that affected the image of the court and the voting process. Thirty-five messages were posted with explanations about rumors that distorted details about the functioning of the electoral system.

By the way, this website has an indicator that institutional action started very late: the fact that the first news piece on the online platform was published on October 11, 2016, when the first round of voting had passed.

There has been an approximation of the court with non-state fact-checking agencies. This path is praiseworthy. These agencies were already aware that WhatsApp was the great medium of sharing disinformation. Six days before the second round of elections, the court held a meeting with the agencies and companies responsible for social media. At that time, there was a general embarrassment when the WhatsApp representative named some agencies with whom she claimed WhatsApp was working, and they denied it instantaneously. The press reported on WhatsApp's reluctance to co-operate. The meeting was happening in Brasilia, and its representative was online from California; she had disconnected before hearing comments from other participants of the meeting.

The court established a dialogue with the companies responsible for social media. It is crucial to seek the commitment of these companies with the solution to the problem. These companies moderate social media and should then be charged to take organized action against these disinformation campaigns.²² However, we have no way of knowing what action was taken and what was accepted, since the court did not disclose any outcome of these discussions.

Cooperation between government and society is vital for solving the problem. If we wait for a solution exclusively from the government, we run the risk of legitimizing a disproportionate growth of public authorities, with risks to democracy. We agree with

²² KEYE, David. **The Global Struggle to Govern the Internet**. New York: Columbia Global Reports, 2019.

Fergus Hanson, Sarah O'Connor, Mali Walker and Luke Courtois²³: "democracies have a natural aversion to government surveillance, a better answer than simply stepped-up government monitoring may be supporting non-profit, non-government initiatives and independent media".

We are, however, limited in the analysis of the court's performance because of the lack of transparency on the work of the body that advised it. It is a mistake to consider confidential the results of the commission's work that helped the Court. The challenge of maintaining the integrity of the electoral process requires that disinformation on the Internet be considered a central issue. For this, we need to understand that the struggle against disinformation processes are not just a matter of the authorities organizing the elections, but it is in the interest of all of us. Civil society could discuss and give back suggestions based on the experience of the institution. Moreover, not only is Brazilian society interested in such results. Other countries may also use this data when planning their public policies.

7. WHAT LESSONS CAN WE DRAW FROM THE EXPERIENCE?

Addressing the problem of disinformation campaigns needs to take its complexity into account. It is necessary to make the role that each agent plays in the dissemination of false information very clear. In a report for the Council of Europe, Claire Wardle and Hossein Derakhshan suggested seven questions to ask about an agent: 1) What type of actor are they? 2) How organized are they? 3) What are their motivations?; 4) Which audiences do they intend to reach? 5) Is the agent using automated technology? 6) Do they intend to mislead? 7) Do they intend to harm?

Social bots are "automated or semi-automated accounts created to like, share, post or otherwise interact on the social networks".²⁴ They are widely used in disinformation campaigns, and it is necessary to restrict them to reduce the impact of these campaigns on democracy. A study that observed 14 million messages that spread across 400,000 articles during ten months in 2016 and 2017 concluded that "curbing social bots may be an effective strategy for mitigating the spread of online misinformation".²⁵ This cited study demonstrated how social robots act to make articles with low-credibility

²³ HANSON, Fergus et al. **Hacking democracies**: Cataloguing cyber-enabled attacks on elections. Barton: ASPI, 2019. Available at: <<https://www.aspi.org.au/report/hacking-democracies>>. Retrieved May 19, 2019.

²⁴ ALEMANNO, Alberto et al. **Disinformation and propaganda**: Impact on the functioning of the Rule of Law in the EU and its Member States. Brussels: European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2019. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOL_STU\(2019\)608864_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOL_STU(2019)608864_EN.pdf)>. Retrieved July 29, 2019.

²⁵ SHAO, Chengcheng et al. **The spread of low-credibility content by social bots**. Nature communications, vol. 9 (1), 2018. Available at: <<https://www.nature.com/articles/s41467-018-06930-7>>. Retrieved July 19, 2019.

content viral. They act shortly after the articles are published, and they mention influential users, trying to get them to share that content.

Although the problem of using bots is real, people are among the main disseminators of false information on the internet. Ordinary people do not do it just because of political prejudice; people do it because they are lazy to think, and because of the attraction that novelty produces.²⁶ For this facet of the problem, digital literacy seems to be one of the most important paths.

However, agents with a clear purpose of causing damage need to be seen differently. The intended production and dissemination of false information to distort the electoral debate needs to be fought more vigorously. In this case, there is someone who aims to destroy the bases of democracy.

It is essential to identify when political parties and candidates are behind the actions and, consequently, punish them. It is necessary to prevent parties and candidates from promoting disinformation campaigns. Political parties running in elections must take care of the integrity of this process. Acceptance of this duty should be seen as a precondition for participating in the elections.

The regulation of the electoral process will define the behavior of the actors participating in the dispute. Afterall, "institutions define the actions that particular actors can adopt, they provide incentives associated with each course of action, and constraints to the possible outcomes."²⁷

This debate about what to do against the political parties that deliberately attack democracy will eventually find the so-called dilemma of militant democracy. Despite all the contests that exist to this concept, it is the base of the prohibition of political parties in Germany. There, the political party can be extinguished by the decision of the Federal Constitutional Court that considers its action contrary to the constitution. However, it is not a broad power for the court. For this, the political party must "take an actively belligerent, aggressive stance vis-à-vis the free democratic basic order and must seek to abolish it"²⁸ Mark Tushnet²⁹ argues that "there may be many paradoxes of free expression, or at least real tensions within the domain of free expression, but the

²⁶ PENNYCOOK, Gordon; RAND, David G **Lazy, not biased: Susceptibility to partisan fake news is better explained by lack of reasoning than by motivated reasoning.** *Cognition*, [s.l.], vol. 188, p. 39-50, July 2019. Available at: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S001002771830163X>>. Retrieved August 12, 2019.

²⁷ PRZEWORSKI, Adam. *Crises of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

²⁸ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Proceedings For the Prohibition of Political Parties.** Available at: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Parteiverbotsverfahren/parteiverbotsverfahren_node.html>. Retrieved July 19, 2019.

²⁹ TUSHNET, Mark. **Advanced Introduction to Freedom of Expression.** Elgar Advanced Introductions. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014.

paradox of militant democracy may be the one requiring the most urgent attention today.”

Foreign organizations, in particular governments, are agents whose action in the political debate needs to be repressed. The national deliberative process must be sufficiently protected to represent the expression of the will of the members of the national community as much as possible. However, the possibility of protecting the national public space was strongly impacted by the Internet. The interconnectivity of the web allows easy access to information originating from the whole world, which means a door open to foreign interference. There is much evidence of Russia’s orchestrated actions in recent electoral or referendum processes worldwide, such as the US elections³⁰ and the Brexit referendum,³¹ both in 2016. Although there is no evidence that there was an influence of foreign governments on disinformation campaigns in Brazil, the vulnerability of the general electoral process is concerning.

8. CONCLUSIONS

How do we act in a situation in which we find active risks both in the omission and in the intervention? The debate about the size of the threat that disinformation and disinformation in electoral processes represent still seems inconclusive. We cannot overstate the display and justify the creation of unnecessary controls. On the other hand, we cannot underestimate the threats and remain inert. An evaluation error can be fatal: Actions under the pretext of protecting democracy can pose real risks, and the omission can fuel threats.

The 2018 Brazilian elections showed that it is necessary to have more active surveillance of the electoral process. In particular, should the authorities responsible for the soundness of the process prune these practices by candidates, parties, and people directly linked to them? It is not possible to consider the exposure of clearly false information about candidates “regular use of criticism.” Nevertheless, the surveillance should respect personal data protection and other individual rights. It is recommended to work with civil society organizations and traditional media companies that could alert authorities when they face campaigns that seem professional.

Amid an election marked by disinformation, the court’s primary concern in the 2018 elections was with information that weakened its image. The High Electoral Court

³⁰ OFFICE OF THE DIRECTOR OF NATIONAL INTELLIGENCE. **Background to ‘Assessing Russian Activities and Intentions in Recent US Elections’**: The Analytic Process and Cyber Incident Attribution. 2017. Available at: <<https://assets.documentcloud.org/documents/3719492/Read-the-declassified-report-on-Russian.pdf>>. Retrieved July 20, 2019.

³¹ FIELD, Matthew; WRIGHT, Mike. Russian trolls sent thousands of pro-Leave messages on day of Brexit referendum, Twitter data reveals. **The Independent**, October 17, 2018. Technology Intelligence. Available at: <<https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/10/17/russian-iranian-twitter-trolls-sent-10-million-tweets-fake-news/>>. Retrieved May 15, 2019.

was right when it worked against disinformation on electronic voting because the reliability of the system was at stake. However, there were no reasons to accept the disinformation process as campaign strategies because campaigns against candidates and campaigns against electoral institutions were two sides of the same coin.

Democracy is not just about the electoral moment. In other words, the challenges to the construction or maintenance of democracy are continuous, not just when it comes to choosing leaders or consulting the people. However, this moment stands out because there are occasions where citizenship expresses itself and decides issues that will have repercussions for years in the life of society.

Institutions responsible for elections' integrity will need to go beyond their past experiences. If the regulation of the electoral process is not strong enough to discourage the inappropriate behavior of the agents, the problem tends to grow. Other candidates will see the illegal path as an efficient one and will not fear adopting bad practices.

Electoral authorities need to be prepared for new and more significant challenges such as the phenomenon that is called "deep fake." It will be hard to perceive the boundaries between truth and lies because audio and video production will be manipulated with perfect quality. This is a significant threat to electoral processes, since to deny it could be slow and few would be effective.

We need transparency. Authorities and social media companies should publish which ways they have adopted to avoid threats. It is not enough to say, "Trust me, the problem is solved!" Society does not merely want to change the opaque policies of companies by opaque policies of authorities. The lack of official reports on the TSE's performance weakens the fight against disinformation around the world. This silence goes in the opposite direction to what the OAS mission indicated when it said that TSE could "export the good practices developed during the Brazilian electoral process to other countries that face similar challenges in the context of the organization of their elections."

Changing the law to create new crimes does not seem to be the most appropriate way to fight disinformation. There is a range of options more compatible with preserving freedoms, such as digital literacy and fact-checking. However, these are limited tools. They act on individuals who are sharing malicious content out of ignorance, but who would not share it if they were aware of falsehood. However, additionally, it is necessary to have an investigative activity against the professional and malicious schemes of spreading information. This statement is especially true when it concerns a moment as crucial to a democratic state as the elections are. The existence of these digital mafias deliberately distorts the public debate that should characterize democracy.

9. REFERENCES

- ALEMANNO, Alberto et al. **Disinformation and propaganda**: Impact on the functioning of the Rule of Law in the EU and its Member States. Brussels: European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2019. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOL_STU\(2019\)608864_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOL_STU(2019)608864_EN.pdf)>. Retrieved July 29, 2019.
- BOOTH, Robert et al. Russia used hundreds of fake accounts to tweet about Brexit, data shows. **The Guardian**, November 14, 2017. World. Available at: <<https://www.theguardian.com/world/2017/nov/14/how-400-russia-run-fake-accounts-posted-bogus-brexit-tweets>>. Retrieved Feb. 9, 2019.
- BRAZIL. Código Eleitoral, Lei n. 4.737. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, July 15, 1965. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.html>. Retrieved July 7, 2019.
- BRAZIL. Lei n. 9.504. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, September 30 1997. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.html>. Retrieved July 7, 2019.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Proceedings For the Prohibition of Political Parties**. Available at: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Parteiverbotsverfahren/parteverbotsverfahren_node.html>. Retrieved July 19, 2019.
- COMPROVA. **Jornalismo colaborativo contra a desinformação**. Available at: <<http://projeto-comprova.com.br>>. Retrieved May 22, 2019
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Preliminary EOM report**, Electoral Observation Mission of the Organization of American States, 2018. Available at: <<http://www.oas.org/documents/eng/press/Preliminary-Report-EOM-Brasil-2nd-round-ENG.pdf>>. Retrieved July 17, 2019.
- FIELD, Matthew; WRIGHT, Mike. Russian trolls sent thousands of pro-Leave messages on day of Brexit referendum, Twitter data reveals. **The Independent**, October 17, 2018. Technology Intelligence. Available at: <<https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/10/17/russian-iranian-twitter-trolls-sent-10-million-tweets-fake-news/>>. Retrieved May 15, 2019.
- FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2019**. Available at: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf>. Retrieved July 19, 2019.
- FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2019**. Available at: <https://www.freedomonthenet.org/sites/default/files/2019-11/11042019_Report_FH_FOTN_2019_final_Public_Download.pdf>. Retrieved Sep. 20, 2019.
- HANSON, Fergus et al. **Hacking democracies**: Cataloguing cyber-enabled attacks on elections. Barton: ASPI, 2019. Available at: <<https://www.aspi.org.au/report/hacking-democracies>>. Retrieved May 19, 2019.
- HERN, Alex; SAFI, Michael. WhatsApp puts limit on message forwarding to fight fake news. **The Guardian**, January 21, 2019. Technology. Available at: <<https://www.theguardian.com/>>

technology/2019/jan/21/whatsapp-limits-message-forwarding-fight-fake-news>. Retrieved May 17, 2019.

IDEIA BIG DATA. **Elections and Fake News**. October 2018. Available at: <https://avaazimages.avaaz.org/EN%20IDEIA%20-%20Report%20AVAAZ_v2%203_EN%20version_pdf%20%281%29.pdf>. Retrieved May 17, 2019.

KALSNES, Bente. **Fake News**. Oxford Research Encyclopedia of Communication. September 2018, Available at: <<https://oxfordre.com/communication/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-809>>. Retrieved May 27, 2019.

KEYE, David. **The Global Struggle to Govern the Internet**. New York: Columbia Global Reports, 2019.

LAZER, David M. J et al. **The Science of Fake News**. Science, [s.l.]. v.359, issue 6380, p. 1094-1096, March 09, 2018. Available at: <<http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>>. Retrieved July 17, 2019.

LONG, Clara. How False News Haunted the Brazilian Elections. **Slate**, October 30, 2018. Technology. Available at: <<https://slate.com/technology/2018/10/brazil-election-fake-news-whatsapp-facebook.html>>. Retrieved May 21, 2019.

MELLO, Patricia Campos. Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp. **Folha de S. Paulo**, October 18, 2018. Poder. Available at: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>>. Retrieved July 25, 2019.

NORRIS, Pippa; GRÖMPING, Max. **Electoral Integrity Worldwide**. Sydney: The Electoral Integrity Project, 2019.

OFFICE OF THE DIRECTOR OF NATIONAL. **Background to 'Assessing Russian Activities and Intentions in Recent US Elections'**: The Analytic Process and Cyber Incident Attribution. 2017. Available at: <<https://assets.documentcloud.org/documents/3719492/Read-the-declassified-report-on-Russian.pdf>>. Retrieved July 20, 2019.

ORTELLADO, Pablo; RIBEIRO, Márcio Moretto. Mapping Brazil's political polarization online. **The conversation**, August 3, 2018. Politics/Election '20. Available at: <<https://theconversation.com/mapping-brazils-political-polarization-online-96434>>. Retrieved May 7, 2019.

PALMER, Ellis. Spain Catalonia: Did Russian 'fake news' stir things up?, **BBC**, November 18, 2017. Europe. Available at: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-41981539>>. Retrieved May 17, 2019.

PENNYCOOK, Gordon; RAND, David G **Lazy, not biased: Susceptibility to partisan fake news is better explained by lack of reasoning than by motivated reasoning**. Cognition, [s.l.], vol. 188, p. 39-50, July 2019. Available at: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S001002771830163X>>. Retrieved August 12, 2019.

PERON, Isadora; MARTINS, Luisa. TSE nega novo pedido para retirar do ar fake news contra Haddad. **Valor**, October 10, 2018. Política. Available at: <<https://www.valor.com.br/politica/5933037/tse-nega-novo-pedido-para-retirar-do-ar-fake-news-contra-haddad>>. Retrieved May 20, 2019.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

SABOIA, Fernanda. The Rise of WhatsApp in Brazil Is About More than Just Messaging. **Harvard Business Review**, April 15, 2016. Available at <<https://hbr.org/2016/04/the-rise-of-whatsapp-in-brazil-is-about-more-than-just-messaging>>. Retrieved May 7, 2019.

SHAO, Chengcheng et al. **The spread of low-credibility content by social bots**. Nature communications, vol. 9 (1), 2018. Available at: <<https://www.nature.com/articles/s41467-018-06930-7>>. Retrieved July 19, 2019.

TARDÁGUILA, Cristina; BENEVENUTO, Fabrício; ORTELLADO, Pablo. Fake News Is Poisoning Brazilian Politics. WhatsApp Can Stop It. **The New York Times**, October 17, 2018. Opinion. Available at: <<https://www.nytimes.com/2018/10/17/opinion/brazil-election-fake-news-whatsapp.html>>. Retrieved May 18, 2019.

TUSHNET, Mark. Advanced **Introduction to Freedom of Expression**. Elgar Advanced Introductions. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking**. Strasbourg: Council of Europe, 2017. Available at: <<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>>. Retrieved July 3, 2019.



Equality-based arguments for the decriminalization of abortion in Brazil: towards new legal opportunities*

Argumentos na chave da igualdade para a descriminalização do aborto no Brasil: rumo a novas oportunidades legais

TAÍS SOFIA CUNHA DE BARROS PENTEADO^{1, **}

¹ Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP (São Paulo, São Paulo, Brasil)

tais.penteado@gmail.br

<https://orcid.org/0000-0003-0329-3681>

Recebido/Received: 25.10.2019 / October 25th, 2019

Aprovado/Approved: 29.10.2020 / October 29th, 2020

Abstract

This article aims to contribute to the abortion debate in Brazil, by looking deeply at how the equality principle is being mobilized by pro-decriminalization actors in the specific context of ADPF 442, the lawsuit in which the constitutionality of the abortion restriction up to the 12th week is challenged before the Brazilian Supreme Court. We map and classify the different formulations of equality arguments presented by the claimant and other relevant actors. We then discuss one of the formulations – the formulation that characterizes abortion as a means of group subordination - in light of the legal opportunity structure available in Brazil. We argue that while this argument faces a challenge posed by the

Resumo

Este artigo tem o objetivo contribuir para o debate sobre o aborto no Brasil, analisando profundamente como o princípio da igualdade está sendo mobilizado por atores pró-descriminalização no contexto específico da ADPF 442, processo em que a restrição do aborto até 12^a semana é contestada perante o Supremo Tribunal Federal. Mapeamos e classificamos as diferentes formulações de argumentos de igualdade apresentadas pelo reclamante e outros atores relevantes. Discutimos então uma das formulações - a formulação que caracteriza o aborto como um mecanismo de subordinação de grupo - à luz da estrutura de oportunidades legais disponíveis no Brasil. Argumentamos que, embora esse argumento enfrente um desafio colocado

Como citar esse artigo/How to cite this article: PENTEADO, Taís Sofia Cunha de Barros. Equality-based arguments for the decriminalization of abortion in Brazil: towards new legal opportunities. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 451-472, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.69881.

* This paper was produced with the support of grant #2019/07715-1, São Paulo Research Foundation (FAPESP). Many thanks to the gentle and constructive comments provided by Camila Gianella, Marta Machado and other colleagues that participated in the group discussion during the LawTransform PhD Course that took place in Bergen, Norway, in August 2019. I had the pleasure to attend this program lead by Siri Gloppen and Camila Gianella and coordinated by Lara Côrtes, both from Chr. Michelsen Institute – CMI, as part of the International Partnerships for Excellent Education and Research (INTPART) programme to which FGV Law School of São Paulo is a partner institution. Also, many thanks to Professor Dimitri Dimoulis, for his usual careful and sharp reading.

** Mestranda em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP (São Paulo-SP, Brasil), na linha Instituições do Estado Democrático de Direito. E-mail: tais.penteado@gmail.br.

narrow formulations of the equality principle in general in Brazil, it also opens up a new window for arguing, for being close in formulation to an important equality case ruled by the Supreme Court – ADPF 186, an affirmative action case.

Keywords: abortion; equality-based arguments; anti-subordination; ADPF 442; ADPF 186.

pelas formulações restritas do princípio da igualdade que prevalecem no Brasil, ele também abre uma nova janela de oportunidade para argumentar, por ser próximo da formulação de igualdade utilizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 186, que envolve cotas raciais para universidades.

Palavras-chave: aborto; argumentos na chave da igualdade; anti-subordinação; ADPF 442; ADPF 186.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** Equality-based arguments in the context of ADPF 442; **2.1.** Discriminatory treatment between women from different backgrounds; **2.2.** Discriminatory treatment between men and women; **2.3.** Equality as anti-subordination; **3.** Idea of equality as anti-subordination without translation into rights discourse; **4.** Equality as anti-subordination: limits and potentials; **4.1.** The need for a broader formulation of the equality principle; **4.2.** The anti-subordination formulation: towards a new window for action; **5.** Conclusions; **6.** References.

1. INTRODUCTION

The fight for the decriminalization of abortion has been in motion in Brazil since 1970s¹, and, since then, pro-choice feminist movements have adopted a myriad of strategies, at first in the legislative and executive arenas and later in the judicial arena, to press this agenda². The drafting of the new Brazilian Constitution in 1988 was a turning point for social movements, as it provided them with the possibility of framing the abortion issue as a matter of constitutional rights and, therefore, of constructing different narratives of injustice³.

This new rights-based approach has been a constant in all state's arenas debates about abortion, however, since 2003, due to shifts in political opportunities, the battle over abortion rights in the judicial arena has prevailed⁴.

The first important move was the proposal Argument of Non-Compliance with Fundamental Precept No. 54 ("ADPF 54") before the Brazilian Supreme Court, a

¹ BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, vol. 0, n. 0, p. 104-130, Jan. 1, 1992.

² MACHADO, Marta; MACIEL, Debora. The Battle Over Abortion Rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006. **Health and Human Rights Journal**. Boston, vol. 19, n. 1, Jun. 2, 2017. Available at: <<https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-battle-over-abortion-rights-in-brazils-state-arenas-1995-2006/>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018. Available at: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60973/37524>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

⁴ MACHADO, Marta; MACIEL, Debora. The Battle Over Abortion Rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006. **Health and Human Rights Journal**. Boston, vol. 19, n. 1, Jun. 2, 2017. Available at: <<https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-battle-over-abortion-rights-in-brazils-state-arenas-1995-2006/>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

challenge to the prohibition of abortion in cases of fetal anencephaly. The strategic litigation in this case led to the inclusion of a new excuse under law for the performance of abortion in the Brazilian Penal Code, which previously provided for the permission to perform abortion only in cases of danger to the woman's health and of pregnancy resulting from rape⁵.

The results of ADPF 54 are controversial⁶, however, the lawsuit did start off the court centered abortion debate, which culminated in the proposal of ADPF 442⁷. The thesis defended in ADPF 442 is that the criminalization of abortion until the 12th week of pregnancy violates the fundamental precepts "of human dignity, citizenship, non-discrimination, inviolability of life, freedom, equality, prohibition of inhuman or degrading torture or treatment, health and family planning of women, adolescents and girls"⁸.

In March 2018, the rapporteur of the case, Justice Rosa Weber, convened a Public Hearing on the topic, which was held on August 3 and 6, 2018, with the participation of relevant sectors of civil society. However, to date, the trial has not been ruled. It is unclear what motivated the slowdown in the ADPF 422 trial, but it would not be unreasonable to imagine that it may be a way to prevent the moods and political climate that followed the 2018 elections from pushing the STF to one side or another - after all, the issue of abortion is of unparalleled political sensitivity.

The slowdown in the trial is negative, since it holds such an important issue - and with such damaging consequences for women, especially the most vulnerable - without resolution. However, it is possible to take this gap as an opportunity to broaden the reflections on the theme, and that is precisely what the present paper intends to do.

The rights discourse has been at the core of abortion disputes for decades and there are a lot of different rights and principles that can be used in order to advance the decriminalization claim⁹. This article looks deeply at how the equality principle is

⁵ See the Brazilian Penal Code: "Art. 128 - Medical abortion is not punished: I - if there is no other way to save the life of the pregnant woman and II - if the pregnancy results from rape and abortion is preceded by the consent of the pregnant woman or, when incapable, of her legal representative." (BRAZIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, Dec. 7, 1940. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Accessed on: 19 Mar. 2018).

⁶ See, for instance, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.60973. Available at: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60973/37524>>. Also, PENTEADO, Taís. The abortion jurisprudence in Brazil: An analysis of ADPF 54 from feminist equality-based perspectives. **International Journal of Constitutional Law**, Forthcoming. The papers approach the decision from different perspectives.

⁷ The lawsuit was brought by PSOL – Partido Socialismo e Liberdade.

⁸ See the 1988 Brazilian Federal Constitution, art. 1th, I e II; art. 3th, IV; art. 5th, art. 5th, I; art. 5th, III; art. 6th, art. 196 and art. 226, §7th.

⁹ SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo. Introducción. In: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo; VAGGIONE, Juan Marcos. **El aborto en América Latina**. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y

being mobilized by pro-decriminalization actors in the specific context of ADPF 442¹⁰ and then reflects about this principle in the context of the abortion dispute, in light of the concept of legal opportunities.

Our point of departure was to conduct documental analysis of both the Initial Petition presented by the claimant of the lawsuit and the memorials presented by pro-decriminalization actors in the context of the Public Hearings promoted by the Supreme Court on the matter, where we were able to map the different formulations of equality-based arguments by the different actors¹¹.

For the purposes of this article, we had the particular interest to look at how the right to equality had been mobilized in the context of ADPF 442. Initially, we intended to look only at the Initial Petition, but this would pose serious limitations to our assessment of how equality arguments in case of abortion are being mobilized broadly speaking. Simply because the claimant is one of the actors in the debate. We then decided to look also at how pro-decriminalization advocates have formulated equality arguments in the context of the Public Hearings¹².

In Brazil, both the law¹³ concerning constitutional actions such as ADPF 442 and the internal regiment of the Supreme Court allows for Justices to ask for a Public Hearing

enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. p. 18.

¹⁰ We acknowledge the existence of other interesting arguments or ways of talking about abortion, such as autonomy-based and health-based approaches, however, here we are interested to see how the equality principle is being played. Also, we acknowledge the importance of looking also to how the advocates of different positions regard abortion are talking about abortion. However, for the purpose of this paper we will attain to pro-decriminalization advocates.

¹¹ PSOL, the claimant of ADPF 442 and the entities National Academy of Medicine, ANIS – Bioethics, Human Rights and Gender Institute, Brazilian Anthropology Association, Catholic Women for the Right to Choose, CEBRAP – Brazilian Center of Analysis and Planning, CEMICAMP – Campinas Center for Research in Reproductive Health, Center for Reproductive Rights, CLACAI – Latin-American Consortium against unsafe abortion, UFMG Human Rights Clinic, UERJ Clinic, CFEMEA – Feminist Center of studies and Advice and others, CONECTAS Human Rights, Federal Psychology Counsel, National Human Rights Counsel, Federal Government Public Defenders, DPE/RJ – Public Defenders from the State of Rio de Janeiro, FEBRASGO – Federation of Gynecology and Obstetrics Associations, Fiocruz – Fernandes Figueira National Institute of Women's, Child and Adolescent Health of the Oswaldo Cruz Foundation, Human Rights Watch, IBCCRIM – Brazilian Institute of Criminal Sciences, Baresi Institute, Institute of Bio Law and Bioethics, Brazilian Institute of Private Law, Institute of Religion Studies, International Women's Health Coalition, IPAS – Pernambuco's Institute of Assistance and Health, Melania Amorim, Ministry of Health, NPJDH-USP – USP Human Rights Legal Practice Center, NUDEM - Specialized Center for the Defense and Promotion of Women's Rights and FGV SP Clinic, SBPC - Brazilian Society for the Progress of Science, Brazilian Bioethical Society, UJUCASP – Union of Catholic Jurists of São Paulo, Women on waves. Free translation of the entities' names.

¹² From now on we will refer to the Initial Petition and memorials in the footnotes, in order to maintain the fluidity of the text. All documents can be found online, in Portuguese, in the Brazilian Supreme Court Case, [> Search by Class and Number > ADPF 442 > Files > Documents 432 to 482.](http://portal.stf.jus.br)

¹³ BRAZIL. Lei n. 9.868, of November 10, 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Nov. 10, 1999. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Accessed: 20 mar. 2018.; BRAZIL. Lei n. 9.882, of December 3, 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição

when presented with hard cases regarding society's plural visions on the matter. In this context, the Public Hearing would not only provide the court with significant information, but also "compensate for democratic deficits in an unelected body capable of invalidating majority decisions"¹⁴.

The regulations pertaining Public Hearings provide, generally, that the Justice reporting the case can convene a Public Hearing when in need of clarifications about the matter by experts on the issue. Because of that, in June 4 2018, Justice Rosa Weber presented a monocratic decision in which she stated that

The discussion now under consideration and deliberation of this Federal Supreme Court, in fact, is one of the most sensitive and sensitive legal issues, while involving ethical, moral, religious, public health and protection of individual fundamental rights. Comparative jurisdictional experience demonstrates this reality. Thus, the complexity of the constitutional controversy, as well as the role of constructor of public reason that legitimizes the performance of constitutional jurisdiction in the protection of fundamental rights, justifies the convening of public hearing, as a necessary procedural technique, the content of art. 6, §1, of Law no. 9.882 / 99, and of arts. 13, XVII, and 154, III, sole paragraph, both of the RISTF.

Our mapping of the ways in which equality arguments were formulated was made through documental analysis of Initial Petition of the lawsuit and the memorials presented in the Public Hearing context¹⁵. We acknowledge that other relevant actors

Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Dec. 3, 1999. Available at:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Accessed: 20 mar. 2018.

¹⁴ LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Julia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol.5, n.1, p. 334, Jan./Apr. 2018. Available at: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56328>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

¹⁵ The entities that presented memorials, including advocates for both sides are: National Academy of Medicine, ANAJURES - National Evangelic Jurists Association, ANIS – Bioethics, Human Rights and Gender Institute, Brazilian Anthropology Association, ADFAS – Family and succession Law Association, Pro-Life and Pro-Family Association, Catholic Women for the Right to Choose, CEBRAP - Brazilian Center of Analysis and Planning, CEMICAMP – Campinas Center for Research in Reproductive Health, Center for Reproductive Rights, CERVI – Center for Life restructuring, CLACAI – Latin-American Consortium against unsafe abortion, UFMG Human Rights Clinic, UERJ Clinic, CFEMEA - Feminist Center of studies and Advice and others, CONAL- The National Council of the Laity of Brazil in the Archdiocese of Aracaju-SE, CONECTAS Human Rights, Israeli Confederation of Brazil, Federal Psychology Counsel, National Human Rights Counsel, Brazilian Baptist Convention, God's Assembly General Convention, Federal Government Public Defenders, DPE/RJ – Public Defenders from the State of Rio de Janeiro, State of Sergipe, FAMBRAZ – Brazilian Muslim Federation, FEBRASGO – Federation of Gynecology and Obstetrics Associations, Brazilian Spiritism Federation, FENACAB - National Federation of Afro Brazilian Worship, Fiocruz - Fernandes Figueira National Institute of Women's, Child and Adolescent Health of the Oswaldo Cruz Foundation, Parliamentary Front, Human Rights Watch, IBCCRIM – Brazilian Institute of Criminal Sciences, Baresi Institute, Institute of Bio Law and Bioethics, Brazilian Institute of Private Law, Institute of Religion Studies, Institute of Government Policy of Brazil, International Women's Health Coalition, IPAS –Pernambuco's Institute of Assistance and Health, Janaina Paschoal, Melania Amorim, Ministry of Health, National Citizenship Movement for Life, NPJDH-USP - USP Human Rights Legal Practice Center, NUDEM - Specialized Center for the Defense and Promotion of Women's Rights and FGV SP Clinic, Raphael Câmara, SBPC - Brazilian Society for the

such as doctrinal authors and social movements that have not participated in the Public Hearing were left out of the analysis.

In Sections 2 and 3, we present the results of our mapping. We have found out that the principle of equality is used in three different ways: first, to make the argument that the *criminalization of abortion leads to discriminatory treatment between women from different backgrounds*. Secondly, to argue that *the criminalization of abortion discriminates between men and women, to the extent that it imposes a penalty to women that has no equivalent for men*. Thirdly, to advance the argument that *abortion criminalization stems from and perpetuates women subordinated status in society - or, as we call it, an argument of equality as anti-subordination*. The mapping has also shown that the idea that the abortion criminalization is a matter of maintenance of subordination is present in a significant number of manifestations – the Initial Petition included – without necessarily being translated into rights discourse.

After this first descriptive moment, we lay some comments on the limits and potentials of the formulation of equality as anti-subordination in the case of abortion in view available legal stock in the Brazilian legal opportunity structure. The legal stock is usually seen as constitutionally entrenched rights that allow for actors to translate their political claims into legal claims¹⁶. We propose a broader conception that encompasses also the existing conceptualizations of the principles and the case law established by the courts. This comments are developed in Section 4.

In what regards the limits, we argue that the most common conceptualization of the equality principle in Brazil is not able to deal with cases such as the abortion issue. That because it can only deal with difference of treatment between groups and not with situations in which the practice is not necessarily discriminatory, but perpetuates subordination of a determined group nonetheless. We claim that the non-translation of ideas of equality of anti-subordination into principled arguments could be an indicative of this limit posed by a narrow understanding of equality.

In what regards the potentials, we argue that the formulation of an equality argument in the model of anti-subordination could be a strong way of arguing before the Supreme Court. That, because the Supreme Court have decided an important case in the basis of an anti-subordination approach: the affirmative action cases related to racial quotas for universities. If one looks of abortion criminalization as a difference of treatment between groups issue, it is not possible to see how similar the matter is to affirmative action cases. However, we argue the two issues can be seen as similar if seen through the anti-subordination perspective, and, therefore, this line of case law could

Progress of Science, Brazilian Bioethical Society, UJUCASP – Union of Catholic Jurists of São Paulo, Women on waves. Free translation of the entities' names.

¹⁶ ANDERSEN, Ellen Ann. **Out of the Closets and Into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005. p. 1-16.

open a new path for argumentation in terms of legal opportunities. We conclude in Section 5.

2. EQUALITY-BASED ARGUMENTS IN THE CONTEXT OF ADPF 442

We have mapped three different ways in which the equality principle has been mobilized by the actors: first, to make the argument that the *criminalization of abortion leads to discriminatory treatment between women from different backgrounds*. Secondly, to argue that *the criminalization of abortion discriminates between men and women, to the extent that it imposes a penalty to women that has no equivalent for men*. Thirdly, to advance the argument that abortion criminalization stems from and perpetuates women subordinated status in Brazil.

2.1. Discriminatory treatment between women from different backgrounds

The first formulation of abortion criminalization as a violation of equality appears in the form of an argument of different treatment between women from different backgrounds. According to this argument, the criminalization of abortion violates equality to the extent that different women end up having different access to rights such as life, health and reproductive rights. This argument can be found in the following passages extracted from both the Initial Petition and from some of the memorials presented in the context of the Public Hearing:

*"Although all women are potentially subject to the criminal prohibition of abortion, criminalization disproportionately affects poor black and indigenous women with low education who live far from urban centers, where methods of abortion are more unsafe, than those used by women with greater access to information and economic power, resulting in a serious affront to the principle of non-discrimination"*¹⁷.

*"Due to the selectivity of the penal system, it is also the most vulnerable women who are directly subject to punitive action by the state, in the form of complaints by health professionals, exposure of medical intimacy, harassment of the media, police investigations, provisional arrests and criminal proceedings"*¹⁸.

"Decriminalization of abortion (...) would accommodate gender-based reproductive health differences in women and ensure women's substantive equality (...) Human rights

¹⁷ Initial Petition, p. 8.

¹⁸ Initial Petition, p. 9.

authorities therefore support decriminalization during the first twelve weeks of pregnancy to ensure that women exercise the same right to the right to health by allowing equal access to safe abortion for all women.¹⁹"

"(...) equality affects the issue also under the economic and racial perspective. As noted in this memorial, it is poor and black women who have their rights, including health and life, most affected by the criminalization of abortion. They are subject to more unsafe procedures and are still at greater risk of criminal prosecution.²⁰"

"Recognition of the constitutional right to voluntary termination of pregnancy is still the only way to ensure safe abortion, preserving the equality among women of different social classes²¹" (p.4)

"There is a direct affront to the very constitutional principle of equality as non-discrimination (art. 3, clause IV), since the Brazilian reality presents a flagrant situation of intersectional discrimination, which exposes black women more acutely to death and other consequences of unsafe abortion procedures.²²"

"On non-discrimination and equality (...) Even when clandestine abortion can be performed in relatively safe and hygienic places, it can be financially inaccessible to women in the most vulnerable situations.²³"

2.2. Discriminatory treatment between men and women

The second formulation argues that the criminalization of abortion violates equality to the extent that it treats men and women differently. The criminalization imposes a penalty to women that does not have a correspondence to penalties imposed to men and, therefore, deprive women from the equal access to life, health and reproductive rights, among others. This argument can be found in the following passages extracted from both the Initial Petition and from some of the memorials presented in the context of the Public Hearing:

¹⁹ CLACAI memorial, p. 5.

²⁰ UERJ Clinic memorial, p. 12.

²¹ National Human Rights Counsel memorial, p. 4.

²² DPE/RJ – Public Defenders from the State of Rio de Janeiro memorial, p. 7.

²³ IPAS memorial, p. 20.

"The criminalization of abortion also violates the principle of gender equality, deriving from the fundamental right to equality (SC, art. 5, caput) and the Republic's fundamental objective of non-discrimination based on sex (SC, art. 3, item IV) , as it imposes on women more serious conditions, even dangerous to their lives and health, for making reproductive decisions that are disproportionate compared to the conditions for men to make the same decisions, which are not subjected to criminalization. and the consequences of penal coercion on the conditions for exercising their rights to a dignified and citizen life"²⁴.

"Decriminalization of abortion serves the interest of women in the equal exercise of rights related to dignity. Such rights include the right to integrity, privacy, freedom, security and freedom from torture, inhuman and degrading treatment, including freedom from violence, and, for example, the egalitarian exercise of their right of conscience (...) In order to fulfill their obligations to guarantee the substantive equality of women, states must treat different cases according to their gender-specific differences in reproduction"²⁵.

"Gender equality, in the first place, requires consideration of the biological differences between women and men, bearing in mind, therefore, that since it is an event that takes place in a woman's body, she must make the decision whether or not to continue a pregnancy (...) "²⁶.

"Criminalization is discriminatory because men are not penalized and should not put their lives and freedom at risk in accessing the medical interventions they need."²⁷

"Similarly, the imposition on women of pregnancy violates the constitutional principle of equality between men and women. There is no imposition on a man that affects his body capable of approaching what is imposed on a woman: maintaining a pregnancy she does not want".²⁸

²⁴ Initial Petition, p. 12.

²⁵ UFMG Human Rights Clinic memorial, p. 5.

²⁶ UERJ Clinic memorial, p. 11.

²⁷ Human Rights Watch memorial, p. 13.

²⁸ Institute of Bio Law and Bioethics memorial, p.19.

"Criminalization of abortion as gender discrimination and violence (...) In general, it is the woman who submits to the risks of a pregnancy. It is the woman who risks the even common mishaps of pregnancy such as diabetes, eclampsia, thrombosis (...)"²⁹" (p.13)

"Criminalization of abortion discriminates against women on the grounds of sex because, although both sexes participate in unplanned pregnancies, only women are penalized³⁰".

2.3. Equality as anti-subordination

The third way of characterizing the criminalization of abortion as an equality issue comes in the form of an anti-subordination argument. This argument is built from the idea that the criminalization of abortion stems from certain views about women's lives and roles in society and that it perpetuates these very social roles, through concrete consequences on the lives of women, who are trapped into compulsory motherhood, or through the symbolic perpetuation of the social roles that inform the norm in the first place, through stigmatization.

Broadly speaking, the prohibition of abortion is seen as the result, reflection and reproducer of gender asymmetries existing in society and, in this context, the decriminalization would be a way of trying to overcome those power asymmetries. For purposes of distinguishing this particular approach, we will call it, from now on, the equality as anti-subordination argument. This formulation can be found in the following passages:

"Still in the light of gender equality, the stereotypes that bind women to motherhood must be broken, as if the latter were a laudable evolution of the feminine condition, to be accepted with resignation by all of them³¹".

"Thus, the historical asymmetries of gender, race and social class in the country are reinforced, deepening a scenario of unfair and disproportionate social inequality to the detriment of the poorest women and girls, which invariably are the only ones that end up being criminalized (...)"³².

"It is the woman who supports the pregnancy in her body and, culturally, most of the time, she is responsible for raising the unwanted child (...) motherhood is romanticized

²⁹ Brazilian Institute of Private Law memorial, p. 13.

³⁰ IPAS memorial, p. 20.

³¹ UERJ Clinic memorial memorial, p. 11.

³² National Human Rights Counsel memorial, p. 5.

as redemptive and necessary to experience female one who does not wish to be a mother is considered psychologically disturbed, selfish or perverse³³.

"The secularity of the state is fundamental for guaranteeing the right to equality in all its aspects, and especially for gender equality (...) It is ecclesiastical patriarchy that wants to make women believe that they become murderers when they decide to discontinue their pregnancy"³⁴.

"The imposition of pregnancy and motherhood (...) confirms the division of labor and the social roles to which women and men are differently subjected. This ultimately exacerbates the cycles of socioeconomic inequality to which poor and peripheral women are subjected. Criminalization is also intrinsically related to the social marginalization generated by the stigma surrounding abortion.³⁵"

3. IDEA OF EQUALITY AS ANTI-SUBORDINATION WITHOUT TRANSLATION INTO RIGHTS DISCOURSE

Another interesting feature that came out in our mapping is the fact that, although some actors did not formulate an equality as anti-subordination argument, they did advance the ideas that lay on the basis of such arguments. In other words, the idea that the abortion prohibition is produced by and reaffirms ideals about women's roles and their material subordinate condition appears in the documents, but without being translated into rights discourse. These ideas can be found in the following passages extracted from the memorials presented in the context of the Public Hearing:

"Stereotypes are permanent ways of updating gender inequalities and patriarchy. According to Rebecca Cook, "In the gender stereotype, women's individual needs, treated according to the woman category, are ignored.³⁶"

Being treated as the generic category "woman" is only a sexed figuration of the generic category man, ignoring particularities of women of reproductive age, particularly the most vulnerable. By the generic but nonexistent woman category, gender stereotypes create expectations of destiny for women, such as reproduction, compulsory motherhood, or even heterosexuality. Women outside these stereotypical expectations

³³ Brazilian Institute of Private Law memorial, p. 12.

³⁴ Institute of Religion Studies memorial p.2, p. 6.

³⁵ NPJDH-USP - USP Human Rights Legal Practice Center memorial, p. 16.

³⁶ Initial Petition memorial, p. 42.

in the name of a 'female nature' are victims of serious rights violations and even cruel, inhuman and degrading treatment.³⁷"

"In the case of abortion, [Stigma] is produced by a complex of ideas produced by and reaffirmed by religion, morals and law, which imposes on women the expectation that all pregnancies should result in childbirth and that all women must be mothers (...) and that there should be a feminine nature perpetuated by law³⁸".

"Legalization of abortion accomplishes a fundamental ideological and political break in political and social thought, logic and practice in relation to moral conservatism that confines women in the sole role of mothers and wives, degrading motherhood because it understands it as a biological and not as an ethical choice (...)³⁹".

"Criminalization strengthens the stigmatization and marginalization of women who opt for voluntary termination of pregnancy (...) This stigma stems precipitously from the social construction that the desire for motherhood would be intrinsic to "being a woman"⁴⁰.

"The criminalization of abortion reinforces the stigma of women who have chosen such a path, diminishing their freedom of choice regarding their role in society and imputing to them compulsory motherhood⁴¹".

"The expected normality for the woman is the passive exercise of the roles of mother, wife, honest, subordinate and not questioning. In this sense, the woman who incurs deviation from these social standards must receive the social punishment, and if this punishment fails, she must suffer the weight of the state arm that reproduces in her normative body the structured social values⁴²".

"Recognizing women's individual needs and specific to vulnerability markers such as race, class, sexual orientation, regionality, by guaranteeing them the conditions for

³⁷ Initial Petition memorial, p. 42

³⁸ Brazilian Anthropology Association memorial, p. 3.

³⁹ Catholic women for the right to choose memorial, p. 4.

⁴⁰ UFMG Human Rights Clinic memorial, p. 11.

⁴¹ CFEMEA memorial, p. 11.

⁴² Federal Psychology Counsel, p. 10.

decision-making at the reproductive level, is a possibility to resist the perpetuation of gender stereotypes that violate the dignity of all women”⁴³.

“The criminalization of abortion is linked to the social control of women, a control that is not restricted to preventing only the power of decision, but also to determine about her body, her will and control her place in the social order and also perpetuate pain, suffering and death of the dominated classes”⁴⁴.

4. EQUALITY AS ANTI-SUBORDINATION: LIMITS AND POTENTIALS

Because of the shift to courts, socio-legal scholarship has turned its attention to the analysis of legal opportunities structures⁴⁵, which are those structures, pertaining to the legal system, that allow or constrain the possibility of social actors to reach for courts for social change. These legal opportunities structures are often seen as involving three different dimensions: (i) the legal stock available; (ii) the availability of access to the judiciary and (iii) the availability of socio-economic resources for litigation⁴⁶.

When actors such as the ADPF 442 claimant and the other actors who participated in the Public Hearings claim that the abortion criminalization violates equality, they are playing within constraints and possibilities imposed by legal stock.

In this section, we discuss the equality arguments presented in light of the limits and potentials presented by the legal stock available in Brazil. We discuss all the three variations in some extent, but we focus on equality as anti-subordination, for we believe it to be not only a sophisticated way of talking about abortion, which is widely recognized as a strong formulation⁴⁷ and, as will be shown, it might be a strong argument considering the case law of the Brazilian Supreme Court.

⁴³ IBCCRIM memorial, p. 12.

⁴⁴ IBCCRIM memorial, p. 9.

⁴⁵ CASE, Rhonda Evans; TERRI, Givens. Re-engineering Legal Opportunity Structures in the European Union? The Starting Line Group and the Politics of the Racial Equality Directive. **Journal of Common Market Studies**, [s.l.], vol. 48, n. 2., p. 221-241, mar. 2010.

⁴⁶ See, e.g., HILSON, Chris “New Social Movements: The Role of Legal Opportunity”. **Journal of European Public Policy**, [s.l.], vol. 9, n.2, p. 238-255, 2002; ANDERSEN, Ellen Ann. **Out of the Closets and Into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005. p. 15.; CASE, Rhonda Evans; TERRI, Givens. Re-engineering Legal Opportunity Structures in the European Union? The Starting Line Group and the Politics of the Racial Equality Directive. **Journal of Common Market Studies**, [s.l.], vol. 48, n. 2., p. 221-241, mar. 2010.

⁴⁷ See, e.g., SIEGEL, Reva B. Reasoning from the body: a historical perspective on abortion regulation and questions of equal protection. **Stanford Law Review**, Palo Alto, vol. 44, n.2, p. 261-382, jan. 1992; SIEGEL, Reva B. Sex equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression. **Emory Law Journal**, vol. 56, n. 4, p. 815-842, 2007; SIEGEL, Neil S.; SIEGEL, Reva B. Equality Arguments for Abortion Rights. **UCLA Law Review Discourse**, [s.l.], vol. 160, n. 60, p. 160-170, 2013; TRIBE, Laurence H. **American**

4.1. The need for a broader formulation of the equality principle

One very important feature of legal stock in what regards demands for social change is the availability of justiciable legal rights. Constitutionally entrenched rights allow actors to frame political demands in rights-based legal claims⁴⁸. In Brazil, for instance, if we consider only the provision of rights in the Constitution, social actors would have plenty of courses of action to try to advance a decriminalizing agenda.

One must recognize, however, that principles in their abstract form account for little. Principles are open-ended mandates that require meaning to be conferred to them by those operating it. Therefore, when thinking about legal stock, it is necessary to keep in mind what principle operators – such as legal scholars, advocates, adjudicators – have in mind about the referred principle content.

Applying this discussion to the case at hand, in Brazil, the equality as anti-subordination faces a challenge posed by how the principle of equality is generally understood. The equality principle is often presented as formal equality (meaning: treating equals alike) or material equality (meaning: treating different differently in order to achieve equality)⁴⁹. For instance, the arguments that characterize the criminalization of abortion as discrimination between groups fall in those categories⁵⁰.

If one says that women from different backgrounds have different access to abortion and that this leads to different access to health and reproductive rights, one is basically saying that women from different backgrounds are equals and should be

Constitutional Law. 2. ed. [s.l.]: Foundation Press, 1988; GINSBURG, Ruth Bader. Some thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, vol. 63, n. 2, p. 375-386, 1985; LAW, Sylvia A. Rethinking Sex and the Constitution. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadelfia, vol. 132, p. 132, 1984; MACKINNON, Catharine, Abortion: On Public and Private. In: MACKINNON, Catharine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 45; MACKINNON, Catharine. Reflections on Sex Equality Under Law. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 100, n. 4, p. 1282, 1991; BALKIN, Jack M. **What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision**. New York: University Press, 2005, p. 31; BURRIS, Scott. Stigma and the law. *The Lancet*, [s.l.], vol. 367, n. 9509, p. 529-531, 2006; COOK, Rebecca J. Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law. In: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. **Abortion Law in Transnational Perspective**. Cases and controversies. Filadelfia: Penn Press, 2014. p. 347; KARST, Kenneth L. The Supreme Court, 1976 Term – Foreword: Equal Citizenship Under Fourteenth Amendment. **Harvard Law Review**, vol. 91, n. 1, p. 57-59, 1977.

⁴⁸ CASE, Rhonda Evans; TERRI, Givens. Re-engineering Legal Opportunity Structures in the European Union? The Starting Line Group and the Politics of the Racial Equality Directive. **Journal of Common Market Studies**, [s.l.], vol. 48, n. 2., p. 221-241, mar. 2010.

⁴⁹ See, e.g., ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 33, n. 131, jul./set. 1996; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011; SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵⁰ MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileiro**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez. 2017. have advanced a broader conceptualization of equality, one that goes beyond the rational relation between means and ends and that promotes the equality of status between groups, p. 253.

treated alike and, for that to happen, abortion should be decriminalized. This is basically a formal equality argument, that states that equals are being treated differently for features, such as race and social background, that should not be reasons for different access to rights. On the other hand, if one argues that women and men's bodies are different, and, therefore equality demands that they be treated differently and that this involves providing abortion rights, one is making a material equality argument.

Diversely, formulating an argument of equality as anti-subordination on abortion demands a broader conceptualization of what can be understood as an equality issue. One that acknowledges that equality demands not only the overcoming of different treatment, but also overcoming structural oppressions that lead to subordinate status of some groups in society⁵¹. In other words, a conception that shifts from the focus on the difference of treatment, to a conception that "directly considers the impact of state action on the citizens affected by it"⁵².

The abortion criminalization, in this sense, is seen as an action that perpetuates women's subordinate status in many ways. One of the ways is by means of stereotyping, or, by symbolically reiterating roles socially attributed to women⁵³, like some of the actors analyzed above have put it. Another way is by imposing concrete consequences to the lives of real women. In an unequal world, where the responsibilities related to parenting are asymmetrically attributed to women, motherhood generates serious disadvantages in the educational, professional, political and personal realms⁵⁴. A third way is by confining women – especially those most vulnerable – to the realm of reproduction and, consequently keeping them away from the production of knowledge, values and even laws⁵⁵.

Stating that the criminalization of abortion is the result, reflection and reproducer of gender asymmetries existing in society arises from the broader understanding the distribution of power between men and women is asymmetric in the society in

⁵¹ MACKINNON, Catharine. Difference and dominance: on sex discrimination. In: MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p. 32; MACKINNON, Catharine. Reflections on Sex Equality Under Law. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 100, n. 4, p. 1282, 1991.

⁵² SIEGEL, Reva B. Reasoning from the body: a historical perspective on abortion regulation and questions of equal protection. **Stanford Law Review**, Palo Alto, vol. 44, n.2, p. 344, jan. 1992.

⁵³ COOK, Rebecca J. Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law. In: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. **Abortion Law in Transnational Perspective**. Cases and controversies. Filadelfia: Penn Press, 2014. p. 347

⁵⁴ SIEGEL, Reva B. Sex equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression. **Emory Law Journal**, vol. 56, n. 4, p. 833-834, 2007; MACKINNON, Catharine. Reflections on Sex Equality Under Law. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 100, n. 4, p. 1282, 1991.

⁵⁵ OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, vol.16, n.2, p. 305-332, may/aug. 2008; KARST, Kenneth L. The Supreme Court, 1976 Term – Foreword: Equal Citizenship Under Fourteenth Amendment. **Harvard Law Review**, vol. 91, n. 1, p. 57-59, 1977.

which we live, where, in general, women face a situation of subordination⁵⁶, greatly influenced by intersections with race, class and sexuality⁵⁷. In this context, the subordination situation is maintained because the existing power networks in society act in a superimposed manner, producing institutions, practices, norms and discourses that, at the same time, reflect power asymmetries and reproduce them⁵⁸. Law is seen as one of these discourses and the prohibition of abortion as one of its mechanisms of subordination.

In view of the difference of structure of the two ways of arguing (equality as opposed to difference of treatment/equality as opposed to subordination), the most common conceptualizations of the equality principle in Brazil is not able to deal with cases such as the abortion issue. That because it can only deal with difference of treatment between groups and not with situations in which the practice is not necessarily discriminatory, but perpetuates subordination nonetheless. The argument pro-decriminalization that is based on its subordination potential would demand a conceptualization of equality that recognize not only individuals who suffer, but groups that face a subordinate status⁵⁹.

In fact, it is possible to speculate that the prevalence of this narrow conception of equality has played a role in how the actors analyzed decided to formulate the abortion issue. There are a variety of reasons that can explain why actors frame their claims and decide to act in a certain way. Among others, choices are formulated according to the normative opportunity structure, which involve prejudices prevalent in the social context that make certain "strategies and tactics more or less likely to succeed"⁶⁰. However, the mismatch between the formulation of the equality argument and the presentation of equality ideas might be the result of a narrow legal conception of what an equality argument can look like.

4.2. The anti-subordination formulation: towards a new window for action

⁵⁶ MACKINNON, Catharine. Difference and dominance: on sex discrimination. In: MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p. 32.

⁵⁷ CRENSHAW, Kimberle. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. **Stanford Law Review**, Palo Alto, vol. 43, n. 6, p. 1241 – 1299, jul. 1991.

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. In: DE CAMPOS, Carmen Hein. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, p. 41; SLAUGHTER, M.M. The legal construction of "Mother". In: FINEMAN, Martha; KARPIN, Isabel (Orgs.) **Mothers in law: Feminist theory and the legal regulation of motherhood**. Nova York: Columbia University Press, 1995, p. 77.

⁵⁹ MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 253.

⁶⁰ GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framework. **Center of Law and Social Transformation Paper**, Bergen, 2018. Available at:<https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework>.

Independently of the challenge presented above, that it - that the common understanding of equality as an issue of difference of treatment poses a challenge for those arguing that abortion is a violation of equality in a different way - formulating an anti-subordination argument also open a new window of opportunity legally-wise.

In the Initial Petition of ADPF 442, the claimant argues that the case should be seen as the next step in a case law line that involves reproduction related cases. The first being the case in which the Supreme Court decided that researches involving embryos was compatible with the Constitution, as life was not an absolute right and as the existence of a human being in development was not enough for the presumption of fundamental rights - ADI 3.510. The second being ADPF 54, where the Supreme Court, according to the ADPF 442 claimant, reaffirmed the idea that there are no absolute rights in the Brazilian legal system. And the third one being Habeas Corpus 124.306 where some of the Justices "interpreted the abortion issue as a reproductive decision morally reasonable for women, which criminalizing violates fundamental rights"⁶¹.

Looking at ADPF 442 as the teleological end of the chain constructed by other reproductive rights cases is one way of looking at abortion. However, the formulation of an anti-subordination argument could also be a strong way of arguing, if one considers the Supreme Court case law regarding equality as legal stock.

That, because the Supreme Court have decided an important case, where an anti-subordination approach is hinted in some of the individual votes: ADPF 186, a case involving racial affirmative action for universities. In this case, the Supreme Court have worked with the idea that black people have historically faced a subordinated status in Brazil and, therefore, affirmative actions were not only compatible with the Constitution, but were also a necessary means for overcoming subordination. This view was expressed, for instance, in the prevailing opinion:

[a]nother aspect of this discussion derives from the fact that affirmative action programs build upon the existing race consciousness within society with the final aim of eliminating it. In other words, the ultimate goal of these programs is to put an end to what was the initial social problem, i.e., the general subjective feeling of belonging to a particular race or being discriminated against because of one's membership in a group. In societies that have experienced slavery, repression, and prejudice, a fact responsible for the reproduction of derogatory images of certain racial groups, the legal guarantee of mere formal equality conceals differences between people, which helps to perpetuate the inequalities that exist between them. It is common knowledge that the small number of black and brown individuals performing relevant functions in the public and private

⁶¹ Initial petition, at 28.

spheres results from historical discrimination of successive generations, although I most cases in hidden or implied way⁶²

The articulation of equality advanced by the Justice is a group-oriented equal protection perspective⁶³. If one looks at the abortion issue as a liberty issue, as a health issue or a difference of treatment issue, it is not possible to notice the similarities between the affirmative action cases and the abortion issue. However, if one constructs the abortion issue as an equality as anti-subordination issue, the similarity becomes clear and it becomes possible to mobilize this line of case law as a legal stock.

This argument is yet to be further developed. However, it offers a strong new legal opportunity path for arguing for the decriminalization of abortion in Brazil. Actually, not only would it offer a new normative structure, but it would allow pro-decriminalization advocates to think about which court track record the abortion issue should be contributing to. The abortion issue can be a step in the reproductive-rights case law. But, it could also be a step in reinforcing the equality jurisprudence.

5. CONCLUSIONS

In our mapping we have identified three different ways of mobilizing the equality principle in the case of abortion: violation of equality for discriminatory treatment between women from different backgrounds, violation of equality for discriminatory treatment between women and men and violation of equality for the perpetuation of subordination (or, equality as anti-subordination). Also, stands out the fact that the very ideas that underlie the anti-subordination formulation are present in the many of the manifestations – the initial petition included - without being translated into rights or principle arguments.

In view of the results, we lay some comments on the limits and potentials of the formulation of equality as anti-subordination in the case of abortion in view available legal stock in the Brazilian legal opportunity structure, having in mind the existing conceptualizations of the equality principle and the case law established by the courts.

In what regards the limits, we argue that the most common conceptualizations of the equality principle in Brazil is not able to deal with cases such as the abortion issue. That because it can only deal with difference of treatment between groups and not with situations in which the practice is not necessarily discriminatory, but perpetuates subordination nonetheless. We claim that the non-translation of ideas of equality of

⁶² Quote from ADPF 186, quoted and translated by MOREIRA, Adilson José. Discourses of Citizenship in American and Brazilian Affirmative Action Court Decisions. **American Journal of Comparative Law**, [s.l.], vol. 64, n. 2, p. 492, 2016.

⁶³ MOREIRA, Adilson José. Discourses of Citizenship in American and Brazilian Affirmative Action Court Decisions. **American Journal of Comparative Law**, [s.l.], vol. 64, n. 2, p. 492, 2016.

anti-subordination into principled arguments could be an indicative of this limit posed by a narrow understanding of equality that permeates the Brazilian legal debate. In what regards the potentials, we argue that the formulation of an equality argument in the model of anti-subordination could be a strong way of arguing before the Supreme Court. That, because the Supreme Court have decided an important case in the basis of an anti-subordination approach: the affirmative action cases related to racial quotas for universities.

6. REFERENCES

- ANDERSEN, Ellen Ann. **Out of the Closets and Into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.
- BALKIN, Jack M. **What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision.** New York: University Press, 2005.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. In. DE CAMPOS, Carmen Hein. **Criminologia e feminismo.** Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.
- BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 0, n. 0, p. 104-130, 1992.
- BRAZIL. Brazilian Supreme Court. **Claim of Non-Compliance with Fundamental Precept nº186.** Judge-Rapporteur: Ricardo Levandowsky, Brasília, DF, Oct. 17,2014.
- BRAZIL. Brazilian Supreme Court. **Claim of Non Compliance with Fundamental Precept nº 442.** Judge-Rapporteur: Justice Rosa Weber. Brasília, DF, Mar. 3, 2017.
- BRAZIL. Brazilian Supreme Court. Sentence. **Claim of Non Compliance with Fundamental Precept nº 54.** Judge-Rapporteur: Justice Marco Aurélio. Brasília, DF, Apr. 30, 2013. Accessed on: 16 Mar. 2018.
- BRAZIL. Brazilian Supreme Court. Sentence. **Direct Action of Unconstitutionality nº 3.510/DF.** Judge-Rapporteur: Justice Ayres Brito. Brasília, DF, May 28, 2010. Accessed on: 19 Mar. 2018.
- BRAZIL. Brazilian Supreme Court. Sentence. **Habeas Corpus nº 124.306/RJ.** Judge-Rapporteur: Justice Marco Aurélio. Brasília, DF, Mar. 17, 2017. Accessed on: 16 Mar. 2018.
- BRAZIL. Constituição da República Federativa do Brasil, of October 5, 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Oct. 5, 1988. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BRAZIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, Dec. 7, 1940. Available at:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/DeL2848compilado.htm>.Accessed on: 19 Mar. 2018.

BRAZIL. Lei n. 9.868, of November 10, 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Nov. 10, 1999. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Accessed on: 20 Mar. 2018.

BRAZIL. Lei n. 9.882, of December 3, 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Dec. 3, 1999. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Accessed on: 20 mar. 2018.

BURRIS, Scott. Stigma and the law. **The Lancet**, [s.l.], vol. 367, p. 529-531, 2006.

CASE, Rhonda Evans; TERRI, Givens. Re-engineering Legal Opportunity Structures in the European Union? The Starting Line Group and the Politics of the Racial Equality Directive. **Journal of Common Market Studies**, [s.l.], vol. 48, n. 2., p. 221-241, mar. 2010.

COOK, Rebecca J. Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law. In: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. **Abortion Law in Transnational Perspective**. Cases and controversies. Filadelfia: Penn Press, 2014.

CRENSHAW, Kimberle. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. **Stanford Law Review**, Palo Alto, vol. 43, n. 6, p. 1241 – 1299, jul. 1991.

GINSBURG, Ruth Bader. Some thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, vol. 63, n. 2, p. 375-386, 1985. Available at: <<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2961&context=n-clr>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framework. **Center of Law and Social Transformation Paper**, Bergen, 2018. Available at: <https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework>.

HILSON, Chris "New Social Movements: The Role of Legal Opportunity". **Journal of European Public Policy**, [s.l.], vol. 9, n.2, p. 238-255, 2002.

KARST, Kenneth L. The Supreme Court, 1976 Term – Foreword: Equal Citizenship Under Fourteenth Amendment. **Harvard Law Review**, vol. 91, n. 1, p. 57-59, 1977.

LAW, Sylvia A. Rethinking Sex and the Constitution. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadelfia, vol. 132, p. 132, 1984.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Julia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol.5, n.1, p. 334, jan./apr. 2018. Available at: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56328>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

MACHADO, Marta; MACIEL, Debora. The Battle Over Abortion Rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006. **Health and Human Rights Journal**. Boston, vol. 19, n. 1, Jun. 2, 2017. Available at: <<https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-battle-over-abortion-rights-in-brazils-state-arenas-1995-2006/>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. **Rivista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018. Available at: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60973/37524>>. Retrieved Oct. 25, 2019.

MACKINNON, Catharine. Abortion: On Public and Private. In: MACKINNON, Catharine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

MACKINNON, Catharine. Difference and dominance: on sex discrimination. In: MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987

MACKINNON, Catharine. Reflections on Sex Equality Under Law. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 100, n. 4, p. 1282, 1991.

MOREIRA, Adilson José. Discourses of Citizenship in American and Brazilian Affirmative Action Court Decisions. **American Journal of Comparative Law**, [s.l.], vol. 64, n. 2, p. 492, 2016.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, vol.16, n.2, p. 305-332, may/aug. 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 33, n. 131, jul./sep. 1996.

SABAPELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Constitucionalidade, moralidade e tratamento penal do aborto. In: SARLET, Ingo; LEITE, George Salomão. (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. 1ed. São Paulo: Método, 2008. p. 325-34.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIEGEL, Reva B. Reasoning from the body: a historical perspective on abortion regulation and questions of equal protection. **Stanford Law Review**, Palo Alto, vol. 44, n.2, p. 261-382, jan. 1992.

SIEGEL, Reva B. Sex equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression. **Emory Law Journal**, vol. 56, n. 4, p. 815-842, 2007.

SIEGEL, Neil S.; SIEGEL, Reva B. Equality Arguments for Abortion Rights. **UCLA Law Review Dis-course**, [s.l.], vol. 160, n. 60, p. 160-170, 2013.

SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo. Introducción. In: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo; VAGGIONE, Juan Marcos. **El aborto em América Latina**. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SLAUGHTER, M.M. The legal construction of "Mother". In: FINEMAN, Martha; KARPIN, Isabel (Orgs.) **Mothers in law: Feminist theory and the legal regulation of motherhood**. Nova York: Columbia University Press, 1995.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2. ed. [s.l.]: Foundation Press, 1988.

Autorização para uso de medicamentos com princípios ativos proscritos no Brasil

Authorization for use of medicines with forbidden principles in Brazil

EMERSON GABARDO ^{I, II,*}

^I Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

^{II} Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

emerson.gabardo@pucpr.br

<http://orcid.org/0000-0002-1798-526X>

RODRIGO MACIEL CABRAL ^{I, **}

^I Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

rmacielcabral@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0003-1837-6121>

Received/Received: 09.09.2020 / September 9th, 2020

Aprovado/Approved: 29.10.2020 / October 29th, 2020

Resumo

O trabalho visa à análise da possibilidade de se obter autorização para uso de medicamentos que possuem como princípio ativo substâncias proscritas no Brasil. Por meio de pesquisa em material bibliográfico interdisciplinar, legislação e julgados, esta análise abrange desde a evolução histórica do uso medicinal de substâncias proibidas até mesmo proposta concreta para que se possa utilizar tais medicamentos apesar da atual proibição com

Abstract

The study aims to analyze the possibility of obtaining authorization for use of drugs that have as active principle banned substances in Brazil. Through a methodology of research in interdisciplinary bibliographic material, legislation and judgments, this study covers from the historical evolution of medicinal use of forbidden substances to even a concrete proposal for use of those drugs, despite of the actual prohibition with criminal reprimand. We begin to revisit

Como citar esse artigo/How to cite this article: GABARDO, Emerson; CABRAL, Rodrigo Maciel. Autorização para uso de medicamentos com princípios ativos proscritos no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 473-515, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.76339.

* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law – EUA (2012-2013). Em 2020 foi Professor Visitante Sênior na Universidade da Califórnia – UCI (EUA). E-mail: e.gab@uol.com.br.

** Pós-graduando em Licitações e Contratos Administrativos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano - NUPED/ PUCPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. E-mail: rmacielcabral@gmail.com.

reprimenda criminal. Começa-se a revisitar tais proibições de substratos e reconhecer a possibilidade de utilização de novos medicamentos, como ocorreu com o canabidiol: a substância anteriormente de uso proibido, hoje já foi retirada deste rol, com a criação de procedimento administrativo para sua importação por intermédio de análise da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Assim, analisa-se a concessão destes medicamentos pela via administrativa, pelo enfoque legislativo e também judicial. No caso em questão, analisa-se igualmente a proposta de critérios formulada no julgamento da Repercussão Geral nº 500, para medicamentos sem registro da ANVISA. A concessão de autorização deve observar à comprovação da necessidade do tratamento e a constatação da eficácia do medicamento, objetivando a consolidação do direito fundamental à saúde e à vida sob uma perspectiva não tradicional, para pacientes que precisam dos medicamentos com princípios ativos proibidos no Brasil.

Palavras-chave: medicamentos; direito à saúde; ANVISA; substâncias proibidas; canabidiol.

such prohibitions of substrates and recognize the possibility of using new drugs, as occurred with cannabidiol: this substance previously prohibited, has already been removed from that list, and it was also created an administrative procedure for its importation through analysis by the National Sanitary Surveillance Agency (ANVISA). Thus, it's necessary to analyze the concession of these drugs by administrative way, legislative and also judicial approach. It's also necessary to analyze the criteria proposal made for judgement of the General Repercussion Thesis n. 500, for medicines without ANVISA's registration. The granting of authorization must comply proof of need for treatment and the confirmation of drug effectiveness, aiming to consolidate the fundamental right to health and life from a non-traditional perspective, for patients who need these drugs with forbidden active principles in Brazil.

Keywords: medicines; right to health; ANVISA; forbidden substances; cannabidiol.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A possibilidade e a necessidade de uso de substâncias proscritas: tratamentos alternativos na garantia do Direito à saúde e à vida; **3.** Critérios para concessão de medicamentos sem registro na ANVISA; **4.** A utilização de fármacos com substâncias proibidas: regulamentação e judicialização; **5.** Conclusões; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

A concessão de medicamentos pela via judicial é um fenômeno crescente no Brasil desde que consolidado o modelo de Estado social instituído pela Constituição de 1988. Por consequência, os desdobramentos do tema têm repercutido na doutrina e na jurisprudência. Conforme os últimos levantamentos realizados pela Organização Mundial da Saúde, em 2014 o Brasil teve um gasto total com saúde que representa apenas 8,3% do Produto Interno Bruto.¹ Estes dados representam 6,8% do orçamento público do governo federal, um índice muito abaixo da média mundial, que é de 11,7% do orçamento.² Em que pese, inicialmente, parecer uma grande quantidade de recursos, é certo que o colapso organizacional do sistema de saúde brasileiro gera cada vez mais imposições judiciais para o fornecimento de fármacos. Afinal, a quantia orçamentária

¹ OMS. **Dados estatísticos sobre o Brasil.** Disponível em: <http://www.who.int/countries/bra/es/>. Acesso em: 28.09.2018.

² CHADE, Jamil. **Orçamento para saúde no Brasil fica abaixo da média mundial, diz OMS.** Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral/orcamento-para-saude-no-brasil-fica-abixo-da-media-mundial,70001788024>. Acesso em: 28.09.2018.

prevista não atende a totalidade da demanda da população, principalmente quando se está perante medicamentos de alto custo.³

Os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais foram construções históricas, fundados por embates entre movimentos da sociedade civil que pleiteavam melhores condições e, de outro lado, o poder dominante do Estado.⁴ Ao consagrar extenso rol de direitos fundamentais, a Constituição de 1988 fixou uma gama de princípios e direitos prestacionais, os quais firmam um Estado social de Direito em sentido material.⁵ Assim, a judicialização dos direitos sociais não passa a ser mera expectativa ou elemento estranho à justiça brasileira, tratando-se de fenômeno crescente, como forma de concretizar as demandas sociais. Gize-se que os serviços públicos estão vinculados ao preenchimento de direitos fundamentais e,⁶ especificamente no tocante ao direito à saúde, ao tratar-se de direito social que exige uma prestação positiva por parte do Estado, ainda que não existente lei regulamentadora, poderá ser postulado judicialmente, mesmo que desborde do mínimo existencial, e sem que seja necessária impetração de mandado de injunção.⁷ Por um lado, a Constituição de 1988 criou um sistema único de saúde, interfederativo e que abrange todo o território nacional; por outro, ainda experimenta-se graves problemas de gestão deste sistema.⁸

Os dados do relatório “Justiça em números 2017” demonstraram que somente no ano de 2016 os pedidos de fornecimento de medicamentos pelo SUS alcançaram o montante de 312.147 processos, um aumento de 56% em relação ao ano anterior, que contabilizou 200.090 pedidos de fármacos.⁹ Tamanho é o impacto da concessão pela via judicial que, exclusivamente em 2015, os vinte medicamentos mais demandados

³ FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁴ GIMENEZ, Charlise de Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. Dos Direitos Humanos e dos Conflitos na Sociedade Líquida pós-moderna. **Nomos – Revista do Programa de pós-graduação da UFC**, Fortaleza, v. 37.2, jul./dez. 2017, p. 271.

⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional brasileiro**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

⁶ PAIVA, Leonardo Lindroth de; LEINDORF, Cecilia de Aguiar. O usuário do serviço Público como consumidor: visões do direito administrativo e do consumidor e sua atual aplicação. In: BETTES, Janaína Maria; DE PAIVA, Leonardo Lindroth; Lucimara Deretti (Coord.). **Temas de Desenvolvimento e Socioambientalismo**. Curitiba: CRV, 2016. P. 167

⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação. Curitiba, 2014. p. 153.

⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos constitucionais de seguridade social no Brasil: uma abordagem orientada por direitos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan./ mar. 2017. P. 211

⁹ OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE. *Relatório de acompanhamento de políticas*. Disponível em <http://www.analisepoliticaemsauder.org/oaps/matriz/analises/2/>. Acesso em: 04.09.2018

fizeram com que a União despendesse R\$ 959.785.237,40 para cobrir o fornecimento.¹⁰ Note-se que este dado somente revela os custos da União com as condenações judiciais. Ainda há de se considerar que Estados e Municípios também podem ser condenados judicialmente ao fornecimento de medicamentos.

Sob outro viés, revela-se ainda mais patente a desorganização de finanças dos entes federativos, tendo em vista que a priorização de determinados gastos – que não englobam direitos fundamentais, ou sequer o mínimo existencial – distanciam a Administração Pública do cumprimento espontâneo das demandas relativas ao direito fundamental à saúde. A título ilustrativo, cabe a consideração de que parte das condenações supramencionadas da União poderia muito bem ser coberta com um corte de gastos em outros setores não relevantes, tais como: o valor pago por aquele ente federativo em auxílio-moradia, que alcançou o montante de R\$ 817 milhões em 2017;¹¹ ou ainda os valores utilizados para pagamento dos gastos em cartões corporativos, os quais implicaram, por exemplo, gastos de R\$ 2.414.816,71 em um único cartão vinculado à Presidência da República, no período de janeiro a março de 2019.¹² Apesar de existir um conjunto significativo de comandos constitucionais para que seja realizado um adequado planejamento das escolhas públicas, o Brasil ainda carece de uma atuação sistemática e eficiente na matéria.¹³ Pior que isso, muitas vezes as escolhas públicas são tomadas com base em preocupações muito afastadas do modelo de Estado social, sendo determinadas por um sistema econômico voltado aos interesses das elites dominantes, das corporações, e dos detentores do capital supranacional. Para estes grupos, sempre serão as despesas com educação, saúde e previdência as vilãs do orçamento.¹⁴ Apesar do Brasil estar entre as dez maiores economias do mundo e possuir um produto interno bruto muito significativo, não consegue sair da lista global dos países mais desiguais. Olvida-se da proteção dos direitos fundamentais, aos quais a Constituição exige

¹⁰ AGU. **Judicialização da saúde no Brasil:** Principais Projetos Desenvolvidos pela Coordenação de Assuntos Judiciais. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL%20Principais%20Projetos%20Desenvolvidos%20pela%20Coordenacao%20de%20Assuntos%20Judiciais.pdf>. Acesso em: 10.09.2018.

¹¹ TRUFFI, Renan; CARDOSO, Daiene. **Auxílio-moradia custa R\$ 817 mi à União.** Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,auxilio-moradia-custa-r-817-mi-a-uniao,70002176117>. Acesso em: 28.09.2018.

¹² PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Detalhamento dos gastos por meio de cartão de pagamento.** Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/cartoes/consulta?ordenarPor=valorTotal&direcao=desc>. Acesso em: 20.05.2019.

¹³ VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018.

¹⁴ Prova disso é a absurda Emenda Constitucional 95/2016. Sobre o assunto, ver: MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

respeito por parte dos agentes públicos em geral, devendo ser igualmente respeitados no âmbito das relações privadas, entre particulares.¹⁵

De todo modo, voltando ao problema estrutural, na globalidade destas demandas, o Judiciário aprecia desde casos de medicamentos já fornecidos pelo SUS,¹⁶ até medicamentos de alto custo para portadores de doenças graves que não possuem condições financeiras, conforme reconhecida tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.¹⁷ Não distante desta situação, encontra-se na jurisprudência casos de concessão de medicamentos que não possuem registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pelo que o Supremo Tribunal Federal fixou parâmetros para determinar que seja possível, pela via judicial, haver determinação para que a Administração Pública os forneça. Estes patamares que estão contidos no voto do Ministro Luis Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (Repercussão Geral nº 500), envolvem critérios de existência de solicitação de registro na ANVISA, assim como análise da eficácia do tratamento pleiteado, dentre outros.

Ainda dentro deste universo de medicamentos que não possuem registro, há alguns demandados que inclusive possuem princípio ativo proibido no país, como é o caso de medicamentos à base de opioides e até mesmo substratos provenientes de cogumelos alucinógenos. O rol de substâncias e medicamentos que estão sujeitos a um regime de controle especial no Brasil é regulamentado pela Portaria nº 344/1998 do Ministério da Saúde, na qual também constam as substâncias de uso proscrito (Lista F).

O manejo (*lato sensu*) destas substâncias contidas na lista F ensejam a aplicação das penas previstas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, com pena de reclusão de até 15 anos.¹⁸ Entretanto, tais proibições vêm sendo revistas diante da possibilidade do uso

¹⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, jul./dez. 2018, p. 201; DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016.

¹⁶ TRF4, AC/RN 2009.70.03.001191-1, 3^a Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D. E. 07/01/2010;

¹⁷ STF. Tema de Repercussão Geral nº 6 – RE 566471. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 20.05.2019.

¹⁸ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semead, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse,

controlado para fins medicinais, como é o exemplo do canabidiol que foi retirado do rol de substâncias proscritas e apresenta utilidade em diversos distúrbios neuropsiquiátricos.¹⁹ Atualmente, levanta-se a discussão acerca da liberação total de outro princípio ativo da maconha, o tetraidrocannabinol (THC), eis que demonstrada a possibilidade de utilização para vários tratamentos, desde aliviar os sintomas da quimioterapia até mesmo glaucoma, convulsões e espasmos em pacientes portadores de esclerose múltipla. De forma ainda mais recente, a ANVISA aprovou a Resolução de Diretoria Colegiada nº 325, de 3 de dezembro de 2019, a qual atualizou a lista de substâncias proibidas da Lista F da Portaria nº 344/1998, permitindo a venda de medicamentos à base de Cannabis Sativa em território nacional.

Neste sentido, o presente estudo volta-se para a análise da possibilidade de concessão de autorização para uso de medicamentos que possuem princípios ativos ilícitos constantes na Lista F da Portaria nº 344/1998 do Ministério da Saúde, em favor da dignidade da pessoa humana e proteção do direito à saúde e à vida.

2. A POSSIBILIDADE E A NECESSIDADE DE USO DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS: TRATAMENTOS ALTERNATIVOS NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA

Primeiramente, ressalte-se que o objetivo da pesquisa em questão não visa a discutir a liberação ou exclusão de qualquer princípio ativo do rol de substâncias proscritas na Portaria nº 344/98, mas sim analisar a possibilidade jurídica de utilização destas fórmulas em tratamentos médicos controlados, mesmo com a proibição decorrente daquela Portaria e da Lei nº 11.343/2006. No entorno desta questão criaram-se tabus, mitos e preconceitos, haja vista que em regra os medicamentos controlados constituem ou possuem relação com alguma substância entorpecente.

Após o fim da segunda Guerra Mundial, iniciou-se na Europa e nos Estados Unidos a edição de leis restringindo o uso de estupefacientes, pelo que o século XX acabou por proibir e estigmatizar drogas e drogados, considerando-os perigosos elementos que desagregam a sociedade.²⁰ Ao revés, a evolução histórica do desenvolvimento da produção de diversas substâncias consideradas “drogas” (proibidas no Brasil) muito tem a acrescentar para o tratamento ou amenização dos sintomas de doenças raras, em

administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas

¹⁹ BARROS, Daniel Martins de. **A liberação do Canabidiol.** Disponível em: <https://emais.estadao.com.br/blogs/daniel-martins-de-barros/a-liberacao-do-canabidiol/>. Acesso em: 10.09.2018.

²⁰ VIEIRA, João. **O homem e as drogas:** o penoso caminho do retrocesso. São Paulo: Letras& Letras, 1996. p. 58.

especial que atingem o sistema neurológico.²¹ Inclusive, há muito tempo já se desenvolve no campo das ciências biológicas pesquisas sobre o tema.

Sigmund Freud dedicou muitos de seus estudos aos efeitos fisiopatológicos do uso da cocaína, realizando diversos testes, essencialmente sobre o efeito anestésico que a droga possuía, levando em consideração a utilização dessa substância (de longa data) pelos povos que habitavam a região andina da América do Sul.²² Freud chegou a mencionar em seus escritos que a propriedade da cocaína no entorpecimento da pele e das mucosas com que entra em contato pode levar a outros usos desta substância principalmente para doenças das mucosas: "graças a essa propriedade anestésica, o uso da cocaína difundir-se-á em um próximo amanhã e outros usos que se originam do efeito anestésico da cocaína podem muito bem se desenvolver".²³ Karl Kölle, oftalmologista contemporâneo de Freud passou a acompanhar o trabalho desenvolvido pelo psiquiatra sobre o uso de cocaína como anestésico realizando pesquisas paralelas e, mais tarde, comunicou a descoberta da anestesia tópica do olho humano com o uso de uma solução à base de cocaína, no Congresso Oftalmológico de Heidelberg.²⁴ O estudo em questão foi o grande responsável pela descoberta da anestesia local, o que rendeu diversas homenagens e congratulações a Kölle.²⁵

Ressalte-se, neste sentido, as múltiplas funções que se pode extrair de uma mesma substância, inclusive possibilitando inúmeras descobertas no plano da ciência e do desenvolvimento para melhor atender o direito à saúde, não podendo se tratar do tema com resistência ou intolerância – ainda que seja realmente um tema sensível. De fato, vários princípios ativos possuem dois lados, podendo causar tanto um prejuízo à saúde quanto a sua promoção.

Atualmente, os opiáceos utilizados como fármacos contra a dor são de venda controlada no mercado, podendo-se citar como exemplo a codeína, a morfina, a hidrocodona, a oximorfona e o fentanil.²⁶ O Ópio consta na Lista A1, nº 72, da Portaria 344/1998, sendo constatado como substância entorpecente, podendo ser vendido

²¹ À título exemplificativo, veja-se: ESCLEROSE MÚLTIPLA. **Uso de derivados da Cannabis na Esclerose Múltipla.** Disponível em: <http://esclerosemultipla.com.br/2015/06/24/uso-de-derivados-da-cannabis-na-esclerose-multipla/>. Acesso em: 12.10.2018.

²² REIS JUNIOR, Almiro dos. Sigmund Freud (1856-1939) e Karl Kölle (1857-1944) e a Descoberta da Anestesia Local. **Revista Brasileira de Anestesiologia.** v. 59, n. 2, mar.-abr., 2009, p. 245.

²³ REIS JUNIOR, Almiro dos. **Sigmund Freud...**, p. 245

²⁴ FRANÇA, Valenio Pérez. O namoro de Freud e a descoberta da anestesia tópica. **Revista Médica de Minas Gerais.** v. 20, n. 1, jan./mar., 2010, p. 134-135.

²⁵ REIS JUNIOR, Almiro dos. **Sigmund Freud...**, p. 251.

²⁶ ONCOGUIA. **Medicamentos analgésicos Opioides.** Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/contendo/analgesicos-opioides/7674/902/>. Acesso em: 29.09.2018.

com controle. No entanto, os medicamentos na forma líquida ou em xarope pediátrico são proibidos.²⁷

Em relação a outra droga, percebe-se larga e crescente discussão acerca do uso da *Cannabis Sativa*, seja para fins medicinais, seja para fins recreativos. Os primeiros registros do uso desta planta remontam ao ano de 2723 antes de Cristo, quando a Cannabis foi mencionada na Farmacopeia Chinesa. Posteriormente difundindo-se para Índia, Oriente Médio e chegando à Europa do final do século XVIII e início do século XIX, a planta era utilizada por suas propriedades têxteis e medicinais.²⁸ Outros dados demonstram registros que datam de 2737 a.c., época na qual o imperador chinês Shen-Neng prescrevia chá de maconha para tratamento de gota, malária, reumatismo e até memória fraca.

No ano de 1839, o médico britânico William O'Shaughnessy conseguiu utilizar uma tintura canábica para fazer com que uma criança parasse de ter convulsões, surgiendo portanto a propriedade anticonvulsivante da planta, o que fez o uso medicinal difundir na Europa.²⁹ Já no início do século XX, a planta começou a ser vista de forma preconceituosa por uma elite social, subjugando o uso da Cannabis por conta das minorias sociais que a utilizavam na época, difundindo então a ideia de que a maconha era um mal a ser combatido.³⁰

Em 1961 tem-se um marco de combate às drogas com o advento da Convenção Única sobre Entorpecentes da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário por meio da ratificação da Convenção pelo Decreto nº 54.216/1964. Esse documento tem por objetivo o combate ao abuso das drogas, por meio da cooperação internacional e "limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivas para uso médico e científico"³¹ o que, por outro lado, fez com que o uso medicinal da maconha fosse suprimido.³²

²⁷ Adendo da Lista A1, da Portaria nº 344/1998 do ministério da Saúde: "3.preparações a base de ÓPIO contendo não mais que 50 miligramas de ÓPIO (contém 5 miligramas de morfina anidra), ficam sujeitas a VENDA SOB PRESCRIÇÃO MÉDICA SEM A RETENÇÃO DE RECEITA; 4.fica proibida a comercialização e manipulação de todos os medicamentos que contenham ÓPIO e seus derivados sintéticos e CLORIDRATO DE DIFENOXILATO e suas associações, nas formas farmacêuticas líquidas ou em xarope para uso pediátrico (Portaria SVS/MS nº.106 de 14 de setembro de 1994 ? DOU 19/9/94)".

²⁸ CENPRE. **Histórico da Maconha**. Disponível em: <http://www.cenpre.furg.br/drogas?id=62>. Acesso em: 29.09.2018.

²⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL - AMA+ME. **Conheça a história da Cannabis Medicinal**. Disponível em: <https://amame.org.br/historia-da-cannabis-medicinal/>. Acesso em: 29.09.2018.

³⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL - AMA+ME.

³¹ UNODC. **Drogas**: Marco Legal. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 29.09.2018.

³² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL - AMA+ME.

A Convenção em si não determina que os países signatários proíbam o cultivo de plantas como a *Cannabis Sativa*, *Erythroxylum coca* (folha de coca) ou ainda a *Papaver somniferum* (planta dormideira, uma espécie de papoula utilizada para produzir o ópio), mas estabelece uma série de medidas fiscalizatórias a serem tomadas pelos países que autorizam a produção destas plantas.³³

Neste sentido, observa-se que a utilização da *Cannabis* teve desde o início a propositura de um uso para fins medicinais, inclusive com grande avanço desde a descoberta de seu efeito anticonvulsivo. O caráter medicinal dos princípios ativos contidos nessa planta é amplamente comprovado: o tetraidrocanabinol (THC) possui efeito anti-inflamatório, analgésico, sedativo, estimulante, redutor da pressão intraocular; enquanto o canabidiol é utilizado para combater convulsões e epilepsia.³⁴

O desenvolvimento do uso terapêutico do canabidiol foi tão importante no âmbito científico biológico que em 14 de janeiro de 2015 a substância foi retirada do rol de substâncias proibidas pela ANVISA, colocando-o na lista de substâncias controladas,³⁵ enquanto o Tetraidrocanabinol continua a constar na Lista F-2, nº 28, da Portaria nº 144/1998. Neste sentido, é relevante ressaltar que a referida Portaria regulamenta a possibilidade de pessoas jurídicas manipularem (*latu sensu*) tais substâncias em seus artigos 2º a 10, no entanto, exclui-se de tal possibilidade os medicamentos e substâncias proscritos por essa normativa,³⁶ que é o caso do THC.

³³ Estabelece o artigo 23 do Decreto nº 54.216/1964: "1. A parte que permitir o cultivo da dormideira para produção de ópio criará, se ainda não o fêz, e manterá um ou mais organismos oficiais (designados daqui por diante neste artigo pelo termo "organismo") para desempenho das funções estipuladas no presente artigo. 2. A parte em questão aplicará ao cultivo da dormideira para produção do ópio e ao ópio as seguintes disposições: a) o organismo designará as áreas e as porções de terreno que se permitirá o cultivo da dormideira para produção do ópio; b) só poderão dedicar-se ao referido cultivo os plantadores que possuam uma licença que expedida pelo organismo; c) Cada licença especificará a extensão do terreno em que é autorizado o cultivo; d) Os plantadores de dormideira serão obrigados a entregar a totalidade de suas colheitas de ópio ao organismo. Este comprará e tomará posse material das referidas colheitas, o mais depressa possível, o mais tardar quatro meses após a sua terminação. e) Com relação ao ópio caberá ao organismo, com exclusividade, o direito de importar, exportar, comerciar por atacado e manter os estoques que não se achem em poder dos fabricantes de alcalóides do ópio, de ópio medicinal e preparados do ópio. Não é necessário que as partes estendam esse direito exclusivo ao ópio medicinal e aos preparados à base de ópio. 3. As funções administrativas a que se refere o parágrafo 2, serão desempenhadas por único organismo oficial se a Constituição da Parte interessada assim o permitir."

³⁴ SENADO FEDERAL. **Neurocientista aponta propriedades medicinais da maconha**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/08/25/neurocientista-aponta-propriedades-medicinais-da-maconha>. Acesso em: 29.09.2018.

³⁵ UNASUS. **Anvisa retira canabidiol, derivado da maconha, de lista de substâncias proscritas**. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/anvisa-tira-canabidiol-derivado-da-maconha-da-lista-de-substancias-proibidas>. Acesso em: 29.09.2018.

³⁶ "Art. 4º Ficam proibidas a produção, fabricação, importação, exportação, comércio e uso de substâncias e medicamentos proscritos. Parágrafo único. Excetuam-se da proibição de que trata o caput deste artigo, as atividades exercidas por Órgãos e Instituições autorizados pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde com a estrita finalidade de desenvolver pesquisas e trabalhos médicos e científicos."

Entretanto, em dezembro de 2019, com a aprovação da RDC nº 325, a ANVISA passou a permitir a venda de medicamentos que contém Canabidiol e Tetrahidrocannabinol, em concentração máxima de 30 miligramas de cada um dos princípios ativos, de forma controlada.³⁷ A normativa que entra em vigor em 90 dias a contar da publicação demonstra, desde logo, um resgate do tema e avanços no âmbito da regulação de medicamentos. O fato em questão é um marco importante para a discussão sobre os fármacos com princípios ativos proibidos, tendo em vista que há possibilidade de revisão do uso de tais substâncias a fim de torná-las mais acessíveis pelo uso controlado medicamentoso, regulamentando as doses corretas sem a necessidade de liberar o uso da substância de forma geral, inclusive para fins recreativos.

Conforme mencionado, a Convenção de 1961 sobre entorpecentes não proibiu a produção destas plantas milenarmente conhecidas por seu uso medicinal, mas apenas delimitou a atuação estatal de modo que o país signatário dessa Convenção que optasse pela liberação da produção regulasse a matéria. A opção por inserir essas fórmulas no rol de proibições foi uma escolha legislativa do Estado brasileiro, não havendo proibição vinculante no âmbito internacional.

Ao contrário, a possibilidade de rever as vedações provenientes de uma política criminal repressiva é uma tendência mundial.³⁸ A liberação, todavia, não deve ser feita de forma aleatória. Devem ser estabelecidos critérios expressos, claros e congruentes. Nos Estados Unidos da América, a empresa britânica GW Pharmaceuticals é a primeira a receber autorização para comercializar um tratamento derivado de cannabis para graves casos de epilepsia infantil, alcançando uma projeção de vendas no patamar de aproximados R\$ 4,5 bilhões por ano.³⁹

No Brasil, a proposta feita pelo Ministro Luis Roberto Barroso (conforme demonstrar-se-á adiante) e recentemente aprovada pelo Supremo Tribunal Federal para concessão de fármacos sem registro na ANVISA deve-se pautar, inclusive, na comprovação da eficácia do medicamento por meio de seu registro em outras renomadas agências reguladoras fora do Brasil.⁴⁰ As pesquisas globais nesta seara estão avançando em proporções geométricas. No entanto, ao passo que o desenvolvimento global da

³⁷ A RDC nº 325 assim prevê: "excetuam-se dos controles referentes a esta lista os medicamentos registrados na Anvisa que possuam em sua formulação derivados de Cannabis sativa, em concentração de no máximo 30 mg de tetrahidrocannabinol (THC) por mililitro e 30 mg de canabidiol por mililitro, desde que sejam atendidas as exigências desta Resolução."

³⁸ Por exemplo, mencione-se: UFJF. **Pesquisadores defendem uso medicinal de derivados da maconha.** Disponível em: <https://www2.ufjf.br/noticias/2018/02/24/pesquisadores-defendem-uso-medicinal-de-derivados-de-maconha/>. Acesso em: 30.09.2018.

³⁹ EL PAÍS. **EUA autorizam o primeiro medicamento feito a partir de maconha.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/25/actualidad/1529952375_014000.html. Acesso em: 30.09.2018.

⁴⁰ STF. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 12.03.2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro -Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf> Acesso em: 30.09.2018.

pesquisa sobre estes princípios ativos proibidos parece consolidar-se cada vez mais a fim de alcançar novas alternativas para proteção da saúde, no Brasil desenvolve um cenário instável e antagônico. A recente Lei nº 13.840, publicada em 05 de junho de 2019, traz em seu texto além de programa para readaptação do usuário de drogas, novas políticas de combate ao uso de entorpecentes de modo a enrijecer a já existente, instituindo inclusive a modalidade de internação involuntária.⁴¹ Diretrizes como estas, já aprovadas pelo Congresso Nacional, novamente trazem as drogas como um problema social, não como possível alternativa aos tratamentos de saúde obsoletos para muitos pacientes. O retrocesso é evidente e caminha em sentido oposto aos avanços civilizatórios racionais inerentes ao desenvolvimento da ciência.

Por outro lado, apartando-se do Legislativo e Executivo nacionais contemporâneos, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem apresentado desenvolvimento maior sobre o tema, desde o aumento dos pedidos de importação do canabidiol até a recente consulta pública sobre e a possibilidade de liberação do plantio da *Cannabis Sativa* para uso medicinal.⁴² Desta forma, resta fortalecida a ideia de serem retomadas as pesquisas, bem como de redeliberação sobre as proibições provenientes da atual política criminal de drogas no Brasil. É altamente desejável, a partir de uma hermenêutica de concretização do Estado Social estabelecido na Constituição de 1988, ser construído um caminho mais acessível aos tratamentos alternativos com uso de substâncias proscritas. Neste cenário é que se insere a RDC 325, por meio da qual a ANVISA reconheceu a existência de finalidades medicamentosas de substância proibida, permitindo a venda de medicamentos a base de THC, afastando-se o plantio de maconha.⁴³

Neste sentido, observa-se que o tema dos medicamentos com princípios ativos proibidos vem tomando grande repercussão no âmbito nacional. Em 2014, a Superintendente interessante lançou seu primeiro curta-metragem, denominado “Illegal”, abordando a luta

⁴¹ “Art. 23-A. O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam: [...] § 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas; II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnaf, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.”

⁴² ANVISA. **Notícias sobre regulação.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias13?tagsName=canabidiol>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

⁴³ “Por três votos a um, a proposta que previa autorizar o cultivo de maconha pelas empresas produtoras dos medicamentos à base de cannabis foi rejeitada. O relator Willian Dib, diretor-presidente da Anvisa, foi o único a votar a favor.” In: EXAME. **Anvisa regulamenta medicamentos à base de maconha, mas rejeita cultivo.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/anvisa-aprova-regulamentacao-de-medicamentos-a-base-de-maconha/>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

de pacientes pela legalização da maconha medicinal no Brasil.⁴⁴ A inspiração para desenvolvimento do documentário foi a história de Katiele Bortoli Fischer, que buscava a importação de canabidiol para sua filha Anny (5 anos), que possui uma síndrome que desencadeia um tipo grave e sem cura de epilepsia, tendo diversas crises de convulsões (até 80 por semana). A dificuldade enfrentada pela família na burocracia para importação do fármaco volta-se ainda ao combate do preconceito e desinformação sobre o uso de remédios à base de Cannabis.

No documentário, demonstra-se a seriedade do acompanhamento médico que indica a inexistência de outro tratamento eficaz para casos como o de Anny e a dificuldade de obter um tratamento como este, haja vista que até então o médico que prescrevesse medicamento à base de maconha poderia perder seu registro no Conselho Federal de Medicina. Outro aspecto relevante do documentário envolve a busca pela liberação da substância pela via legislativa: as mães de pacientes que necessitavam utilizar tais fármacos foram até Brasília a fim de conquistar a liberação apenas para fins medicinais por meio de Lei, entretanto a inércia dos deputados, o preconceito, ou ainda diferenças de interesse obstaram a conquista por intermédio da Câmara de Deputados.⁴⁵

A situação demonstrada no curta-metragem inspirou ainda o “Repense”,⁴⁶ uma campanha para incentivar o debate e as reflexões sobre o uso medicinal da maconha no Brasil.⁴⁷ Ainda conforme demonstrado no documentário, houve a mobilização de várias famílias que sofriam com casos parecidos com o de Anny em passeatas e manifestações sobre o uso medicinal da “droga”, abrangendo cada vez mais tratamentos não só à base de canabidiol, mas também do outro princípio ativo extraído da planta, o tetraidrocanabinol.⁴⁸

Todo esse aparelhamento e estudo sobre o uso medicinal da Cannabis fez com que a ANVISA anunciasse no 4º Simpósio Internacional da Cannabis Medicinal a aprovação da reclassificação do canabidiol (CBD), retirando-o da lista de substâncias proscritas (F1) para a lista C1, que permite a prescrição médica com receita normal em duas

⁴⁴ SUPERINTERESSANTE. **Ilegal**. 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=6PPUY69_4Csc. Acesso em: 12.10.2018.

⁴⁵ Observa-se no documentário que alguns parlamentares afirmaram ser possível a distinção e liberação do canabidiol apenas para fins medicinais, enquanto outros pretendiam a liberação da Cannabis, afirmando não ser possível tal separação.

⁴⁶ SUPERINTERESSANTE. **Ilegal**: primeiro filme da SUPER mostra a luta de pacientes pela legalização da maconha medicinal no Brasil. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/superblog/illegal-primeiro-filme-da-super-mostra-a-luta-de-pacientes-pela-legalizacao-da-maconha-medicinal-no-brasil/>. Acesso em: 12.10.2018.

⁴⁷ CATARSE. **Repense**: campanha de conscientização sobre a maconha medicinal. Disponível em: <https://www.catarse.me/repense>. Acesso em: 12.10.2018.

⁴⁸ O curta-metragem traz vários exemplos do uso do THC, inclusive para diminuição da dor de pacientes com esclerose e também para diminuir os efeitos da quimioterapia.

vias.⁴⁹ Diante deste cenário, em 2015 a substância foi efetivamente retirada do rol de substâncias proscritas, a fim de facilitar o uso do CBD para tratamentos.⁵⁰ A ANVISA elaborou um procedimento administrativo para facilitação da solicitação de importação de canabinóides. O Procedimento foi criado pela Resolução de Diretoria Colegiada nº 17 de 6 de maio de 2015, consistindo nas seguintes etapas para importação de canabinóides: consulta médica e prescrição, cadastramento de pacientes na ANVISA, análise do pedido, autorização para importação, aquisição e importação do produto e, por último, fiscalização e liberação na importação pela ANVISA.⁵¹ No entanto, há de se ressaltar dois pontos em relação ao procedimento administrativo:⁵² o primeiro deles é de que a RDC não prevê prazo para finalização do processo, ou seja, o particular fica à mercê da apreciação da Agência Reguladora, podendo se estender mais do que a saúde do paciente permite; ainda, a própria RDC prevê a possibilidade de concessão para autorização, por prazo máximo de 1 ano, ainda em caráter de excepcionalidade, conforme seu artigo 12.⁵³

A discussão toda se volta para proteção do direito à saúde sob a óptica de substâncias primariamente dispensadas ou mal vistas, porém com grande potencial de amenização de sintomas, senão até a cura. Não parece razoável supor que tais substâncias devem ser extirpadas em todos os âmbitos, inclusive na medicina, simplesmente por estarem previstas na lista F da Portaria nº 344/1998. Ademais, no início de 2017, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária registrou o medicamento Mevatyl®, o primeiro do país à base de *Cannabis Sativa* (princípios ativos: tetraidrocannabinol e canabidiol), cujo propósito é tratar espasticidade de pacientes portadores de Esclerose Múltipla.⁵⁴ Portanto, reconhecendo a necessidade do tratamento, este registro é um marco importante no tema das substâncias proscritas, haja vista que um dos princípios ativos deste medicamento (tetraidrocannabinol) ainda consta como substância de uso proscrito na Portaria nº 344/1998 do Ministério da Saúde.

⁴⁹ ARAÚJO, Tarsó. **Agora é Oficial:** ANVISA vai liberar a prescrição de CBD. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/psicoativo/agora-e-oficial-anvisa-vai-liberar-a-prescricao-de-cbd/>. Acesso em: 12.10.2018.

⁵⁰ CALZOLARI, Izabella. **Anvisa decide retirar o canabidiol da lista de substâncias de uso proibido.** Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/01/anvisa-decide-retirar-o-canabidiol-da-lista-de-subs-tancias-de-uso-proibido.html>. Acesso em: 12.10.2018.

⁵¹ ANVISA. **Orientações sobre importação de canabidiol.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/importacao-de-canabidiol>. Acesso em: 12.10.2018.

⁵² Note-se que a disposição regulamentar é aqui tratada como um avanço significativo para o tema, mas que ainda apresenta falhas em decorrência da necessidade de uma estrutura sólida e organizada para alcançar um patamar ótimo de desenvolvimento.

⁵³ “Art. 12 Somente após a aprovação do cadastro, o interessado poderá realizar as importações do produto à base de Canabidiol, em associação com outros canabinóides, dentre eles o THC, constante do Anexo I desta Resolução, em caráter de excepcionalidade, pelo período de 1 (um) ano.”

⁵⁴ ANVISA. **Registrado primeiro medicamento à base de Cannabis Sativa.** Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FBu/content/agencia-aprova-primeiro-remedio-a-base-de-cannabis-sativa/219201. Acesso em: 02.06.2018.

O uso dos princípios ativos da planta para tratamentos médicos é cada vez mais crescente: pacientes com Epilepsia, Síndrome de Parkinson, Microcefalia e diversas outras doenças buscam diariamente para conseguir autorização e fazer uso da planta *in natura* ou de seus medicamentos derivados.⁵⁵ Especificamente em relação à molécula que é proibida no Brasil (THC), há comprovação de sua eficácia como recurso terapêutico para a redução das náuseas, vômitos e dor para pacientes que estão se submetendo a sessões de quimioterapia para cura do câncer, especialmente aqueles que não respondem aos antieméticos normais.⁵⁶ A inclusão da *Cannabis* medicinal para pacientes inscritos no programa de medicina paliativa demonstrou que há melhora nos sintomas decorrentes do tratamento oncológico tais como cansaço, sonolência, depressão, náusea, apetite e até ansiedade.⁵⁷

Cite-se alguns remédios que possuem THC e eficácia comprovada fora do Brasil, bem como sua indicação: Marinol (Dronabinol, THC sintético), aprovado nos EUA para amenizar perda de apetite associada ao HIV e também para os sintomas reflexos da quimioterapia; CESAMET (Nabilona, canabinóide sintético semelhante ao THC), liberado nos EUA, Canadá, Reino Unido e México para combater os sintomas da quimioterapia, também para anorexia e perda de peso de pacientes com HIV e atua como analgésico para dores neuropáticas para pacientes com fibromialgia e esclerose múltipla; SATIVEX (THC e CBD provenientes do extrato de *Cannabis Sativa*), aprovado no Canadá, Reino Unido e Espanha, com a finalidade de tratamento de esclerose múltipla e glaucoma; BEDROCAN (THC e CBD), criado na Holanda – variando os percentuais dos princípios ativos pode ser utilizado para tratamento de convulsões e glaucoma.⁵⁸

A utilização de um princípio ativo proibido como o tetraidrocanabinol pode impactar significativamente no tratamento de diversas doenças, razão pela qual tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário devem observar tais terapias alternativas buscando proteger efetivamente o direito à saúde do cidadão. A possibilidade da Administração Pública conceder autorização para importação desses medicamentos consubstancia-se no fato de que já o fazia com o canabidiol antes desta substância ser liberada, bem como no fato de já ter registrado medicamento com princípio ativo proibido, conforme demonstrado. Posteriormente, a RDC 325 justamente autoriza a venda

⁵⁵ ALAGOAS 24 HORAS. **Remédio à base de maconha ajuda no tratamento de doenças neurológicas.** Disponível em: <http://www.alagoas24horas.com.br/1147351/remedio-base-de-maconha-ajuda-tratamento-de-doencas-neurologicas/>. Acesso em: 12.10.2018.

⁵⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL - AMA+ME. **Suporte à quimioterapia potencial terapêutico.** Disponível em: <https://amame.org.br/cannabis/suporte-a-quimioterapia/>. Acesso em: 12.10.2018.

⁵⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL - AMA+ME. Suporte à quimioterapia... Acesso em: 12.10.2018.

⁵⁸ GAUCHAZH. **Conheça os remédios que contam com substâncias advindas da maconha.** Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2014/05/Conheca-os-remedios-que-contam-com-substancias-advindas-da-maconha-4503256.html>. Acesso em: 12.10.2018.

de medicamentos com CDB e THC de forma controlada, de modo a corroborar com tal tese e demonstrar a possibilidade de se ter uma regulamentação administrativa mais efetiva.

Em que pese a discussão voltar-se até o momento sobre os derivados da *Cannabis*, não se exclui a possibilidade de utilização de outras substâncias proscritas para fins medicinais, tais como: Etretinato (derivado da vitamina A) medicamento desenvolvido pela empresa Hoffman-La Roche e aprovado nos EUA desde 1986,⁵⁹ para o tratamento de psoríase grave;⁶⁰ fármacos com opioides, tais como Fentanil (Actiq e Sublimaze), indicados para tratamento de dor irruptiva de pacientes em terapia oncológica;⁶¹ ou até mesmo fármacos com base de psilocibina, molécula extraída de cogumelos alucinógenos que pode ser utilizada para tratamento de depressão aguda, conforme pesquisa desenvolvida pela *Imperial College London*.⁶²

Assim, observa-se que há ampla possibilidade de utilização destas substâncias inseridas na lista F da Portaria nº 344/1998 do Ministério da Saúde para fins medicinais, pelo que não há de se restringir seu uso nestes casos, especialmente aos pacientes que necessitam urgentemente destas substâncias. Por outro lado, há de se observar determinados critérios que delimitem a concessão destas substâncias, haja vista que a proposta é o uso terapêutico e não recreativo.

3. CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA

O Ministério da Saúde publica periodicamente a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), os quais compõem uma lista de orientação para a assistência farmacêutica a ser seguida pelos entes da Federação. A título exemplificativo, da análise do RENAME de 2018, observa-se que nenhum os medicamentos anteriormente mencionados (Sativex, Marinol, Cesamet e Bedrocan) ou alguns de seus princípios ativos (THC e CBD, provenientes da *Cannabis Sativa*) constam naquela lista.⁶³ Por esta razão, ressalte-se que aquele que postula o fornecimento de um fármaco com

⁵⁹ LOPES, Antônio Carlos (Ed.). **Diagnóstico e tratamento.** v. 2. Barueri: Manole, 2006, p. 401.

⁶⁰ ÍNDICE. **Etretinato.** Disponível em: <https://www.indice.eu/pt/medicamentos/DCI/etretinato/informacao-geral>. Acesso em: 12.10.2018.

⁶¹ AQTIC. **Indications and Usage.** Disponível em: <http://www.actiq.com/>. Acesso em: 12.10.2018.

⁶² O'HARE, Ryan. **Magic mushrooms may 'reset' the brains of depressed patients.** Imperial College of Science, Technology and Medicine. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/news/182410/magic-mushrooms-reset-brains-depressed-patients/>. Acesso em: 8 de junho de 2019.

⁶³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: **RENAME 2018**. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <https://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2018/11/RENAME-2018.pdf>. Acesso em: 8.06.2019.

princípio ativo proscrito postula simultânea e consequentemente um medicamento não fornecido pelo SUS.

Assim sendo, diante de reiteradas demandas sobre medicamentos que não constam nas listas do SUS, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela afetação do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ ao rito previsto no art. 1.036 do Código de Processo Civil, instaurando procedimento de Recursos Especiais Repetitivos (tema nº 106). O referido Tribunal optou também pela decisão em que pudesse fixar parâmetros jurisprudenciais a serem observados pelos magistrados quando do julgamento de demandas que pleiteiam medicamentos não abarcados no RENAME. Em 4 de maio de 2018 o Tribunal procedeu ao julgamento do tema sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, fixando a tese de que deve haver comprovação da imprescindibilidade do tratamento e ineficácia dos tratamentos fornecidos pelo SUS, demonstração de incapacidade financeira do cidadão, bem como existência de registro na ANVISA do medicamento pleiteado.⁶⁴ É possível resumir em três os requisitos: 1. comprovação da necessidade do fármaco, 2. incapacidade financeira da parte e 3. registro do medicamento na ANVISA.

Até o julgamento da Repercussão Geral nº 500 pelo Supremo Tribunal Federal, a fixação de tais parâmetros trouxe dois posicionamentos divergentes na jurisprudência: primeiramente, alguns julgadores optaram pelo entendimento de que os fármacos sem registro na ANVISA não poderiam ser concedidos na via judicial, tendo em vista a exigência do registro constar dentre os requisitos previstos pelo Superior Tribunal de Justiça;⁶⁵ outros, em contraposição, compreenderam pela possibilidade (em casos

⁶⁴ “4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.” In: STJ. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018

⁶⁵ Observe-se, por exemplo, o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4^a Região: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ETEPLIRSEN (EXONDYS®). DISTROFIA MUSCULAR DO TIPO DUCHENNE (DMD). MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. REQUISITOS AUSENTES. 1. A Constituição Federal de 1988, após arrolar a saúde como direito social em seu artigo 6º, estabelece, no art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. 2. O Supremo Tribunal Federal fixou, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 (decisão da Corte Especial no Agravo Regimental respectivo proferida em 17 de março de 2010, Relator o Ministro Gilmar Mendes), alguns pressupostos e critérios relevantes para a atuação do Poder Judiciário no tema da saúde, mais precisamente na questão do fornecimento de medicamentos e tratamentos pleiteados em face dos Entes Políticos. 3. Recentemente, a 1^a Seção do STJ, ao julgar o recurso repetitivo (REsp nº 1.657.156), definiu os critérios para fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, exigindo, para tanto, a presença cumulativa dos seguintes requisitos: comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e existência de registro na Anvisa do medicamento. 4. Hipótese em que, comprovadamente, o medicamento

excepcionais) de o Poder Judiciário viabilizar o fornecimento de fármacos sem registro, eis que tal emento não é impeditivo para concretização do direito fundamental à saúde.⁶⁶

Assim, tais requisitos não foram suficientes para abarcar as várias solicitações de fármacos em diferentes situações de judicialização, o que ressaltou ainda mais a impescindibilidade da fixação de uma tese única para cada caso. Por exemplo: para medicamentos que não constam nas listas de fornecimento do SUS, tem-se a fixação de uma tese pelo Superior Tribunal de Justiça nos moldes de recursos repetitivos com o tema nº 106; também recentemente julgada, para os medicamentos de alto custo, o Supremo Tribunal Federal fixou a Repercussão Geral nº 6, com a fixação de outros critérios; já para medicamentos não registrados na ANVISA, tem-se a Repercussão Geral nº 500. Observa-se, portanto, que na própria jurisprudência há a subdivisão dos temas que envolvem a concessão de medicamentos pela via judicial, reconhecendo desde logo a existência de situações diferentes, levando em consideração as especificidades dos casos que levaram à judicialização.

Nesta seara, dentre os medicamentos solicitados demandados pela população, vários deles não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pelo que a alternativa restante para sua concessão é a via judicial. Cite-se como exemplo o fármaco lomitapida, que não possui registro na Agência responsável e, portanto, não está incluído na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME e não compõe nenhum Programa de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde.⁶⁷ Entretanto, na lista dos medicamentos sem registro mais pedidos judicialmente (2015), tal medicamento alcança o segundo lugar, com a despesa de mais de R\$ 41 milhões a ser arcada pela União.⁶⁸

Esclareça-se que a análise em questão é de extrema importância para os medicamentos que possuem princípio ativo proscrito no Brasil, haja vista que a Portaria nº

66 não possui registro na ANVISA. 5. Ausentes os pressupostos indispensáveis para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, nos termos do artigo 300 do CPC." In: TRF4, AG 5006987-51.2019.4.04.0000, Turma Regional Suplementar do Paraná, Relator Marcos Josegreidi da Silva. Juntado aos autos em 23/05/2019.

67 "AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. NÃO IMPEDITIVO. CASOS EXCEPCIONAIS. MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS. 1. O fato de o medicamento não estar registrado na ANVISA não impede o Poder Judiciário - em casos excepcionais - determinar que o Estado forneça-o à parte que dele necessita. 2. Comprovado que os medicamentos são indispensáveis ao tratamento da enfermidade que acomete o(a) autor(a) e a inexistência de outra alternativa terapêutica, é inafastável o reconhecimento de seu direito à tutela jurisdicional." In: TRF4, Agravo 5010857-41.2018.4.04.0000, quarta turma, Relatora Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 25/06/2018.

68 AGU. **Manifestação Jurídica Referencial sobre o medicamento Lomitapida.** Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/31/0001-2017-lomitapida.pdf>. Acesso em: 12.09.2018.

69 AGU. **Judicialização da saúde no Brasil:** Principais Projetos Desenvolvidos pela Coordenação de Assuntos Judiciais. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL%20Principais%20Projetos%20Desenvolvidos%20pela%20Coordenacao%20de%20Assuntos%20Judiciais.pdf> Acesso em: 10.09.2018.

344/1998 prevê a possibilidade de concessão de autorização especial para pesquisa com as substâncias contidas na Lista F,⁶⁹ mas proíbe a prescrição médica para tratamentos alopáticos ou homeopáticos.⁷⁰

A crescente demanda pelos medicamentos sem registro na ANVISA fez com que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a importância do tema na Repercussão Geral de número 500 (Recurso Extraordinário nº 657.718), a fim de estabelecer parâmetros para o fornecimento judicial de tais medicamentos não registrados. Primeiramente, o recurso paradigma em questão foi julgado extinto sem a resolução do mérito,⁷¹ com fundamento no art. 485, IX do Código de Processo Civil,⁷² não impedindo o prosseguimento da análise, cuja Repercussão Geral fora anteriormente reconhecida. Através do julgamento do tema, inicialmente o Ministro Luís Roberto Barroso publicou em 2016 a sua proposta de voto, estabelecendo novos critérios para a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA.⁷³ O Ministro dividiu a análise da concessão dos medicamentos sem registro em dois cenários. O primeiro deles envolve os fármacos experimentais (sem eficácia comprovada), cujo fornecimento e importação pela via judicial não podem ser concedidos, conforme entendimento do Ministro. O segundo cenário abarca os medicamentos sem registro na ANVISA, mas com eficácia comprovada, os quais podem ser fornecidos judicialmente em caso de irrazoável mora da ANVISA em apreciar o pedido de registro do medicamento, por mais de 365 dias, devendo preencher os seguintes requisitos: 1. medicamento submetido a registro no Brasil, sem que tenha havido qualquer manifestação pela negativa de registro pela Anvisa; 2. ausência de substituto terapêutico registrado na agência em questão; 3. registro em renomadas agências reguladoras fora do Brasil. Apesar de não ter elencado na lista de requisitos,

⁶⁹ “Art. 4º Ficam proibidas a produção, fabricação, importação, exportação, comércio e uso de substâncias e medicamentos proscritos. Parágrafo único. Excetuam-se da proibição de que trata o caput deste artigo, as atividades exercidas por Órgãos e Instituições autorizados pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde com a estrita finalidade de desenvolver pesquisas e trabalhos médicos e científicos. Art. 5º A Autorização Especial é também obrigatória para as atividades de plantio, cultivo, e colheita de plantas das quais possam ser extraídas substâncias entorpecentes ou psicotrópicas. § 1º A Autorização Especial, de que trata o caput deste artigo, somente será concedida à pessoa jurídica de direito público e privado que tenha por objetivo o estudo, a pesquisa, a extração ou a utilização de princípios ativos obtidos daquelas plantas.”

⁷⁰ “Art. 61. As plantas constantes da lista “E” (plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas) e as substâncias da lista “F” (substâncias de uso proscrito no Brasil), deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, não poderão ser objeto de prescrição e manipulação de medicamentos alopáticos e homeopáticos.”

⁷¹ Conforme consulta processual ao site do Supremo Tribunal Federal, em 12.09.2018, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numero-Processo=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>.

⁷² “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal.”

⁷³ STF. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 12.03.2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro -Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 13.09.2018.

o Ministro Barroso ainda determinou que “Preenchidos tais requisitos, o Estado deverá viabilizar a importação do fármaco, mas somente deverá custeá-lo quando demonstrada a hipossuficiência do requerente. Nos demais casos, o próprio requerente deverá arcar com os custos envolvidos no processo”.⁷⁴ Por último, indicou que as ações que pretendem o fornecimento de fármacos sem registro devem ser propostas em face da União, haja vista que o requisito essencial é a mora de registro por uma agência reguladora federal.

Dentre tais requisitos e apontamentos levantados pelo Ministro, num primeiro momento, merece especial atenção a necessidade da mora na apreciação do pedido de registro por mais de 365 dias pela agência responsável. Tal requisito é tão irrazoável que no próprio *Leading case* da repercussão geral ocorreu justamente o que se pretende evitar com a concessão judicial dos medicamentos: Alcirene Oliveira, a autora da ação que buscava medicamento sem registro na Anvisa, faleceu em dezembro de 2017 e, mesmo que não tenha sido exclusivamente em razão da doença que lhe acometia, o caso demonstra também a mora judicial em um processo que já estava em andamento há sete anos.⁷⁵ A ideia de se fixar um prazo mínimo de 365 dias para que a Anvisa não tenha observado o pedido de registro não é favorável ao paciente e muito menos à tutela do direito à saúde e à vida, pois faticamente o que se conclui é que a análise feita pela Anvisa não é adequada e muito menos tempestiva, razão pela qual o procedimento de aguardar o registro não é compatível com as necessidades dos pacientes que precisam destes novos fármacos para tratamento.⁷⁶ Por outro lado, o que o Supremo Tribunal Federal pretende é salvaguardar um patamar mínimo de segurança jurídica nas demandas desses fármacos.

Um ponto obscuro da proposta referida era sobre a possibilidade de concessão de tais medicamentos em sede de tutela antecipatória, o que por si só supriria a necessidade de se aguardar tal lapso temporal, podendo estabelecer de pronto um tratamento inicial com o fármaco requerido e, posteriormente, ser confirmada ou não a obrigação de prestação estatal no julgamento final do mérito.

A tese final aprovada pelo Supremo Tribunal Federal excluiu o requisito temporal de mora anteriormente proposto, suprimindo a imposição de espera pelo cidadão que pleiteia o medicamento. Portanto, após a deliberação dos Ministros, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese sobre a concessão de fármacos sem registro na ANVISA: “Não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamentos experimentais;

⁷⁴ STF. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 12.03.2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>, p.23. Acesso em: 13.09.2018.

⁷⁵ MUNIZ, Mariana. **Morre autora de ação no STF sobre fornecimento de remédio sem registro na Anvisa**. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/rui/morre-autora-de-acao-no-stf-sobre-fornecimento-de-remedio-sem-registro-na-anvisa-19062018>. Acesso em: 17.09.2018;

⁷⁶ RAYMUNDO, Giseli Valezi. **A crise política de medicamentos no Brasil**. Curitiba: Prismas, 2017. p. 195-196.

a inexistência de registro na ANVISA impede o fornecimento pela via judicial, via de regra; é possível o fornecimento de tais medicamentos por meio de decisão judicial, desde que comprove-se a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, a existência de registro do remédio em renomadas agências de regulação internacionais e a inexistência de substituto terapêutico com registro.” A tese condicionou, ainda, o ajuizamento das ações que visam o fornecimento de medicamento sem registro em face da União.⁷⁷

Assim, em relação à aprovação da ANVISA, basta que haja solicitação de registro do medicamento, não havendo mais prazo de mora para pleitear o medicamento judicialmente. Persistiram, deste modo, a imprescindibilidade da existência de registro em renomadas agências reguladoras internacionais e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Novamente, reafirmou-se a legitimidade passiva da União para tais casos.

Em relação a estes outros parâmetros fixados no julgamento da Repercussão Geral nº 500, destaca-se a comprovação da eficácia do medicamento por meio de seu registro em outras renomadas agências reguladoras fora do Brasil. Num primeiro momento, o relator do caso (Ministro Marco Aurélio) havia proferido seu voto pela impossibilidade de o Estado fornecer medicamentos sem registro. Em posterior oportunidade, aditou seu voto também concordando com o Ministro Barroso no sentido de que “medicamentos não registrados no Brasil, mas devidamente testados e certificados no exterior podem ser fornecidos pelo Poder Público”, limitando o fornecimento às pessoas em situação de vulnerabilidade financeira e à comprovação da indispensabilidade do fármaco.⁷⁸

Em verdade, trata-se do ponto central do debate, haja vista que este critério deveria ser o elemento norteador para o provimento do pedido. Em que pese o art. 24 da Lei nº 6.360/76 possibilitar a prescrição e uso experimental de medicamentos,⁷⁹ é certo

⁷⁷ “1.O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”^{in:} STF. RExt 657718 – Tema de Repercussão Geral nº 500. Ministro Relator Marco Aurélio. Ata nº 17, de 21/05/2019. DJE nº 117, divulgado em 31/05/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/juris/prudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classe-Processo=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 8.06.2019.

⁷⁸ GRILLO, Breno. **Marco Aurélio complementa voto em julgamento sobre fornecimento de remédios.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio> Acesso em: 18.09.2018.

⁷⁹ “Art. 24. Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da

que a exigência de expressa autorização do Ministério da Saúde torna essa hipótese de excepcional insurgência,⁸⁰ também pelo fato de que o parágrafo único desse mesmo artigo prevê a isenção do registro por prazo máximo de três anos, portanto uma solução de curta duração e em casos extraordinários. Neste enfoque, é necessário dizer que os requisitos em questão – demonstração da eficácia e da necessidade do tratamento pleiteado – devem ser respeitados na concessão de medicamentos com princípios ativos proibidos no Brasil, garantindo a tutela efetiva do direito à saúde e eliminando riscos ao demandante.

Por outro lado, o que se conclui é que tais parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal ainda não estão aptos a atender a necessidade sociais das demandas por fármacos, sejam eles sem registro na ANVISA, mas com eficácia comprovada, sejam os que possuem princípio ativo proibido no Brasil que estão incluídos neste rol.⁸¹ Em que pese o critério de mora da ANVISA ter sido retirado da tese de Repercussão Geral, a solicitação de registro depende diretamente da empresa farmacêutica que fabrica o fármaco pleiteado, eis que a primeira etapa para o registro de medicamentos novos é a regularização sanitária da empresa.⁸² Segue-se ainda um grande encadeamento de atos que pode resultar no deferimento ou indeferimento do pedido e, portanto, é procedimento também moroso. Há clara necessidade de observância da razoabilidade para resposta à demanda formulada por pedido administrativo dos cidadãos, especialmente quando se trata de direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à saúde e à vida.⁸³ Coloca-se, portanto, a imprescindibilidade do medicamento para o

Saúde. Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo só será válida pelo prazo de até 3 (três) anos, findo o qual o produto ficará obrigado ao registro, sob pena de apreensão determinada pelo Ministério da Saúde.”

⁸⁰ RAYMUNDO, Giseli Valezi. **A crise política de medicamentos no Brasil** ... , p. 196.

⁸¹ Por este motivo (o afastamento das necessidades e debates da sociedade civil), as decisões do STF são muitas vezes criticadas pela doutrina. Cf.: “No STF, o debate é muito menor, já que o processo é muito mais simples. Um relator apresenta seu voto, na maior parte das vezes não sujeito a maiores discussões prévias (as audiências públicas ocorrem raras vezes) e é seguido ou não pelos demais ministros, que podem pedir vista dos autos e apresentar votos mais elaborados, concordando ou discordando do relator. (...) Nessa discussão, pode-se chegar a conclusões de que a Constituição já previra implicitamente certos direitos e que eles devem ser implementados independentemente de previsão legal expressa.” In: LIMA, Edilberto Pontes. O STF e o equilíbrio federativo: entre a descentralização e a inéria centralizadora. *Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC*, Fortaleza, v. 37, n. 1, jan./jun. 2017, p. 41.

⁸² De acordo com o fluxograma desenvolvido pela ANVISA e com base na RDC nº 200/2017, o registro de medicamentos novos deve percorrer as seguintes etapas: primeiramente, a regularização sanitária da empresa, com a emissão de Autorização de Funcionamento de Empresa (AFE), seguido de Licença de Funcionamento (LF) e emissão do Certificado de Boas Práticas de Funcionamento (CBPF); a segunda etapa é a identificação da petição junto à ANVISA, com a possibilidade de registro, alteração, revalidação, cancelamento e outras, seguindo da identificação do Código de Assunto da Petição e verificação da documentação necessária; a terceira é o peticionamento na ANVISA; Análise da petição pela ANVISA; Ao cabo, finda-se o processo com o resultado do peticionamento, com deferimento ou indeferimento da petição publicado em DOU. In: ANVISA. **Regularização de Produtos – Medicamentos**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/medicamentos-novos/registro>. Acesso em: 7.06.2019.

⁸³ Sobre o tema, ressalte-se tais considerações: “*Es más que evidente la sujeción del Poder Público a la obligación de dar al ciudadano una respuesta expresa a sus demandas que fueran deducidas a través de un procedimiento*

demandante de forma vinculada à vontade da iniciativa privada.⁸⁴ O particular pode solicitar a importação de medicamento sujeito a controle especial para uso próprio com a finalidade de tratamento de saúde,⁸⁵ o que não se confunde com o registro do medicamento na ANVISA. Outrossim, se há requisição de que o medicamento esteja registrado em outras agências reguladoras fora do Brasil – demonstrando que o medicamento é eficaz para o fim que pretende o demandante – a solicitação de registro na ANVISA em nada interfere na apreciação da imprescindibilidade e eficácia do medicamento, eis que é ato meramente formal para fins da ação judicial.

A solicitação de registro não demonstra a eficácia do tratamento, eis que não há garantia de que o registro será deferido pela ANVISA; ainda, não demonstra a necessidade do medicamento pelo demandante; não comprova a hipossuficiência da parte; outrossim não demonstra a existência de registro no exterior. Desse modo, por todos estes elementos, este requisito firmado pelo STF não se afigura como razoável, eis que pode inclusive colocar o direito fundamental à saúde e à vida em risco.

Diante de tais considerações, inicialmente, deve-se reconhecer que não é adequada a simples concessão imediata de autorização para o uso dos referidos medicamentos com substâncias proibidas, mas sim a defesa de um juízo de ponderação no caso concreto de modo que a tutela jurisdicional seja efetiva na garantia dos direitos fundamentais, em plena consonância com as determinações da lei. Ainda, é imperioso buscar no Direito administrativo os elementos aptos à satisfação dos direitos fundamentais sociais, eis que esta atividade é atribuída primariamente à Administração

administrativo. El art. 48 de la Ley brasileña nº 9.784/99 (Ley Federal de Procedimiento Administrativo) establece que “la Administración tiene el deber de explícitamente emitir decisión en los procedimientos administrativos, solicitudes o reclamos en el marco de su competencia”. El problema surge cuando ella no cumple con este deber elemental, o incluso cuando lo hace dentro de un lapso de tiempo irrazonable, lo que obliga al ciudadano a esperar meses o incluso años para recibir una respuesta de la Administración a su petición.(1) En el caso de procedimientos que implican la protección de derechos sociales, son aún más evidentes los efectos perjudiciales ocasionados por la demora del Estado en el cumplimiento de la petición hecha por vía administrativa ya que las pretensiones se refieren a la protección esencial de necesidades in-dispensables y a la promoción de la dignidad de la persona. De ahí la importancia de concebir adecuadamente el significado del concepto del “plazo razonable” y las consecuencias jurídicas provocadas por el silencio de la Administración. La Constitución de Brasil garantiza al ciudadano, en su art. 5º, LXX-VIII, el derecho fundamental a la razonable duración de los procedimientos administrativos y procesos judiciales, así como a los medios que garantizan la celeridad de su tramitación.” In: HACHEM, Daniel Wunder. Procedimientos administrativos reivindicatorios de derechos sociales: deber de decidir em plazo razonable vs. silencio administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, n. 10, jul./dic. 2014, p. 214-215.

⁸⁴ Sobre a atuação da iniciativa privada em matéria de saúde: BERTOTTI, Bárbara Mendonça; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A integração da iniciativa privada ao sistema público de saúde brasileiro: limites e possibilidades. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 239-265, jul./dic. 2018.

⁸⁵ ANVISA. **Importação de medicamentos sujeitos a controle especial, à base de outras substâncias, para uso próprio e para fins de tratamento de saúde**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/importacao-controlados/saiba-mais>. Acesso em: 15.06.2019.

Pública (para que só posteriormente haja a atuação judicial),⁸⁶ ensejando também uma regulamentação administrativa eficaz.⁸⁷

De modo geral, nas demandas judiciais por remédios observa-se que pouco se escreve, decide ou reflete sobre a real condição de quem está pleiteando o tratamento. Faz-se necessário perceber que estas pessoas terão de pedir, enfrentar a falta de conhecimento de operadores do Direito sobre o assunto, tanto sobre os mecanismos de funcionamento da assistência pública de saúde, quanto em relação à doença que lhe acomete.⁸⁸ Este sistema busca criar uma padronização da própria jurisprudência, com a criação de requisitos e até um engessamento dos parâmetros para o provimento judicial. Destarte, parte-se novamente da necessidade de abertura para desenvolvimento da pesquisa em relação às substâncias proscritas no âmbito nacional, a fim de demonstrar a eficácia de múltiplos tratamentos à base de tais substâncias, bem como a possibilidade de desenvolvimento de uma melhor qualidade de vida e saúde de diversos pacientes com tais tratamentos vedados pelo Direito Penal.

4. A UTILIZAÇÃO DE FÁRMACOS COM SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS: REGULAMENTAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO

É incontestável que os problemas sociais vividos no país guardam íntima relação com a medida da prestação dos serviços públicos, sendo necessário equilíbrio no repensar da gestão destes serviços à luz da realidade de carência social experimentada pela população.⁸⁹ Neste sentido, há de se considerar que a dignidade da pessoa humana é o ponto de partida para a justificação dos fins do Estado democrático contemporâneo, possuindo a felicidade como determinante imprescindível da atuação estatal para

⁸⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação. Curitiba, 2014. p. 58.

⁸⁷ Trata-se, sobretudo, de um dever estatal em relação ao desenvolvimento de políticas públicas aptas a proteger o direito fundamental envolto: "Um direito fundamental social (que exija prestações positivas do Estado) não demanda somente uma obrigação imediata de patrocínio Estatal, mas sim um complexo encadeamento de atos governamentais que visem a satisfação da necessidade social. São necessárias, portanto, políticas públicas de implementação. [...] Enquanto provedor máximo, o Estado deve agir de forma a conciliar os investimentos e gastos públicos, pautando-se na previsão constitucional e legal dos direitos sociais." In: DOTTA, Alexandre Godoy; CABRAL, Rodrigo Maciel. Mínimo Existencial na Hermenêutica da Jurisprudência Brasileira Referente às Políticas Públicas Relativas ao Direito à Educação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** a. 10. v.2., mai./ago. 2018, p. 139/140.

⁸⁸ RAYMUNDO, Giseli Valezi. **A crise política de medicamentos no Brasil ...**, p. 217.

⁸⁹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. Serviço Público, Desenvolvimento Econômico e a Nova Contratualização da Administração Pública: o Desafio na Satisfação dos Direitos Fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 284.

atingir o desenvolvimento da personalidade do cidadão.⁹⁰ Portanto, busca-se atingir o pleno desenvolvimento pessoal através de prestações estatais aptas a concretizar o desenvolvimento, primariamente observando-se as necessidades e anseios sociais.

Em termos de direitos fundamentais sociais, a Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu artigo 6º um rol que abarca o direito à educação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados e a saúde. Mais adiante, o texto constitucional pormenoriza o título relativo à Ordem Social (artigos 193 a 232) trazendo mecanismos e meios de ação para que o Estado forneça aos indivíduos titulares destes direitos subjetivos públicos e interesses legítimos tais direitos.⁹¹

Relativamente ao direito à saúde, o artigo 196 da Constituição da República afirma que “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” De pronto, observa-se a universalidade desse direito bem como a necessidade de uma prestação positiva estatal a fim de assegurá-lo.⁹² Já no artigo 200 da Constituição, direciona-se ao Sistema Único de Saúde uma série de competências funcionais,⁹³ demonstrando a necessidade de uma prestação positiva estatal apta a concretizar o direito à saúde e proteger o direito à vida.⁹⁴

⁹⁰ GABARDO, Emerson. A Felicidade como Fundamento Teórico do Desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 5, n. 1, 2018, p. 106.

⁹¹ TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. Brasília: Senado Federal - Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2005. p. 28.

⁹² Ressalte-se acerca da correlação entre interesse público e a elaboração de políticas públicas: “A conquista do interesse público requer a presença de medidas corretivas por meio de políticas públicas que têm absoluta correspondência com os direitos individuais (como é o caso da saúde pública).” In: GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, maio/ago., 2017. p. 121-122.

⁹³ “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

⁹⁴ Ressalte-se, em relação à garantia do direito fundamental à saúde a imprescindibilidade do tratamento adequado, com garantia de qualidade de vida na prestação. Em razão desta afirmativa, gize-se: Por sua vez, o Brasil, que adotou o modelo britânico na construção do Sistema Único de Saúde garantido na Constituição Federal de 1988, no embalo da redemocratização do país, corre o risco de retroceder na oferta dos serviços públicos de saúde em contratos de gestão com organizações sociais, cujas execuções não são devidamente fiscalizadas pelo Poder Público, possibilitando o desvio de recursos públicos, corrupção e prejuízo à qualidade do serviço, como se tem observado, em prejuízo do atendimento de saúde da população. In: BECHARA, Fábio Razzinni; COSTA, Fernanda Soraia Pacheco. Eficiência na prestação de serviços de saúde: experiência brasileira

A partir da interpretação sistemática dos enunciados constitucionais que tratam sobre o direito à saúde, vê-se o surgimento de um direito fundamental em sentido amplo que reúne várias prestações jurídicas jusfundamentais com diferentes funções,⁹⁵ sejam elas: função de defesa, por meio da qual há liberdade de escolha de práticas diagnósticas, métodos terapêuticos e medicamentos que o titular do direito vai utilizar, vedando-se imposições estatais; função de prestação fática, pela qual deve-se fornecer serviços médicos ambulatoriais ao cidadão; função de organização, para criação de órgãos e pessoas jurídicas bem estruturados para atendimento da população; função de procedimento, pela qual o Estado deve elaborar normas administrativas para regulamentação da distribuição gratuita de medicamentos, assim como formular listas de medicamentos que integram o componente básico da assistência farmacêutica; e função de proteção, definindo-se uma política pública sanitária que fixe normas proibitivas acerca da comercialização de produtos e insumos potencialmente causadores de risco à saúde, também fiscalizando a observância de tais normas pelos particulares.⁹⁶

A combinação destas funções expressas através das diversas prestações jurídicas jusfundamentais resulta em uma proteção do direito de escolha pelo indivíduo daquele tratamento que irá melhor atender às suas necessidades.⁹⁷ Portanto, o texto

do modelo gerencial e comparativo com os países da common law. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan./mar. 2019, p. 78.

⁹⁵ A organização destas funções não é algo fácil de ser concretizado. Entretanto, atualmente é possível que a Administração Pública se utilize de mecanismos de inteligência artificial para gerir a base de dados e buscar soluções mais eficientes para os complexos problemas desta seara. Sobre o assunto, ver: BRAVO, Álvaro Ave-lino Sánchez. Marco Europeo para una inteligencia artificial basada en las personas. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020; CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia Artificial GPT-3, Pretoria y Oráculos Algorítmicos en el Derecho. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020; CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017; FIGUEIREDO, Carla Regina Bortolaz de; CABRAL, Flávio Garcia. Inteligencia artificial: machine learning na Administração Pública. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020; STRINGHINI, Antonella. Asistencia virtual automatizada e inclusiva para optimizar la relación de la ciudadanía con la Administración Pública. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

⁹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: ..., p. 33.

⁹⁷ Importante distinção, neste tema, sobre "direito fundamental" e "prestações jurídicas jusfundamentais": "Se observado o direito fundamental como um todo, pode-se perceber que dele decorrem multifárias pretensões jurídicas. Ou seja: uma compreensão global do direito fundamental como a acima referida, que parte de uma norma resultante da construção hermenêutica derivada de diversas disposições constitucionais, a ele irá associar uma pluralidade de posições jurídicas subjetivas que podem ser reclamadas pelo seu titular – embora nem todas pela via individual. Logo, num sentido amplo um direito fundamental se apresenta como um conjunto de pretensões jurídicas que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos. Ocorre que, numa acepção estrita, cada uma dessas pretensões jurídicas isoladamente consideradas também pode ser chamada de direito fundamental. Retomando um dos exemplos antes oferecido, o direito à educação considerado como um todo (sentido amplo) engloba todas as pretensões jurídicas já mencionadas; mas a pretensão jurídica de acesso gratuito ao serviço público de educação básica, vista singularmente, não deixa de ser igualmente um direito fundamental (sentido estrito)". HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais "direitos públicos subjetivos"? *Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019. p. 426-427.

constitucional possibilita a concretização do direito fundamental à saúde sob diversos aspectos, sempre levando em consideração as necessidades básicas extraídas da prestação jurídica pleiteada.

Em relação aos medicamentos que possuem princípios ativos ilícitos, destaque-se a importância da competência do SUS no que tange os incisos I e VII do art. 200: o controle e fiscalização de “procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”, bem como “participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos”. Assim, direciona-se à Administração Pública – por meio do Sistema Único de Saúde – o dever de fiscalizar e controlar a produção de medicamentos e insumos de modo geral, haja vista que a satisfação dos direitos fundamentais sociais (como é a saúde) é atribuída primariamente à Administração Pública.⁹⁸ O art. 196 da Constituição prevê expressamente que a saúde é um dever do Estado, em que pese os artigo 198, II e 199 prevejam a participação da comunidade e da iniciativa privada.⁹⁹

Ainda sob outra perspectiva, há de se mencionar a inéria do Poder legislativo sobre o tema, que também não atua de modo a permitir ou regulamentar a possibilidade de utilização, importação ou produção destes remédios. É facilmente demonstrável a inação legislativa diante de uma divergência de posições dos parlamentares: enquanto alguns defendem a possibilidade de liberação exclusivamente do canabidiol, outros constatam que a via legislativa deveria buscar a liberação do uso de *Cannabis* tanto para fins medicinais quanto recreativos. De um modo ou de outro, a regulamentação para importação do CBD foi feita pela via administrativa, não por atuação do legislativo. Entretanto, observe-se o que dispõe o artigo 23, inciso II, da Constituição da República: é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde.¹⁰⁰ Por sua vez, o artigo 197 da Constituição remete ao legislativo a regulamentação das ações e serviços de saúde,¹⁰¹ implicando em uma responsabilidade também deste Poder sobre os medicamentos a que este trabalho se refere. Primariamente, portanto, cabe ao Estado promover medidas administrativas e legislativas que assegurem o acesso à saúde e, no tocante aos medicamentos com princípios ativos proibidos, a regra não é diferente.

⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** ..., p. 58.

⁹⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 248.

¹⁰⁰ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 621.

Sobre a atuação legislativa sobre o direito à saúde, destaque-se alguns diplomas normativos: primeiramente, a Lei Federal nº 5.991/1973, que dispõe acerca do controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos;¹⁰² por sua vez, a Lei nº 6.360/1976, que ordena a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes, dentre outros produtos;¹⁰³ já a Lei nº 8.080/90 dispõe sobre a organização e funcionamento dos serviços de proteção, promoção e recuperação da saúde.¹⁰⁴ Diante deste cenário, demonstra-se que o Poder Legislativo – inclusive por força do texto constitucional – possui a incumbência de elaborar leis sobre o tema, pelo que poderia elaborar uma lei que disponha acerca da possibilidade de produção, importação e utilização das substâncias proibidas para fins medicamentosos.

Recentemente, diante da discussão acerca da intenção de liberação do plantio de *Cannabis* para fins medicinais que a ANVISA pretende implementar, a Casa Civil do Palácio do Planalto emitiu nota à imprensa informando que é contrária à proposta da ANVISA, afirmando que a ideia é estimular apenas a importação da matéria prima proveniente da planta (o que, em verdade, a ANVISA já regulamentou e já autoriza, mediante procedimento administrativo).¹⁰⁵ No entanto, este posicionamento somente atrasa o desenvolvimento de uma questão que é relevante para a saúde pública, vedando ainda a exploração econômica e científica que a pesquisa decorrente deste cenário poderia proporcionar.¹⁰⁶ Trata-se de uma condução equivocada do assunto pelo Governo Federal, na contramão da história e de uma perspectiva racional relativa ao tema.

Em relação aos substratos proscritos, a Portaria 344/1998 exclui a possibilidade de pessoas jurídicas manipularem as substâncias proscritas em seu art. 4º, salvo com

¹⁰² “Art. 1º O controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em todo o território nacional, rege-se por esta Lei.”

¹⁰³ “Art. 1º Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.”

¹⁰⁴ “Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.”

¹⁰⁵ CANCIAN, Natália. **Planalto é contra proposta da Anvisa de dar aval a cultivo de maconha**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosauda/2019/06/planalto-e-contra-proposta-da-anvisa-de-dar-aval-a-cultivo-de-maconha.shtml>. Acesso em: 21.06.2019.

¹⁰⁶ Tal vedação obsta ainda o desenvolvimento sob vários aspectos. A possibilidade de empresas farmacêuticas explorarem as finalidades terapêuticas das substâncias proibidas releva-se importante do ponto de vista científico, à medida que garante-se a criação de novos tratamentos para a população; sob o viés econômico, poder-se-ia explorar o interesse do mercado em realizar tais pesquisas, incentivando a atividade econômica do ramo farmacêutico; ainda cria-se um interesse no âmbito regulatório, tendo em vista que a própria ANVISA poderia acompanhar o desenvolvimento das pesquisas e também desenvolver as suas próprias, o que facilitaria a aprovação ou rejeição de medicamentos e terapias provenientes das substâncias analisadas.

autorização da ANVISA para fins científicos,¹⁰⁷ ou seja, barra-se a produção de tais substâncias para comercialização com finalidade terapêutica no Brasil, fazendo com que a única solução seja a busca por autorização para importação e uso dessas substâncias.

Outra possível solução a ser adotada pela Administração Pública (por intermédio do Ministério da Saúde e da ANVISA) seria regulamentar de forma diferenciada a importação das substâncias proscritas apenas para fins terapêuticos, excluindo-se a liberação da droga para uso recreativo, como vem fazendo no caso do Canabidiol. Assim, garante-se o desenvolvimento da pesquisa sobre tais substâncias no plano do desenvolvimento nacional, banindo o indesejado uso indiscriminado de entorpecentes. Retomando-se a discussão acerca do tetraidrocannabinol, observa-se que a mora e a burocracia da agência responsável tornam mais difícil o acesso ao tratamento mais bem indicado para vários quadros clínicos. Tanto é possível realizar tal alteração normativa a fim de concretizar o direito subjetivo do cidadão que o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400 contra a União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária a fim de as rés procedessem a retirada do THC da lista F da Portaria nº 344/98, para incluí-lo na lista das substâncias psicotrópicas sujeitas à notificação de receita, outrossim para que realizassem um adendo à lista E da Portaria (plantas proscritas que podem gerar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas) para autorizar o uso, posse, plantio, cultura, colheita, exploração, manipulação, fabricação, distribuição, comercialização, importação, exportação e prescrição, exclusivamente para fins médicos e científicos, das diferentes espécies e variedades de cannabis, bem como dos produtos derivados dessas plantas, dentre outros pedidos que envolvem a liberação da importação dos produtos provenientes da cannabis desde que com prescrição médica. Na Ação em trâmite na 16ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Distrito Federal foi proferido despacho que concedeu liminarmente o pedido e também houve sentença de mérito favorável (datada de 15/06/2018) confirmando a medida liminar – portanto, julgando a ação parcialmente procedente para fins de: determinar a exclusão do THC da lista F, conforme pedido do Ministério Público; adequar a lista E da Portaria com o referido adendo, autorizando o uso de tais substâncias com prescrição médica; conceder a permissão para a prescrição médica e pesquisa científica dos produtos provenientes da *Cannabis*.¹⁰⁸ Igualmente, poderia a ANVISA elaborar um regime diferenciado para pesquisa e importação de medicamentos com substâncias proscritas, como o fez com

¹⁰⁷ “Art. 4º Ficam proibidas a produção, fabricação, importação, exportação, comércio e uso de substâncias e medicamentos proscritos. Parágrafo único. Excetuem-se da proibição de que trata o caput deste artigo, as atividades exercidas por Órgãos e Instituições autorizados pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde com a estrita finalidade de desenvolver pesquisas e trabalhos médicos e científicos.”

¹⁰⁸ TRF 1. 16ª Vara Federal de Brasília. Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União e Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Ajuizamento em: 11.12.2014. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00906701620_144013400&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar. Acesso em: 13.10.2018.

o canabidiol. Assim, não se permite a importação desenfreada de substâncias ilegais e garante-se o acesso aos medicamentos necessários ao tratamento mais bem indicado.

O Ministro Luis Roberto Barroso em seu primeiro voto na Repercussão Geral nº 500 reconheceu que “os avanços tecnológicos e o investimento em pesquisa permitiram o desenvolvimento de grande variedade de medicamentos, responsáveis por garantir maior bem-estar e saúde para as pessoas e por aumentar as perspectivas de cura de doenças”.¹⁰⁹ Portanto, é incoerente reconhecer os avanços que os estudos e pesquisas farmacológicos trazem, sem autorizar que tais desenvolvimentos possam ser feitos no âmbito nacional, pelo que é necessária uma regulamentação mais eficaz por parte da Administração Pública. Por outro lado, observa-se uma verdadeira deficiência na prestação do direito à saúde pela Administração: as filas e a superlotação em hospitais públicos,¹¹⁰ os mais de trezentos mil pedidos de medicamentos pela via judicial,¹¹¹ bem como a burocracia enfrentada por famílias para conseguir importação de medicamentos na ANVISA (conforme demonstrado no documentário “Illegal”) são fenômenos aptos a comprovar a ofensa ao princípio constitucional da eficiência no que tange à garantia do direito fundamental à saúde.¹¹² A saída para a busca de medicamentos acaba sendo a via judicial.

Importante ressaltar que “o direito ao acesso aos medicamentos é desrespeitado pelo Estado ante à insuficiência de políticas públicas proativas, preventivas e progressivas. Um desenvolvimento sustentável no que tange aos medicamentos diz respeito ao seu acesso e à fabricação”.¹¹³ Assim, não se vislumbra tão somente restringir o acesso à saúde à determinação judicial em desfavor do Estado para que este forneça o medicamento pleiteado, sendo imprescindível o reconhecimento de que a tutela jurisdicional efetiva em termos de direito à saúde englobe também a autorização para uso

¹⁰⁹ STF. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG... Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br /wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf). Acesso em: 30.09.2018.

¹¹⁰ O GLOBO. **Filas, superlotação, faltas de funcionário e improviso: veja detalhes da crise em hospital público de Campinas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/filas-superlotacao-falta-de-funcionarios-e-improviso-veja-detalhes-da-crise-em-hospital-publico-de-campinas.ghtml>. Acesso em: 13.10.2018.

¹¹¹ OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE. **Relatório de acompanhamento de políticas**. Disponível em: <http://www.analisepoliticaemsaudade.org/haps/matriz/analises/2> Acesso em: 04.09.2018

¹¹² ALVES, Letícia. **Importação de remédios esbarra na burocracia**. Disponível em: <https://www.hojeemdias.com.br/horizontes/importa%C3%A7%C3%A3o-de-rem%C3%A9dio-esbarra-na-burocracia-1.313958>. Acesso em: 13.10.2018. Quanto ao princípio constitucional da eficiência, ver: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. **Cuestiones Constitucionales**: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 39, p. 131-167, jul./dic. 2018.

¹¹³ GLOECKNER, Joseane Ledebrum. Da necessidade de uma política pública voltada aos medicamentos para doenças raras. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, jul./set. 2015. p. 256.

de medicamentos com substratos proibidos, ou ainda cultivo de plantas medicinais.¹¹⁴ Deste modo, a fim de sanar uma falha no fornecimento de medicamentos por parte da Administração Pública, concretiza-se tal direito pela via judicial que começa a estabelecer certos parâmetros, como no caso da Repercussão Geral nº 500 supramencionada.

Para o caso dos medicamentos com princípios ativos proibidos, há de se observar alguns fundamentos e requisitos aptos a salvaguardar o direito do titular, também como forma de não se propagar uma liberação generalizada de tais substâncias.

Primeiramente, considere-se que apesar de ser comum a referência à tutela do direito à saúde em termos gerais, cada um de seus conteúdos e prestações decorrentes desse direito pode exigir diferentes soluções jurídicas para que sejam normativamente adequadas.¹¹⁵ Assim, nem sempre o remédio fornecido pelo sistema único de saúde é o tratamento mais indicado ou até mesmo mais eficaz para o paciente, pelo que o uso de tratamentos alternativos provenientes de substâncias proscritas pode ser o que melhor apresenta resultados para tratamentos diversos, conforme exposto.¹¹⁶ Através da concessão de autorização para importação e uso de substâncias proibidas com fins medicamentosos, objetiva-se a proteção do direito à saúde e à vida do tutelado com fundamento no conteúdo jurídico do princípio da igualdade, pelo qual “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.”¹¹⁷ Isto porque o tratamento diferenciado concedido a estes pacientes tem por fundamento uma desigualdade pré-existente em termos de saúde. Considerando-se que cada indivíduo apresenta situações próprias que demandam cuidados singulares, os quais o Direito tutela na medida

¹¹⁴ De modo a exemplificar a necessidade de aprofundamento do tema, observe-se que, na prática, tem sido recorrente o ajuizamento de ações buscando um modo de autorização judicial para plantio de *Cannabis Sativa*. Inclusive, uma das vias judiciais adotadas é a impetração de *habeas corpus* preventivo. O judiciário já apreciou a questão, concedendo a ordem: “Pelo exposto, CONCEDO A ORDEM DE HABEAS CORPUS, na forma do art. 660, §4º, CPP, determinando, por conseguinte, a expedição de SALVO CONDUTO em favor de TERESA CRISTINA GANDOLFI DE LIRA (CPF nº 297.423.978-13), determinando que as Autoridades Policiais, eventualmente coatoras, abstenham-se de investigar, repreender, constranger ou coagir a liberdade de locomoção da impetrante-paciente em razão da importação de sementes de *Cannabis Sativa* bem como do plantio, extração e produção artesanal do canabidiol em favor da saúde de sua filha” (In: JFMA. Processo nº 1003301-61.2019.4.01.3700. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão. Juiz Federal Luiz Régis Bonfim Filho. Decisão proferida em 09 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-maranhao-concede-uso.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2019).

¹¹⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35.

¹¹⁶ Inclusive, sob esta óptica é que se justifica inicialmente a exigência de demonstração da imprescindibilidade do tratamento.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 17.

de suas necessidades,¹¹⁸ parte-se da isonomia como princípio que norteia as garantias diferenciadas aos pacientes que carecem do uso dessas substâncias.

Destarte, a concessão da autorização em questão fundamenta-se primariamente na análise da necessidade do portador da doença, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto que fundamentam o pedido formulado. Tal análise deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito), pelo qual há uma comparação entre os meios utilizados e os fins almejados pelo demandante, havendo ponderação entre elementos conflitantes; ou seja, sopessa-se o nível de restrição de um direito fundamental com o fim que se pretende com tal medida.¹¹⁹

Nesta seara, não se pode questionar a plausibilidade da autorização judicial sob o espectro do mínimo existencial, sob pena de restringir demasiadamente e deteriorar a garantia do direito à saúde. Como se sabe, mínimo existencial e direitos sociais não se confundem: o mínimo existencial é “um *minus* em relação aos direitos sociais, os quais são providos de um conteúdo mais amplo, que engloba outros deveres – não só de prestação, mas também de abstenção – que ultrapassam a circunscrição do mínimo existencial.”¹²⁰ Assim, a demanda por um fármaco que contém substância proibida não se encontra fora do direito fundamental, somente não compõe o mínimo existencial em matéria de direito à saúde, o que não obsta o reconhecimento do direito do demandante. Mas justamente por não integrar o mínimo existencial, a observância da necessidade do tratamento deve ser cautelosa, levando também em consideração outros tratamentos possíveis ou indicação clara de que o tratamento com a substância proscrita é o mais indicado para o quadro do cidadão.¹²¹

Se por um lado a comprovação da necessidade do fármaco é o ponto de partida para a concessão da autorização, as decisões judiciais ou administrativas devem observar a eficácia do tratamento como elemento limitador. Acertada a proposta de voto do Ministro Barroso neste posto, pois a intenção da demanda é assegurar o fornecimento de medicamento que propicie melhora ou cura da doença e seus sintomas, não podendo colocar a saúde do paciente em risco ainda maior.¹²² Afirma o Ministro que o

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 454.

¹¹⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 217.

¹²⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, jan./jun. 2013, p. 360; HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014.

¹²¹ Sobre o assunto, ver: SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

¹²² Importa destacar sobre o tema: “No que se refere à ausência de conhecimento técnico do Poder Judiciário em relação às doenças, ações e serviços objetos das demandas, verifica-se que há formas de solucionar a limitação com medidas técnicas colaborativas, como os Núcleos de Atendimento Técnico, cuja finalidade é

fármaco pleiteado deve possuir registro em renomados órgãos ou agências de regulação no exterior - como a "Japanese Ministry of Health & Welfare", do Japão, a "Food and Drug Administration" (FDA) dos Estados Unidos da América ou ainda a "European Agency for the Evaluation of Medical Products" (EMEA), da União Europeia – pois "a aprovação da droga (ainda não registrada no Brasil) em países que possuem sistemas de vigilância sanitária sérios e respeitados fora do país mitiga os riscos à saúde envolvidos no seu fornecimento a pacientes por determinação judicial".¹²³ Assim, a existência de registro em agências internacionais aproxima o posicionamento pelo qual o Poder Judiciário pode permitir o fornecimento do fármaco, pois por algum órgão sanitário competente a fórmula foi testada e aprovada, garantindo-se a eliminação de riscos por meio da eficácia do tratamento.¹²⁴ Por não propiciarem a certeza do tratamento, as medicações experimentais são excluídas da concessão pela via judicial, ainda mais em relação às substâncias proscritas que dependem de dosagem correta e podem causar dependências químicas e efeitos indesejados.

Portanto, o controle judicial para conceder a autorização para importação e uso de fármacos que possuem substâncias proscritas devem observar essencialmente dois requisitos: o primeiro é a necessidade do tratamento através de indicação médica que exclua a possibilidade de utilização de outros fármacos ou que, apesar da existência de outros tratamentos indique aquele como sendo o mais eficaz para o paciente; o segundo é a comprovação da eficácia do tratamento pleiteado através de estudos científicos e registro em outras agências sanitárias internacionais, salvaguardando a tutela do direito à saúde em um patamar seguro de atuação judicial. Assim, a partir de uma interpretação que realmente analisa as características do caso concreto proporciona-se uma prestação estatal eficaz, por meio da qual há uma desriminalização da conduta (prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006) por ato interpretativo do juiz,¹²⁵ relativizando-se a proibição criminal em prol da proteção do direito fundamental à saúde.¹²⁶

fornecer aos juízes as informações técnicas na área do direito à saúde e proporcionar maior qualidade, conhecimento e segurança sobre aspectos médicos e farmacêuticos nas demandas de saúde, em especial por ocasião de pedidos de tutela antecipada ou liminares." In: DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019. p. 216.

¹²³ STF. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 12.03.2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa-%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 30.09.2018;

¹²⁴ RAYMUNDO, Giseli Valezi. **A crise política de medicamentos no Brasil**. Curitiba: Prismas, 2017. p. 196.

¹²⁵ "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]"

¹²⁶ Neste sentido, gize-se: "A desriminalização por ato interpretativo do juiz aproxima a prática judicial ao segundo pressuposto elencado por Baratta na visualização concreta de Política Criminal alternativa. O juiz,

Assim como as decisões judiciais vêm compreendendo pela possibilidade de importar medicamentos sem registro na ANVISA,¹²⁷ há de se propagar o desfazimento do preconceito em relação às substâncias proscritas, tutelando seu uso para proporcionar o melhor tratamento terapêutico possível. Sabe-se o quanto é difícil a posição entre uma postura mais deferente e uma mais ativa do Poder Judiciário. Neste caso ora estudado, entretanto, parecem existir motivos suficientes para a adoção da segunda alternativa, ainda que se tenha ciência dos riscos que ela carrega em si.

5. CONCLUSÕES

Com o objetivo de buscar o desenvolvimento de novos tratamentos, faz-se necessária uma releitura do sistema atual de combate às drogas. Não se pode ignorar o fato de que tais substâncias terminantemente proibidas pela Portaria nº 344/98 do Ministério da Saúde possuem outras utilizações que não a finalidade recreativa. Neste sentido, o atual sistema de combate às drogas demonstra-se em dissonância com a realidade sobre tais substâncias, pelo que há de se enfrentar o fato de que a intolerância propaga um atraso no desenvolvimento de novos tratamentos terapêuticos, muitas vezes obstando o acesso à saúde para os que dependem de tais medicamentos – este é um caminho oposto ao proposto pelo modelo de Estado social previsto na Constituição.

O histórico do desenvolvimento da ciência neste campo muito acrescenta à discussão: desde Freud e Kóller, na descoberta da anestesia local à base de cocaína,¹²⁸ até a utilização e registro de medicamentos com derivados de *Cannabis*, os novos tratamentos surgem como alternativa aos métodos tradicionais, sendo plenamente aptos à cura ou amenização de sintomas de várias doenças.¹²⁹ Não se pode ignorar tais avanços significativos em prol de uma política criminal intolerante. Neste sentido, busca-se no ordenamento a análise da possibilidade de obter autorização para importação e uso de fármacos que possuem como princípio ativo substâncias proscritas da Lista F da Portaria 344/1998.

ao interpretar, crítica e criativamente, a norma ao caso concreto (uso alternativo do direito), exclui a sanção a partir de algumas falhas no interior do direito positivo instituído (lacunas, ambiguidades e contradições) ou de possibilidades aceitas pela Dogmática mas pouco utilizadas no labor cotidiano - causas supralegais de exclusão de tipicidade (princípio da insignificância e adequação social), antijuridicidade (consentimento do ofendido) e culpabilidade." In: DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 196-197.

¹²⁷ PANORAMA FARMACÉUTICO. **Justiça autoriza importação de remédios sem certificado da Anvisa**. Disponível em: <https://panoramafarmaceutico.com.br/2018/03/20/justica-autoriza-governo-a-importar-remedios-sem-certificado-da-anvisa/>. Acesso em: 14.10.2018.

¹²⁸ REIS JUNIOR, Almíro dos. *Ibidem*. p. 245.

¹²⁹ GAUCHAZH. **Conheça os remédios que contam com substâncias advindas da maconha**. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2014/05/Conheca-os-remedios-que-contam-com-substancias-advindas-da-maconha-4503256.html>. Acesso em: 12.10.2018.

Num primeiro momento, observa-se a incumbência dada ao Poder Legislativo de criar leis que disponham sobre as ações e serviços de saúde, por força do art. 197 da Constituição da República. Entretanto, não há qualquer texto legal que verse sobre a possibilidade de utilização de medicamentos que contenham substâncias proibidas. Assim, tendo em vista que o texto constitucional direciona o dever de garantir o direito fundamental à saúde para a Administração Pública,¹³⁰ vislumbra-se a possibilidade de elaborar uma regulamentação administrativa mais eficaz, que permita o desenvolvimento científico e a importação devidamente fiscalizada destes medicamentos.¹³¹ Assim, dar-se-ia um regime diferenciado em relação a estas substâncias, permitindo seu uso para fins medicinais (com prescrição e dosagem correta), sem liberá-las para todos os fins (inclusive recreativo).

A sentença judicial que promoveu a exclusão do tetraidrocanabinol da Lista F da Portaria 344/98 determinou também a inclusão de um adendo na lista E desta Portaria, para permitir o uso da *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais.¹³² Em que pese a determinação judicial referir-se à lista E, vê-se que é possível estabelecer a autorização somente em relação aos tratamentos terapêuticos, assim consagrando a proteção da saúde.

No âmbito de regulação administrativa, há de se ressaltar que já é possível observar atuação mais incisiva da ANVISA na tentativa de trazer uma regulamentação eficiente para o uso de substâncias proibidas, o que, por outro lado, tem gerado embate direto com o posicionamento do Planalto, cujo teor revela resistência ao desenvolvimento do tema. Entretanto, o assunto avança no âmbito administrativo, ressaltando-se a aprovação da Resolução de Diretoria Colegiada nº 325 da ANVISA, cujo teor revisitou as substâncias anteriormente proibidas pela Lista F da Portaria nº 344/1998, passando a permitir a comercialização em território nacional de medicamentos que possuem como base a *Cannabis Sativa*. Ainda que se trate de um avanço relevante para o tema, há de se ressaltar que não há uma regulação específica e consolidada sobre o uso de medicamentos com princípios ativos proibidos, tratando-se apenas de uma revisão daqueles que eram considerados proibidos pela Lista F da Portaria nº 344/1998. Desse

¹³⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 248.

¹³¹ Sobre o tema, gize-se a importância de articulações entre o Estado e a sociedade a fim de otimizar as ações na garantia de justiça política: "As práticas da justiça política devem buscar a articulação entre grupos ou organizações das sociedades com esferas administrativas estatais para uma atuação que permita a otimização de ações. Para que isto ocorra são indispensáveis iniciativas formadoras que construam novas formas de conceber a atuação conjunta desses segmentos." In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Justiça Política: conceito a partir de olhares sobre a exclusão e o risco social**. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, jan./jun. 2017, p. 419.

¹³² TRF 1. 16ª Vara Federal de Brasília. Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União e Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Ajuizamento em: 11.12.2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00906701620144013400&secao=D-F&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 13.10.2018.

modo, o ordenamento jurídico brasileiro carece ainda de uma regulamentação administrativa mais eficiente, a fim de salvaguardar o desenvolvimento do direito à saúde, assim como das pesquisas que envolvem tais substâncias.

Por outro lado, quando a lei é omissa ou o papel da Administração Pública resta total ou parcialmente descumprido, torna-se importante a possibilidade de ser buscada autorização judicial.¹³³ Assim, há de se observar as necessidades do paciente portador da doença, considerando-se a tutela diferenciada para cada caso eis que cada indivíduo apresenta situações particulares.¹³⁴ Neste sentido, há de se ressaltar que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”¹³⁵ Partindo-se de uma desigualdade em termos de saúde e vida,¹³⁶ a concessão de autorização para importação e uso de substâncias proscritas deve atender aos critérios de comprovação da necessidade do tratamento (através de exames e laudos médicos que indiquem o tratamento como mais eficaz para o quadro do paciente), bem como observar a constatação de eficácia do tratamento, que se dá através de pesquisas e registro do medicamento em outros órgãos sanitários fora do país. Ressalte-se que a necessidade e a eficácia do tratamento devem ser observadas tanto pela via administrativa quanto pela via judicial, salvaguardando a concessão de medicamento que de fato propicie melhora da vitalidade do paciente. Não se pretende incitar aleatoriamente o uso de substâncias proscritas, mas sim defender a criação de um conjunto normativo apto a garantir o acesso destas substâncias a pacientes que delas dependem, concretizando o direito fundamental à saúde sob um espectro não tradicional, inclusive, se necessário, modificando a anterior lógica de configuração institucional do Estado brasileiro.¹³⁷

¹³³ Há autores, ainda, que defendem uma atuação conjunta dos Poderes mediante a realização de “diálogos institucionais” – o que é um assunto polêmico. Nesse sentido, ver: AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018.

¹³⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 454.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 10.

¹³⁶ Mencione-se: “O indivíduo doente ou acometido por alguma capacidade vê o seu leque de oportunidades ser reduzido, de forma que, mesmo tendo o mesmo índice de bens primários, fica em situação de desigualdade com relação a outro indivíduo saudável.” In: SILVA, Delmo da; RAMOS, Edith; DINIZ, Isadora. *O Direito à saúde no âmbito da justiça como equidade: limites e possibilidades da justiça social na extensão dos direitos sociais em Rawls*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, jul./dez/ 2017, p. 197.

¹³⁷ Como, aliás, já vem ocorrendo na área da promoção da saúde como um todo. Sobre o assunto, ver: RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivan Alberto. *Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016.

6. REFERÊNCIAS

AGU. **Judicialização da saúde no Brasil:** Principais Projetos Desenvolvidos pela Coordenação de Assuntos Judiciais. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL%20Principais%20Projetos%20Desenvolvidos%20pela%20Coordenacao%20de%20Assuntos%20Judiciais.pdf>. Acesso em: 10.09.2018;

AGU. **Manifestação Jurídica Referencial sobre o medicamento Lomitapida.** Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/31/0001-2017lomitapida.pdf>. Acesso em: 12.09.2018

ALAGOAS 24 HORAS. **Remédio à base de maconha ajuda no tratamento de doenças neurológicas.** Disponível em: <http://www.alagoas24horas.com.br/1147351/remedio-base-de-maconha-ajuda-tratamento-de-doencas-neurologicas/>. Acesso em: 12.10.2018.

ALVES, Letícia. **Importação de remédios esbarra na burocracia.** Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/importa%C3%A7%C3%A3o-derem%C3%A9dio-esbarra-na-burocracia-1.313958>. Acesso em: 13.10.2018.

ANVISA. **Orientações sobre importação de canabidiol.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/importacao -de-canabidiol>. Acesso em: 12.10.2018

ANVISA. **Registrado primeiro medicamento à base de Cannabis Sativa.** Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/agencia-aprova-primeiro-remedio-a-base-de-cannabis-sativa/219201. Acesso em: 02.06.2018.

ANVISA. **Importação de medicamentos sujeitos a controle especial, à base de outras substâncias, para uso próprio e para fins de tratamento de saúde.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/importacao-controlados/saiba-mais>. Acesso em: 15.06.2019.

ARAÚJO, Tarso. **Agora é Oficial:** ANVISA vai liberar a prescrição de CBD. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/psicoativo/agora-e-oficial-anvisa-vai-liberar-a-prescricao-de-cbd/>. Acesso em: 12.10.2018.

AQTIC. **Indications and Usage.** Disponível em: <http://www.actiq.com/>. Acesso em: 12.10.2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL - AMA+ME. **Conheça a história da Cannabis Medicinal.** Disponível em: <https://amame.org.br/historia-da-cannabis-medical/>. Acesso em: 29.09.2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL - AMA+ME. **Suporte à quimioterapia potencial terapêutico.** Disponível em: <https://amame.org.br/cannabis/suporte-a-quimioterapia/>. Acesso em: 12.10.2018.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018.

BARROS, Daniel Martins de. **A liberação do Canabidiol**. Disponível em: <https://emais.estadao.com.br/blogs/daniel-martins-de-barros/a-liberacao-do-canabidiol/>. Acesso em: 10.09.2018.

BECHARA, Fábio Ramazzini; COSTA, Fernanda Soraia Pacheco. Eficiência na prestação de serviços de saúde: experiência brasileira do modelo gerencial e comparativo com os países da common law. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 65-82, jan./mar. 2019.

BERTOTTI, Bárbara Mendonça; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A integração da iniciativa privada ao sistema público de saúde brasileiro: limites e possibilidades. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 239-265, jul./dic. 2018.

BRAVO, Álvaro Avelino Sánchez. Marco Europeo para una inteligencia artificial basada en las personas. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

BRAZIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2018**. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <https://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2018/11/RENAME-2018.pdf>. Acesso em: 8.06.2019.

CALZOLARI, Izabella. **Anvisa decide retirar o canabidiol da lista de substâncias de uso proibido**. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/01/anvisa-decide-retirar-o-canabidiol-da-lista-de-substancias-de-uso-proibido.html>. Acesso em: 12.10.2018.

CANCIAN, Natália. **Planalto é contra proposta da Anvisa de dar aval a cultivo de maconha**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2019/06/planalto-e-contra-proposta-da-anvisa-de-dar-aval-a-cultivo-de-maconha.shtml>. Acesso em: 21.06.2019.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CATARSE. **Repense**: campanha de conscientização sobre a maconha medicinal. Disponível em: <https://www.catarse.me/repense>. Acesso em: 12.10.2018.

CHADE, Jamil. **Orçamento para saúde no Brasil fica abaixo da média mundial, diz OMS**. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,orcamento-para-saude-no-brasil-fica-abixo-da-media-mundial,70001788024>. Acesso em: 28.09.2018

CENPRE. **Histórico da Maconha**. Disponível em: <http://www.cenpre.furg.br/drogas?id=62>. Acesso em: 29.09.2018.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia Artificial GPT-3, Pretoria y Oráculos Algorítmicos en el Derecho. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdiccional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019.

DENARC. **Ópio**. Disponível em: <http://www.denarc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=25>. Acesso em: 29.09.2018.

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016.

DUARTE, Danilo Freire. Uma breve história do ópio e dos opióides. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. v. 55, n. 1, jan./fev., 2005. p. 135-146.

DOTTA, Alexandre Godoy; CABRAL, Rodrigo Maciel. Mínimo Existencial na Hermenêutica da Jurisprudência Brasileira Referente às Políticas Públicas Relativas ao Direito à Educação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. a. 10. v.2., mai./ago. 2018, p. 138-149.

EL PAÍS. **EUA autorizam o primeiro medicamento feito a partir de maconha**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/25/actualidad/1529952375_014000.html. Acesso em: 30.09.2018.

ESCLEROSE MÚLTIPLA. **Uso de derivados da Cannabis na Esclerose Múltipla**. Disponível em: <http://esclerosemultipla.com.br/2015/06/24/uso-de-derivados-da-cannabis-na-esclerose-multipla/>. Acesso em: 12.10.2018.

EXAME. **Anvisa regulamenta medicamentos à base de maconha, mas rejeita cultivo**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/anvisa-aprova-regulamentacao-de-medicamentos-a-base-de-maconha/>. Acesso em: 06.12.2019.

FIGUEIREDO, Carla Regina Bortolaz de; CABRAL, Flávio Garcia. Inteligência artificial: machine learning na Administração Pública. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

FRANÇA, Valenio Pérez. O namoro de Freud e a descoberta da anestesia tópica. **Revista Médica de Minas Gerais**. v. 20, n. 1, jan./mar. 2010. p. 131-137.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GABARDO, Emerson. A Felicidade como Fundamento Teórico do Desenvolvimento em um Estado Social. **Revista Digital de Direito Administrativo**. V. 5, n. 1, 2018. p. 99-141.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAUCHAZH. **Conheça os remédios que contam com substâncias advindas da maconha**. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2014/05/Conheca-os-remedios-que-contam-com-substancias-advindas-da-maconha-4503256.html>. Acesso em: 12.10.2018.

GIMENEZ, Charlise de Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. Dos Direitos Humanos e dos Conflitos na Sociedade Líquida pós-moderna. **Nomos – Revista do Programa de pós-graduação da UFC**, Fortaleza, v. 37.2, p. 259-279, jul./dez. 2017.

GLOECKNER, Joseane Ledebrum. Da necessidade de uma política pública voltada aos medicamentos para doenças raras. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 233-262, jul./set., 2015.

GRILLO, Breno. **Marco Aurélio complementa voto em julgamento sobre fornecimento de remédios**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio> Acesso em: 18.09.2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Justiça Política: conceito a partir de olhares sobre a exclusão e o risco social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, p. 409-423, jan./jun. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, jan./jun. 2013. p. 340-399.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Procedimientos administrativos reivindicatorios de derechos sociales: deber de decidir em plazo razonable vs. silencio administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, n. 10, jul./dic., 2014. p. 213-251.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação. Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. **Cuestiones Constitucionales**: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 39, p. 131-167, jul. /dic. 2018.

ÍNDICE. **Etretinato**. Disponível em: <https://www.indice.eu/pt/medicamentos/DCI/ etretinato/informacao-geral>. Acesso em: 12.10.2018.

JFMA. Processo nº 1003301-61.2019.4.01.3700. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão. Juiz Federal Luiz Régis Bonfim Filho. Decisão proferida em 09 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-maranhao-concede-uso.pdf>. Acesso em: 26.07.2019.

LIMA, Edilberto Pontes. O STF e o equilíbrio federativo: entre a descentralização e a inércia centralizadora. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC**, Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 35-50 jan./jun. 2017.

LOPES, Antônio Carlos (Ed.). **Diagnóstico e tratamento**. v. 2. Barueri: Manole, 2006.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MUNIZ, Mariana. **Morre autora de ação no STF sobre fornecimento de remédio sem registro na Anvisa**. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/rui/morre-autora-de-acao-no-stf-sobre-fornecimento-de-remedio-sem-registro-na-anvisa-19062018> Acesso em: 17.09.2018.

O GLOBO. **Filas, superlotação, faltas de funcionário e improviso: veja detalhes da crise em hospital público de Campinas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/filas-superlotacao-falta-de-funcionarios-e-improviso-veja-detalhes-da-crise-em-hospital-publico-de-campinas.ghtml>. Acesso em: 13.10.2018.

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE. **Relatório de acompanhamento de políticas**. Disponível em <http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/matriz/analises/2/>. Acesso em: 04.09.2018.

O'HARE, Ryan. **Magic mushrooms may 'reset' the brains of depressed patients.** Imperial College of Science, Technology and Medicine. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/news/182410/magic-mushrooms-reset-brains-depressed-patients/>. Acesso em: 8.06.2019.

OMS. **Dados estatísticos sobre o Brasil.** Disponível em: <http://www.who.int/countries/bra/es/>. Acesso em: 28.09.2018.

ONCOGUIA. **Medicamentos analgésicos Opioides.** Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/analgesicos-opioides/7674/902/>. Acesso em: 29.09.2018.

PANORAMA FARMACÊUTICO. **Justiça autoriza importação de remédios sem certificado da Anvisa.** Disponível em: <https://panoramafarmaceutico.com.br/2018/03/20/justica-autoriza-governo-a-importar-remedios-sem-certificado-da-anvisa/>. Acesso em: 14.10.2018.

PAIVA, Leonardo Lindroth de; LEINDORF, Cecilia de Aguilar. O usuário do serviço Público como consumidor: visões do direito administrativo e do consumidor e sua atual aplicação. In: BETTES, Janaína Maria; DE PAIVA, Leonardo Lindroth; Lucimara Deretti (Coord.). **Temas de Desenvolvimento e Socioambientalismo.** Curitiba: CRV, 2016.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde:** regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Detalhamento dos gastos por meio de cartão de pagamento.** Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/cartoes/consulta?ordenarPor=valorTotal&dir=desc>. Acesso em: 20.05.2019.

RAYMUNDO, Giseli Valezi. **A crise política de medicamentos no Brasil.** Curitiba: Prismas, 2017.

REIS JUNIOR, Almíro dos. Sigmund Freud (1856-1939) e Karl Köller (1857-1944) e a Descoberta da Anestesia Local. **Revista Brasileira de Anestesiologia.** v. 59, n. 2, mar./abr., 2009. p. 244-257.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivan Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 43-60.

SENADO FEDERAL. **Neurocientista aponta propriedades medicinais da maconha**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/08/25/neurocientista-aponta-propriedades-medicinais-da-maconha>. Acesso em: 29.09.2018.

SILVA, Delmo da; RAMOS, Edith; DINIZ, Isadora. O Direito à saúde no âmbito da justiça como equidade: limites e possibilidades da justiça social na extensão dos direitos sociais em Rawls. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 169-201, jul./dez/ 2017.

STJ. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.

STF. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 12.03.2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa %CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 30.09.2018.

STF. Tema de Repercussão Geral nº 6 – RE 566471. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 20.05.2019.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos constitucionais de seguridade social no Brasil: uma abordagem orientada por direitos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 185-215, jan./ mar. 2017.

STRINGHINI, Antonella. Asistencia virtual automatizada e inclusiva para optimizar la relación de la ciudadanía con la Administración Pública. **International Journal of Digital Law**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

SUPERINTERESSANTE. **Ilegal**. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6PPUY-694Csc>. Acesso em: 12.10.2018.

SUPERINTERESSANTE. **Ilegal**: primeiro filme da SUPER mostra a luta de pacientes pela legalização da maconha medicinal no Brasil. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/superblog/illegal-primeiro-filme-da-super-mostra-a-luta-de-pacientes-pela-legalizacao-da-maconha-medicinal-no-brasil/>. Acesso em: 12.10.2018.

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras**: 1988. Brasília: Senado Federal - Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRF 1. 16ª Vara Federal de Brasília. Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União e Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Ajuizamento

em: 11.12.2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00906701620144013400&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 13.10.2018.

TRUFFI, Renan; CARDOSO, Daiene. **Auxílio-moradia custa R\$ 817 mi à União**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,auxilio-moradia-custa-r-817-mi-a-uniao,70002176117>. Acesso em: 28.09.2018.

UFJF. **Pesquisadores defendem uso medicinal de derivados da maconha**. Disponível em: <https://www2.ufjf.br/noticias/2018/02/24/pesquisadores-defendem-uso-medicinal-de-derivados-de-maconha/>. Acesso em: 30.09.2018.

UNASUS. **Anvisa retira canabidiol, derivado da maconha, de lista de substâncias proscritas**. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/anvisa-tira-canabidiol-derivado-da-maconha-da-lista-de-substancias-proibidas>. Acesso em: 29.09.2018.

UNODC. **Drogas**: Marco Legal. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 29.09.2018.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. Serviço Público, Desenvolvimento Econômico e a Nova Contratualização da Administração Pública: o Desafio na Satisfação dos Direitos Fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018.

VIEIRA, João. **O homem e as drogas**: o penoso caminho do retrocesso. São Paulo: Letras & Letras, 1996.



A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil

The governability of permanent exception and the neoliberal policy of management of the undesirable in Brazil

PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO I,*

^I Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)

pedroadv@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-2053-3117>

RENATA POSSI MAGANE II,**

^I Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (São Bernardo do Campo, São Paulo, Brasil)

renatapossi@rocketmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-3632-1039>

Received/Received: 28.06.2019 / June 28th, 2019

Aprovado/Approved: 28.10.2020 / October 28th, 2020

Resumo

Temos estudado e observado o fenômeno do autoritarismo estatal nas democracias contemporâneas latino-americanas no século XXI há algum tempo, sobretudo a partir dos golpes de Estado perpetrados contra governos legitimamente e democraticamente eleitos, a exemplo do ocorrido em Honduras, Paraguai e Brasil, nesse último, com a decretação do impeachment da Presidenta Dilma Rousseff em 2016, denunciando o papel que o

Abstract

We have been studying and observing the phenomenon of state authoritarianism in contemporary Latin American democracies in the 21st century for some time, especially since the coups d'état perpetrated against the legitimately and democratically elected governments, as occurred in Honduras, Paraguay and Brazil, in the latter, upon the impeachment of President Dilma Rousseff in 2016, denouncing the role that the Criminal Justice System played as a producer of these

Como citar esse artigo/How to cite this article: SERRANO, Pedro Estevam Alves; MAGANE, Renata Possi. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.67686.

* Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Possui pós-doutorado em Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. E-mail: pedroadv@uol.com.br.

** Professora de Ciência Política e Teoria do Estado, na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (São Bernardo do Campo-SP, Brasil). Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: renatapossi@rocketmail.com.

Sistema de Justiça Criminal desempenhou como agente produtor dessas medidas em que o Judiciário ao invés de corrigir as ilegalidades cometidas, legitimou, por meio da construção de retóricas meramente performáticas, verdadeiros “golpes” perpetrados contra a democracia desses países. Este artigo tem como objetivo ampliar a abordagem de análise do fenômeno do autoritarismo estatal a fim de comprovar que a estratégia adotada nos casos mencionados, mais do que meras distorções e aporias ocasionais, constitui-se em fraude institucionalizada e verdadeira técnica de governabilidade de exceção permanente que se utiliza das leis e das autoridades democráticas para perpetrar inadmissível corrupção sistêmica e impor um Estado autoritário, permitindo a gestão e eliminação dos indesejáveis, dentro do que se convençãou denominar “racionalidade neoliberal”.

Palavras-chave: Estado de exceção; governabilidade de exceção permanente; autoritarismo; neoliberalismo; golpes democráticos.

measures in which the Judiciary, instead of correcting the illegalities committed, legitimized, through the construction of pure performative rhetoric, true “coups” perpetrated against the democracy of these countries. This article aims to broaden the approach of the analysis of the state authoritarianism’s phenomenon in order to prove that the strategy adopted in the mentioned cases, rather than mere distortions and occasional aporias, constitutes an institutionalized fraud and true governance technique of permanent exception which uses laws and democratic authorities to perpetrate systemic corruption and impose an authoritarian State, allowing the management and elimination of the undesirables, within what has been conventionally named “neoliberal rationality”.

Keywords: State of exception; governability of permanent exception; authoritarianism; neoliberalismo; democratic coups

SUMÁRIO

1. Introdução;
2. O neoliberalismo e a desigualdade social como substrato às medidas de exceção;
3. Conclusões;
4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o fim da 2^a Guerra Mundial e o surgimento das legislações e organismos internacionais de proteção aos direitos humanos que se universalizaram e adentraram aos ordenamentos jurídicos internos por meio de constituições rígidas, consubstanciando-se em verdadeiras “sementes anti-fascistas”, expressão cunhada por Luigi Ferrajoli, não há mais como se sustentar juridicamente os mecanismos clássicos de combate ao inimigo nacional, seja ele o comunista, os judeus, os negros ou qualquer tipo de existência real que impeça a concretização do discurso hegemônico da ordem, do nacionalismo e da pureza racial, como lamentavelmente assistimos no século passado, em alguns países.

Com a impossibilidade de se sustentarem juridicamente as atrocidades perpetradas pelos Estados de exceção clássicos presentes no século XX, a exemplo do nazismo alemão, fascismo italiano e das ditaduras militares instauradas na América Latina, entre outros modelos autoritários que existiram no período histórico referido, os campos de concentração e extermínio de corpos físicos indesejáveis passaram a ser substituídos no século XXI por uma construção que se opera no campo discursivo, muito mais sofisticado e de difícil constatação, mas que assumem uma potência altamente lesiva para quem a arma da manipulação legal é apontada: um tiro de arbitrariedades

certeiro que destrói se não fisicamente, simbolicamente a existência do outro, o inimigo declarado, a quem é negada a condição de pessoa e os direitos a ela inerentes pela simples condição de sê-lo.

O mecanismo descrito acima tem sido adotado no Brasil na contemporaneidade pelo Sistema de Justiça com amplo apoio midiático e popular, cuja função precípua e indispensável é a de disseminar esta forma especial de construção discursiva de falseamento da realidade que não apenas legitima as práticas adotadas, como também acirra as disputas ideológicas na construção do ódio como política no seio social e resgatando a lógica binária do amigo/inimigo e da supressão ou morte simbólica dos indesejáveis.

Temos sistematicamente denunciado desde 2007 e mais recentemente em obra publicada em 2016¹ a ocorrência de “medidas de exceção no interior das sociedades democráticas” ou a presença de uma “governabilidade de exceção permanente”, cujas práticas ocorrem na atualidade sem a adoção da suspensão da ordem jurídica vigente, mas como técnica ocasional de governo em que há dois modelos de Estado convivendo simultânea e paralelamente: um Estado de direito formalmente democrático previsto na Constituição Federal e acessível apenas aos economicamente incluídos e politicamente convenientes e um Estado de exceção real presente nas práticas político-jurídicas adotadas contra os inimigos declarados pelos detentores do poder, que são escolhidos ao sabor das necessidades do momento para a manutenção do *establishment*.

Apresentaremos nesse artigo nossas reflexões mais recentes acerca das características político-econômicas como fenômeno mundial que criam o substrato ideal para instalação do que chamamos de “governabilidade de exceção permanente” para a população excluída (o inimigo pobre) e adoção de medidas de exceção com fim eminentemente político (o inimigo corrupto), por meio, principalmente, da subversão do sistema de persecução penal pelos atores envolvidos no Sistema de Justiça Criminal.

Nesta senda, apresentamos a política neoliberal e a transformação do capitalismo industrial em financeiro, com o consequente aumento da desigualdade social, como fatores que impõem uma governabilidade de exceção permanente contra a parcela excluída da sociedade e mecanismos adotados com finalidade política, dirigidos, sobretudo, aos governos e líderes de esquerda contrários aos interesses do mercado, propugnando-se uma verdadeira criminalização da política a fim de que o controle político seja realizado pelo poder econômico, numa prática muito efetiva de gestão dos indesejáveis.

Na perspectiva lógica da imposição de uma política neoliberal que se impõe no atual cenário político brasileiro, o poder político passa necessariamente a ser subjugado

¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.

ao poder econômico, cujo sistema capitaneado pelo capital financeiro clama pelo autoritarismo e punitivismo estatal como instrumento de garantia das grandes operações do mercado e para conter a violência gerada pelo aumento da desigualdade social que resulta inexoravelmente desse modelo econômico excludente.

Desigualdade esta, aliás, que se agiganta como consequência intrínseca ao atual estágio do capitalismo que não mais depende da força de trabalho operária, indispensável na fase do capitalismo eminentemente industrial, mas do fetiche mercadológico e fantasmagórico que produz riqueza a partir da retroalimentação do próprio capital financeiro e da acumulação de bens concentrada nas mãos de meia dúzia de oligarquias familiares que detém o controle destes novos mecanismos especulativos, seja em mesas de negociações virtuais ou na imprensa, por exemplo, e do *locus* político para manter as engrenagens da estrutura de poder funcionando perfeitamente ao atendimento dos seus próprios interesses e gerando, nesse sentido, um contingente de pessoas descartáveis e marginalizadas, suscetível a toda sorte de violência e negação de sua condição de cidadania.

Se por um lado esse sistema de mercado demanda a presença de um Estado forte e dilatado, por outro, exige a redução, e até mesmo a suspensão, dos direitos dos indivíduos, apresentando-se, portanto, autoritário por excelência, desmistificando-se a ideia de um Estado mínimo associado ao modelo do capitalismo pós-industrial, pois, paradoxalmente, o mercado de capital de cariz eminentemente financeiro exige um Estado autoritário, máximo, a seu serviço.

Não à toa que países que adotaram o modelo neoliberal (a exemplo da Inglaterra de Margareth Thatcher e países latino-americanos que a partir da década de 90 adotaram a cartilha impositiva do Consenso de Washington, como Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, Chile, Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia), aumentaram os custos estatais com o aparelho repressivo, superando os investimentos sociais do Estado de Bem Estar Social, caindo por terra a falaciosa promessa de redução de gastos públicos.

Essa apontada tendência à unificação dos poderes como mecanismo de manutenção dos privilégios do mercado de capital é, sem sombra de dúvida, a principal causa da ruptura democrática percebida nos últimos anos e que tem provocado o desmonte das conquistas sociais alcançadas nas últimas décadas de governos petistas, re-colocando milhões de pessoas novamente na condição de pobreza extrema, conforme dados medidos pelo Sistema de Indicadores Sociais (SIS) e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), com dois milhões a mais de pessoas retornando a essa condição de miserabilidade entre 2016 e 2017².

² Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017>>. Acesso realizado em 08/03/2019.

A separação entre poder econômico e poder político que marca a ascensão da democracia liberal é subvertida pela “racionalidade neoliberal” que avança como fenômeno globalizante a partir dos anos 80 do século passado, e, particularmente no Brasil, a partir dos anos 90.

Questões como encarceramento em massa, seletividade da punição criminal, desrespeito aos direitos e garantias penais e processuais penais, espetacularização e condenação midiática, hipernomia e apropriação privada da linguagem pelos aplicadores do direito e dos agentes como um todo que compõem o Sistema de Justiça Criminal (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia, etc.), são, grosso modo, os principais fenômenos observados nessa técnica de gestão dos indesejáveis dentre da lógica da política neoliberal.

A ampliação do direito penal como instrumento de controle social, flexibilizando ou mesmo subtraindo os direitos do acusado – ou daquele que é perseguido pela justiça penal –, ocorre em várias partes do mundo por diferentes razões.

Contudo, importante anotar que a política de encarceramento em massa adotada no âmbito do neoliberalismo a partir do início da década de 90 no Brasil, e que propiciou esse aumento desenfreado da população carcerária, não foi acompanhado da diminuição dos crimes considerados violentos nem tampouco da diminuição da sensação de insegurança. Com população de 726 mil presos e a terceira maior do mundo³, atrás apenas dos Estados Unidos e China, não vimos o índice de violência regredir, o que contraria o discurso do encarceramento e punitivismo como política de segurança pública eficaz contra o aumento da criminalidade.

Importante salientar que esses mecanismos que descrevemos como medidas de exceção adotadas concomitantemente na rotina democrática, sem suspensão da ordem jurídica vigente, operam-se de formas distintas nos contextos de países mais desenvolvidos, a exemplo da Europa e Estados Unidos, onde se tem, grosso modo, a edição de atos do Legislativo – por meio de normas gerais e abstratas – que fortalecem o Executivo, a exemplo das leis anti-terroristas, como o *patriot act* e a admissão de um direito penal especial direcionado aos estrangeiros suspeitos de cometimento de supostos crimes de terrorismo atentatórios à segurança nacional.

Nos países de capitalismo periférico e desiguais da América Latina, as medidas de exceção são direcionadas ao inimigo interno, que pode ser tanto o bandido (parcela pobre, majoritariamente negra e marginalizada da sociedade), como o corrupto. Nesse último caso, por meio do Sistema de Justiça que atua a serviço dos interesses do mercado e opera para criminalizar lideranças de esquerda, a exemplo dos processos penais e prisões adotadas no contexto da Operação Lava-Jato e que mantem preso por meio

³ Segundo dados extraídos do INFOPEN (Relatório de Informações Penitenciárias), disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>, acesso realizado em 03/13/2019.

de ilações e condutas não comprovadas o maior líder político da esquerda brasileira, o ex-Presidente Lula.

Neste sentido, com relação à parcela da população incluída surgem essas medidas de exceção com finalidade política em duas modalidades: a) *impeachment* e golpes de Estado de presidentes democraticamente eleitos; b) processos penais de exceção e persecução de líderes políticos, em geral de esquerda.

Na América Latina, golpes militares clássicos como os ocorridos no Brasil, na Argentina e no Chile, são um fenômeno do século XX que ficaram para trás. No século XXI, estabeleceu-se no mundo ocidental um forte consenso democrático, ou seja, consolidou-se um discurso de legitimização da democracia como valor universal.

Entretanto, isso não significa que o autoritarismo deixou de existir no interior dos Estados democráticos. As medidas autoritárias apenas passaram a ser revestidas de uma aparência de legitimidade democrática, sem interdição declarada da ordem jurídica.

O *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff em 2016 foi mais uma faceta dessas medidas de exceção que, sem qualquer fundamentação juridicamente plausível, interrompe ilícita, constitucional e agressivamente um mandato legítimo, suprimindo a soberania popular e o direito político de mais de 54 milhões de pessoas, esvaziando, assim, a democracia.

Importante ressaltarmos que o Judiciário tem atuado nesses processos como legitimador dos golpes institucionais perpetrados, pois embora o Supremo Tribunal Federal tenha determinado as regras do processo de *impeachment*, não se pronunciou até hoje sobre as medidas que contestam o processo e suas flagrantes ilegalidades.

Não há dúvidas de que no caso do *impeachment* da Presidenta Dilma, mais do que uma constitucionalidade, o que por si só já seria de uma gravidade tamanha, fora utilizada uma interpretação dos fatos à luz de uma manipulação do texto legal a fim de interromper o ciclo democrático e implementar um projeto que atendesse única e exclusivamente os interesses da elite econômica dominante, o que se confirmou com a concretização da reforma trabalhista e a PEC do teto de gastos públicos, particularmente no tocante aos investimentos em áreas sociais, aprovadas sem qualquer dificuldade logo em seguida à destituição da Presidenta.

Ao lado dos mecanismos de interrupção dos ciclos democráticos por meio de *impeachments* constitucionais e golpes perpetrados contra governos principalmente de esquerda, vem ocorrendo também na contemporaneidade a criminalização dos agentes políticos seletivamente selecionados por não representarem os interesses e privilégios do mercado.

Nesse sentido, o sistema de justiça criminal, composto por vários agentes estatais (Poder Judiciário, Ministério Público, Delegados, Polícia, etc.), com o apoio

fundamental da mídia⁴, torna-se o autor soberano das medidas de exceção, instaurando-se indubitavelmente uma guerra legal contra os indesejáveis, realidade que tem atingido os setores mais resistentes aos desmandos que já se observam no governo Bolsonaro, como os movimentos sociais, as universidades públicas e as minorias organizadas, tais como LGBTQ, feministas, negros, índios, entre outros.

Isso implica trazer o regime jurídico próprio da guerra para o plano interno, tomando parcela da sociedade como inimiga e retirando daqueles que fazem parte desse grupo a condição humana que lhes confere proteção política e jurídica, por meio da desconstrução midiática da sua imagem e da sua dignidade.

Embora muitas vezes a exceção se empregue a partir de mecanismos jurídicos, a motivação é sempre política e sua adoção justificada pela emergência, no aspecto temporal, e insegurança no campo social e axiológico. O conceito de exceção pressupõe ainda que os direitos próprios da democracia liberal são adequados para reger a normalidade cotidiana.

É na excepcionalidade, ou seja, numa situação em que o Estado se vê ameaçado pelo inimigo, que esses direitos podem ser suspensos – semelhante ao que ocorre em relação ao *estado de sítio* no Brasil e o *estado de guerra* na Inglaterra. Mas a suspensão não ocorre mais de forma declarada ou autorizada pela ordem constitucional, mas por meio de interpretações legais inconstitucionais por autoridades que têm junto à população em geral uma credibilidade a partir da crença generalizada da neutralidade e distanciamento dos interesses político-partidários, substituindo-se as botas do militar pela toga do magistrado e a arma pela lei como instrumento do verdadeiro *lawfare*⁵ contemporâneo brasileiro.

2. O NEOLIBERALISMO E A DESIGUALDADE SOCIAL COMO SUBSTRATO ÀS MEDIDAS DE EXCEÇÃO

O aumento das medidas de exceção no interior das sociedades democráticas sem a adoção da suspensão da ordem vigente a partir principalmente dos anos

⁴ “Hoje é impossível pensar o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal sem analisar o funcionamento dos meios de comunicação de massa, que produzem hipóteses acusatórias, selecionam ‘provas’, julgam (sem os limites impostos pelas constituições democráticas) e executam pessoas diante de seus leitores, ouvintes e espectadores. Não raro, os julgamentos e execuções midiáticas são mais céleres e festejados do que aqueles realizados pelo Poder Judiciário. Não raro, os julgamentos midiáticos influenciam os julgamentos do Poder Judiciário, isso porque muitos juízes também querem ser festejados pelos meios de comunicação de massas.” In: CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 99-100.

⁵ O termo *lawfare*, formado pela junção das palavras *law*, “lei” e *warfare*, “guerra”, foi empregado pela primeira vez em 1970 e disseminado pelo coronel da Força Aérea dos EUA, Charles Dunlap em 2001, utilizado para expressar o fenômeno da guerra jurídica adotado em substituição à guerra armada em que a lei era manipulada como arma de guerra com a intenção de controlar, perseguir e exterminar os opositores políticos, por meio de manobras jurídicas ilegítimas, mas com aparência e verniz de legitimidade e legalidade.

sessenta e setenta do século passado, decorre, inegavelmente, da formação de uma nova fase do capitalismo, que deixa de ser predominantemente industrial e se torna indubitavelmente financeiro.

Um sistema capitaneado pelo capital financeiro, com apoio tecnológico e militar, em que a presença do autoritarismo estatal torna-se fundamental instrumento de garantia tanto para a segurança das operações financeiras dos grandes grupos econômicos (há uma credibilidade nas suas instituições, pois o Estado torna-se o garantidor dessas operações em última instância – uma espécie de “mão invisível do Estado”), bem como para conter a violência gerada pelo aumento da desigualdade social, consequência intrínseca do atual estágio do capitalismo.

Se por um lado esse sistema de mercado demanda a presença de um Estado forte e dilatado, por outro, exige a redução - e até mesmo a suspensão - dos direitos dos indivíduos, apresentando-se, portanto, autoritário por excelência. Há nesse ponto que se desmitificar a ideia de um Estado mínimo associado ao modelo do capitalismo pós industrial, pois o mercado de capital de cariz eminentemente financeiro exige um Estado autoritário, máximo, a seu serviço.

Sob esse aspecto, Rafael Valim em trabalho fundamental intitulado “Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo”⁶, afirma que “à impotência da política perante a economia deve corresponder um aumento de sua potência em relação à sociedade”, e rememora ainda as palavras de Leymert Garcia para quem o mercado “precisa, evidentemente, de um Estado fraco como instância de decisão e formulação de política, mas forte como organismo gestor de população e dispositivo de controle social”⁷.

Isso ocorre, a nosso ver, por duas razões: primeiro, diante do dinamismo do mercado econômico e pelo risco que a evasão da fortuna das grandes instituições financeiras ocasionaria à estabilidade política, ocorre uma inversão no modelo de centralização do poder: o poder político passa a ser controlado pelo poder econômico e o Estado torna-se o garantidor das grandes operações do mercado; segundo, como a acumulação de riqueza produzida pelo sistema capitalista gera inevitavelmente uma grande desigualdade social, exige-se cada vez mais o aumento do autoritarismo e punitivismo estatal a fim de conter o produto desse abismo social, a violência.

⁶ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

⁷ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 31.

Alinhado com as nossas premissas apresentadas, Rubens Casara em obra fundamental recém publicada⁸, ao denunciar o que chama de Estado Pós-Democrático⁹, nos faz o seguinte alerta:

Ao contrário do que sustentam os discursos de viés liberal dos que estão satisfeitos com o Estado Pós-Democrático, não há diminuição da intervenção estatal na vida da sociedade. Em outras palavras, o cidadão não se viu livre da opressão e do arbítrio estatal. Por outro lado, o Estado Pós-Democrático revela-se um Estado forte e com tendências arbitrárias, possivelmente o Estado menos sujeito a controle desde a criação do Estado Moderno. A pós-democracia é um modelo estatal aberto a novos despotismos, no qual se permite tanto a concentração de poderes quanto a existência daquilo que Luigi Ferrajoli chamou de 'poderes selvagens', poderes sem limites.¹⁰

Na criminologia há um consenso de que a desigualdade social é o principal fator desencadeador da violência. Sociedades extremamente desiguais geram muita violência. Um país pode ser pobre e pouco violento ou rico e pouco violento, mas, se é desigual, convive com alto índice de violência e repressão estatal.

Não à toa, Alessandra Teixeira, em sua tese de doutorado, cuja publicação foi intitulada como “Prisões da exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo”, obra indispensável para aprofundamento do debate das medidas de exceção no campo da criminologia, ao descrever os impactos do neoliberalismo para o crescimento da desigualdade social e aumento da violência, constata:

Mas foi, sobretudo, a prevalência de uma política econômica calcada nos ditames do mercado, em que o alcance das metas fiscais conseguidas a partir de altos juros e absoluta compressão orçamentária em nome de vultosos ‘superávits primários’, pôde redesenhar, não obstante as previsões da Constituição de 1988, o papel do Estado na distribuição da riqueza social e, assim do tratamento da

⁸ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

⁹ “Por ‘Pós-Democrático’, na ausência de um termo melhor, entende-se um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador. O ganho democrático que se deu com o Estado Moderno, nascido da separação entre o poder político e o poder econômico, desaparece na pós-democracia e, nesse particular, pode-se falar em uma espécie de regressão pré-moderna, que se caracteriza pela vigência de um absolutismo de mercado.” In: CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 22.

¹⁰ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1^a ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 25-26.

questão social no país, coibindo ainda mais fortemente as possibilidades de realização dos direitos de cidadania a setores mais amplos da sociedade.¹¹

Segundo estudo publicado pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em maio de 2015, o crescimento da desigualdade de renda entre os países ricos, a exemplo dos EUA, vem suplantando o dos países da América Latina na última década, conforme relatório *In it together – Why less inequality benefits all*¹².

As mudanças ocorridas no mercado de trabalho, decorrentes da globalização, dos avanços tecnológicos e das reformas regulatórias são apontadas pelos analistas econômicos como um dos principais fatores para explicar o crescimento da desigualdade nos países da OCDE, que é atualmente composto por 35 países (o Brasil não integra essa lista).

A desigualdade crescente nos países ricos tem relação direta com a mudança do perfil da demanda de trabalho percebida nas últimas três décadas, aumentando a disparidade entre os salários dos que detém um maior nível de qualificação em setores com alta demanda (como tecnologia da informação e finanças) em comparação com os de baixa formação em setores com baixa demanda.

O resultado da pesquisa apontado no relatório da OCDE não surpreende as percepções mais atentas do fenômeno: o capitalismo financeiro não precisa mais de um exército de reserva de mão de obra e um grande contingente de pessoas é destinado a uma não vida social, a uma condição não humana.

Nesta perspectiva, Achille Mbembe aponta o neoliberalismo como o catalizador desse processo: "O neoliberalismo é a época ao longo da qual o tempo (curto) se presta a ser convertido em força reprodutiva da forma-dinheiro. Tendo o capital atingido o seu ponto de fuga máximo, desencadeou-se um movimento de escalada. O neoliberalismo baseia-se na visão segundo a qual 'todos os acontecimentos e todas as situações de mundo vivo (podem) deter um valor no mercado'.¹³

Como razão desse fenômeno que busca, segundo o precitado autor, racionalizar o mundo a partir de lógicas empresariais¹⁴, "já não há trabalhadores propriamente ditos. Já só existem nómadas do trabalho. Se, ontem, o drama do sujeito era ser explorado pelo capital, hoje a tragédia da multidão é não poder já ser explorada de todo, é ser objecto de humilhação numa humanidade supérflua, entregue ao abandono, que já nem é útil ao funcionamento do capital."¹⁵

¹¹ TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 104.

¹² Disponível em: <<http://www.oecd.org/social/in-it-together-why-less-inequality-benefits-all-9789264235120-en.htm>>, acessado em 11/04/2019.

¹³ MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra.** Trad. Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014, p. 13.

¹⁴ MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra.** Trad. Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014, p. 13.

¹⁵ MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra.** Trad. Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014, p. 14.

Tais fatores apontados como mudanças de paradigmas na relação do poder e o aumento da violência gerada, sobretudo, pelo aumento da desigualdade social, clamam a presença de um Estado autoritário. Já não há mais propriamente liberdade de mercado, porque não há competição, pois, como afirmamos anteriormente, pelo risco sistêmico existente, o Estado torna-se o principal garantidor das grandes instituições capitalistas e das suas operações e, como o capital circula no mundo de forma muito rápida pelos mecanismos de comunicação global, consegue não só fugir do controle político como passa inclusive a controlá-lo, ocorrendo o fortalecimento e centralização do poder político na mão do capital.

É o que Valim chama de *racionalidade neoliberal*, ou seja, “um dispositivo de natureza estratégica que propugna uma sociedade individualista, altamente competitiva, cujas pulsões são falsamente satisfeitas através do consumo e cujos juízos são construídos em um ambiente marcado pela espetacularização.”¹⁶

Por tais razões, corretamente aponta Valim que “quem decide sobre a exceção atualmente é o chamado ‘mercado’, em nome de uma elite invisível e ilocalizável; é dizer, o soberano na contemporaneidade é o mercado”¹⁷, e “em última análise, o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. É o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal.”¹⁸

Essa apontada tendência à unificação dos poderes como mecanismo de manutenção dos privilégios do mercado de capital é, sem sombra de dúvida, a principal causa da ruptura democrática percebidas nas últimas décadas. Para além da necessária e já conhecida teoria das separações dos poderes de Montesquieu (Executivo, Legislativo e Judiciário), a concretização dos ideários democráticos pressupõe também a separação entre poder político e poder econômico.

Norberto Bobbio, em artigos críticos escritos com a ascensão de Silvio Berlusconi ao cargo de primeiro-ministro da Itália, reunidos sob o título “Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo”¹⁹, resgata a teoria do filósofo político americano Michael Walzer em *Il liberalismo come arte della separazione* (O liberalismo como arte da separação) para denunciar o perigo que representava à democracia italiana a unificação dos poderes econômico, político e cultural em uma só pessoa.

Neste sentido, assevera o autor italiano:

¹⁶ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 32.

¹⁷ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 33.

¹⁸ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 34.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo**. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

Não há precedentes, em países democraticamente mais maduros do que o nosso, de uma tendência à unificação do poder político com o poder econômico e com o poder cultural – por meio do potentíssimo instrumento da televisão, incomparavelmente superior àquele dos jornais, que, todavia, foram chamados de quarto poder – como aquela que se entrevê no movimento Força Itália. A unificação dos três poderes em um só homem ou em um só grupo tem um nome bem conhecido na teoria política. Chama-se, como denominava Montesquieu, despotismo²⁰.

Embora muito se fale das consequências do neoliberalismo no plano econômico – que, nos países anglo-saxões, significou a desregulamentação das atividades de interesse público, as *public utilities*, e, na Europa, a transformação de serviços públicos antes sob a responsabilidade do Estado em atividades privadas, porém, regulamentadas –, há uma outra dimensão do Estado neoliberal que precisa ser observada, sobretudo nas Américas: a construção de um Estado autoritário e punitivista.

A ampliação do direito penal como instrumento de controle social, flexibilizando ou mesmo subtraindo os direitos do acusado – ou daquele que é perseguido pela justiça penal –, ocorre em várias partes do mundo por diferentes razões.

Aqui, no continente americano, tal fenômeno está intrinsecamente ligado à adoção do modelo neoliberal. O endurecimento das leis penais e a consequente superlotação das prisões é uma das engrenagens de um sistema que aprofunda a injustiça e a desigualdade e que, a fim de proteger os interesses das classes economicamente incluídas, segregar o pobre, então tipificado como bandido. O Juiz de Direito Rubens Casara, com sapiência notável confirma nossa assertiva, no trecho que segue:

O poder penal é um dos principais instrumentos para o controle social de pessoas indesejáveis aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e do poder econômico. O poder penal, que antes relacionava-se com o mercado de trabalho, em uma quadra histórica na qual a relação entre o cárcere e a fábrica era inegável, uma vez que a pena era vista como uma medida correccional que visava preparar pessoas para a cultura do trabalho, hoje tem a finalidade política de neutralizar os inimigos e atender à razão neoliberal. O neoliberalismo, aliás, percebido como um modo de governar a sociedade, tem que recorrer ao poder penal para sustentar o projeto capitalista.²¹

Como se sabe, na década de 1970, então sob o comando de Nixon, o governo norte-americano iniciou a articulação de um discurso de guerra às drogas que, mais

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo**. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016, p. 15.

²¹ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, P. 93.

tarde, se intensificou e se traduziu numa política de encarceramento em massa responsável por colocar os Estados Unidos no topo do ranking de aprisionados.

Em apenas dez anos, entre 1980 e 1990, o número de presos saltou de 514 mil para 1,2 milhão e continuou subindo nos anos 2000. Após a sanção da lei penal de 1994, pelo democrata Bill Clinton, o contingente de presos chegou a 2 milhões de pessoas, com predominância de negros e latinos.

A suposta “solução” para combater o tráfico de drogas e garantir maior segurança à sociedade foi importada pelo Brasil, que, da década de 1990 para cá, vimos o número de presos no país aumentar em 707%, passamos de um contingente de 90 mil presos para mais de 726 mil, num intervalo de 26 anos apenas. Temos hoje a terceira maior população encarcerada do mundo, em termos absolutos, atrás apenas dos Estados Unidos e China, e a 31^a em números relativos (relação de presos para cada 100 mil habitantes, nos países com população superior a 10 milhões)²².

Mais grave do que ocupar a terceira posição é o fato de que caminhamos para a primeira. Contamos com cerca de 726 mil presos e o número de detenções cresce 7,3% ao ano, segundo dados do último relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) medidos até julho de 2016 e divulgado em 2017²³. O estudo aponta um crescimento de 157% no total de presos desde 2000, quando o País contabilizava 232 mil encarcerados. Se mantido esse ritmo, em 2022 computaremos 1 milhão de detentos.

Contudo, importante anotar que a política de encarceramento em massa adotado no âmbito da política neoliberal a partir do início da década de 90 no Brasil e que propiciou esse aumento desenfreado da população carcerária, não foi acompanhado da diminuição dos crimes considerados violentos nem tampouco da diminuição da sensação de insegurança por parte da população brasileira, “o que em tese poderia justificar o enorme custo social e financeiro do encarceramento”, mas, “pelo contrário, o cárcere tem reforçado mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência que, como padrão, envolve a vulnerabilidade, o crime, a prisão e a reincidência e, por vezes, serve de combustível para facções criminosas”, pontuam Renato Aragão, Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional e Eugênio Aragão, então Ministro da Justiça à época da divulgação dos resultados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de dezembro de 2014.

O que há efetivamente no Brasil é a coexistência de um Estado de Direito instituído – que governa para os incluídos economicamente – e de um Estado de exceção,

²² Segundo dados extraídos do INFOPEN (Relatório de Informações Penitenciárias), disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>, acesso realizado em 07/04/2019.

²³ Segundo dados extraídos do INFOPEN (Relatório de Informações Penitenciárias), disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>, acesso realizado em 11/04/2019.

ao qual estão submetidos os territórios ocupados pela pobreza. Os dados divulgados no relatório sobre a natureza dos crimes que mais levam ao encarceramento revelam que se prende mais os autores de crimes ligados às drogas e contra a propriedade do que os que cometem o crime do homicídio. Essa aparente contradição entre a impunidade no campo dos homicídios e o endurecimento da punição aos crimes relacionados às drogas e crimes contra a propriedade, como roubos e furtos, corresponde, na realidade, ao interesse da elite incluída.

As vítimas dos casos sem conclusão – porque sem empenho efetivo de apuração por parte do poder público – são os pobres, pretos, moradores da periferia, muitas vezes assassinados pelas próprias forças de repressão do Estado.

Temos uma estrutura judicial estabelecida não para realizar justiça de forma universal e democrática, mas sim para investigar os crimes que interessam aos incluídos, àqueles que estão, de fato, sob a proteção do Estado democrático de direito. Como aponta Rafael Valim: “Em síntese, o mercado define os inimigos e o Estado os combate.”²⁴

Uma vez mais, lançamos mão das lições de Rubens Casara para compartilhar com o leitor a convergência de ideias entre os autores que estudam com profundidade o fenômeno do Estado de exceção no Brasil, sobretudo no que tange à intrínseca relação do direito penal como instrumento a serviço do poder político/econômico, numa lógica neoliberalista, que escolhe o sujeito do punitivismo estatal:

*Da mesma forma, nem todos que praticam condutas consideradas criminosas vão ser processados ou punidos, isso porque, após a criminalização primária (a escolha ‘do que punir’), existe a criminalização secundária, que é a escolha, muitas vezes aleatória ou arbitrária, daquelas pessoas que serão investigadas pela polícia, denunciadas pelo órgão acusador (no Brasil, o Ministério Público) e condenadas pelo Poder Judiciário. Na criminalização secundária, as mesmas questões ideológicas, de classe, de gênero, e também racionalidade neoliberal, atuam, o que gera o fenômeno das ‘cifras ocultas’ – a diferença entre o número de crimes ocorridos, muitos dos quais nunca chegam ao conhecimento das autoridades encarregadas da persecução penal, e aqueles efetivamente investigados, processados e punidos –, razão pela qual o ideal de igualdade perante a lei, que o direito liberal trata como princípio, não passa de um mito na pós-democracia.*²⁵

O que mais causa espanto é a banalidade com que a questão é tratada. A ditadura, que foi um marco autoritário em nosso país, um regime típico de exceção, vitimou entre mortos e desaparecidos 434 pessoas, segundo dados da Comissão Nacional da

²⁴ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 36.

²⁵ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, P. 98-99.

Verdade.²⁶ As polícias militares estaduais matam 3,5 mil pessoas por ano. Morre mais gente no País por ano do que morreram americanos em uma década da Guerra do Golfo.

Evidentemente que não se pode minimizar o que ocorreu durante a ditadura, um período amargo da nossa história. No entanto, quando se afirma que hoje há um grau muito maior de liberdades e garantias individuais do que naquele período, essa afirmação é bastante relativa, já que esses direitos não foram universalizados. As classes incluídas certamente usufruem dessa liberdade, mas os mais pobres continuam tendo seus direitos básicos sistematicamente subtraídos pelo Estado.

A principal mudança entre o momento atual e a ditadura não foi a garantia de liberdade e o acesso ao direito, mas a escolha do inimigo. Enquanto na ditadura o inimigo – elemento chave para a conformação do Estado de exceção – era o militante comunista, que poderia estar inserido em qualquer classe social, hoje, o inimigo está socialmente localizado: é o pobre.

O instituto da prisão provisória é outro mecanismo que vem sendo largamente utilizado como instrumento de controle social. Segundo o já citado relatório do Infopen, em 2016, quatro em cada dez presos eram provisórios, ou seja, estavam detidos sem terem recebido uma sentença de primeiro grau. O documento do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania relata ainda que 72% dos presos por tráfico no Rio, em 2013, ficaram detidos durante o processo e que, após o julgamento, menos da metade deles, apenas 45%, foram condenados.

Somando-se aos presos provisórios aqueles detentos cujos processos não foram concluídos, chega-se a quase dois terços da população carcerária. Ao contrário do que se pensa, entre 37% e 50% dos presos provisórios ou serão inocentados ou receberão penas de reclusão inferiores ao tempo que ficaram privados de liberdade. Isso significa que cerca de 20% dos presos estão presos injustamente. Diante desses dados, podemos afirmar que não há direito de defesa e presunção de inocência verdadeiramente garantidos a todos os cidadãos.

Discutir penas e sanções alternativas para aqueles que não praticaram crime grave e violento e desbanalizar o uso da prisão provisória – que deve ser usada somente dentro dos parâmetros determinados pela Constituição – são medidas essenciais para que as injustiças, as carnificinas e toda a desumanidade associada à realidade das prisões brasileiras não se perpetue.

É preciso desmistificar a punição. Não aprisionar não significa não punir, porém há mecanismos muito mais eficientes, baratos e adequados para responsabilizar

²⁶ O Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade sobre o reconhecimento de mortos e desaparecidos na Ditadura está disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf>, acesso realizado em 15/04/2019.

aquele que comete um delito não violento. Como já afirmamos o aprisionamento em massa não foi acompanhado da redução da violência.

A política de encarceramento, definitivamente, não pode ser considerada produto do Estado democrático, inclusive porque contradiz a ideia de um Estado de direito universal. É um erro no plano político, no plano moral e no plano orçamentário-administrativo.

Superlotar as prisões de jovens pobres, que não representam perigo real para a sociedade, não só não é efetivo para a redução da criminalidade como fatalmente produzirá ainda mais conflitos, mais injustiça e mais violência.

No Brasil, por sua característica como um país de modernidade periférica (processo constitutivo da centralização e modernidade europeia), sempre houve o problema da *colonialidade do poder* como obstáculo à concretização universal dos direitos previstos constitucionalmente, conforme nos alerta Luis Eduardo Gomes do Nascimento²⁷. O que temos, em verdade, é um modelo de uma construção de nação parcial, a exemplo da Constituição Federal de 1934, que apesar de festejada pela comunidade jurídica como a primeira Constituição brasileira a garantir verdadeiramente um conjunto de direitos sociais mínimos e estabelecer uma democracia moderna com a instituição do voto secreto e constitucionalização do voto feminino²⁸, não havia ainda, contudo, permissão para o voto do analfabeto.

Apesar dos avanços sociais festejados à época, é bem verdade que com a vedação ao voto dos analfabetos na Constituição de 1934 (artigo 108, "a"), grande parte da população negra e pobre permaneceu excluída do exercício da cidadania, uma marca do aspecto da colonialidade que desmistifica o discurso universalizante dos direitos.

Some-se a isso o projeto elaborado pela Comissão Brasileira de Eugenia que trouxe o artigo 138, "b", à Constituição Federal de 1934, determinando o estímulo à educação eugênica no país, sob a responsabilidade da União, dos Estados e Municípios, nos termos da respectiva lei, com o intuito confessado e deliberado de que os jovens não contraíssem matrimônio com raças e classes sociais diferentes, cujo objetivo era o de promover o progresso da nação e a formação de uma elite nacional. Nos debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1934 fica claro que a proteção social deveria ser garantida pelo Estado, mas que para o negro e deficiente essa proteção em nada adiantaria.

²⁷ Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/29/direito-modernidade-periferica-e-colonialidade-do-poder/>>, acessado em 20/04/2019.

²⁸ Apesar do voto secreto e o direito ao voto feminino ter sido reconhecido com a entrada em vigor do Código Eleitoral Provisório, Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, fruto de uma conquista do movimento sufragista, após intensa luta e reivindicações no cenário nacional e internacional, somente em 1934 esse direito se constitucionaliza. Contudo, o exercício do direito ao voto das mulheres ainda era facultativo para a maioria delas, salvo para aquelas que exerciam função pública remunerada.

Portanto, podemos notar a partir dos exemplos acima citados, os símbolos que marcam a cultura e historicidade da nação brasileira, uma nação que cria mecanismos avançados de direitos, mas sem criar uma política verdadeiramente includente para a população como um todo.

Torna-se evidente historicamente que sempre houve no Brasil um sistema de percussão contra negros e pobres que vivem marginalizados, mas, incontestavelmente, nunca de forma tão intensa como com a chegada do neoliberalismo, que marca o aumento acelerado da violência, do aprisionamento em massa e do fortalecimento dos instrumentos de persecução penal e punitivismo estatal:

Desnecessário dizer que, neste contexto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado. A persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo ao direito de defesa.²⁹

Com a política neoliberal e a globalização, ocorre um encontro da realidade global com a realidade local, o “caldo” político, social e cultural brasileiro favorece a chegada desse modelo de Estado e de uma nova forma de capitalismo, transformando-se em eminentemente financeiro, pós-industrial.

A colonialidade do poder marca-se pela imposição da ideia de raça como mecanismo de dominação. Achile Mbembe com argúcia mostra como a ideologia de raça funciona como mecanismo perverso de poder:

Nesse contexto, os novos processos de racialização visam a marcar grupos de populações, a fixar o mais precisamente possível os limites no seio das quais elas podem circular, a determinar o mais exatamente possível a colocação que podem ocupar, enfim, assegurar as circulações no sentido que permite afastar as ameaças e assegurar a segurança geral. Trata-se de selecionar esses grupos de populações, de marcá-los a sua vez como espécies, séries e como casos, no seio de um cálculo generalizado de risco, de acaso e de probabilidades, de maneira a poder prevenir os perigos inerentes a sua circulação e, se possível, a neutralizar seu avanço tanto pelo encarceramento quanto pela deportação. A raça, desse ponto de vista, funciona ao mesmo tempo como ideologia, dispositivo de segurança e tecnologia do governo das multiplicidades. Ela é o meio mais eficaz de abolir os direitos no ato mesmo pelo qual se pretende erigir a lei³⁰.

O esvaziamento dos direitos sociais e os retrocessos civilizatórios que experimentamos na agenda política atual e em curso, a exemplo das reformas trabalhistas e

²⁹ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 36.

³⁰ MBEMBE, A. Prefácio. FANON, Franz. Oeuvres. Paris: La découverte, 2011, p. 20.

previdenciária e a recente aprovação da PEC dos gastos públicos que reduz exponencialmente os custos com direitos sociais, como saúde e educação, terão o potencial de impelir um grande contingente da nossa população àquilo que o filósofo e historiador camaronês Achille Mbembe chama de “devir-negro³¹” dos nossos tempos, ou seja, a uma condição de subalternidade e vulnerabilidade semelhante à do negro escravizado pela civilização ocidental entre os séculos XV e XVIII.

Ao apontar o neoliberalismo como terceiro momento que marca a biografia do Negro e da raça com o seu sentido negativo ou na sua dimensão fantasmagórica como enuncia, em “Crítica da razão negra”, Mbembe adverte-nos para uma tendência à universalização da condição negra aos que ele denomina de *humanidade subalterna*:

Desde logo, os riscos sistemáticos aos quais os escravos negros foram expostos durante o primeiro capitalismo constituem agora, se não a norma, pelo menos o quinhão de todas as humanidades subalternas. Depois, a tendencial universalização da condição negra é simultânea com a instauração de práticas imperiais inéditas que devem tanto às lógicas esclavagistas de captura e de predação como às lógicas coloniais de ocupação e exploração, ou seja, às guerras civis ou razzias de épocas anteriores.³²

Em recente artigo publicado na internet sob o título: *Bajo el signo del poder de policía*³³, Raúl Zaffaroni afirma que estamos vivendo sob o signo de um poder totalitário, colonialista e delinquencial que não instala propriamente uma ditadura mas que provoca a degradação do Estado de direito. Em suas palavras:

Este poder totalitario colonialista y delincuencial no instala una “dictadura”, sino que deteriora y degrada al Estado de Derecho (que somete a todos por igual a la ley), que nunca en el mundo real llega a ser como su modelo ideal. El Estado de Derecho es una cápsula que contiene a su contrario, que es el Estado de policía (que somete a todos a la voluntad arbitraria de los que mandan), que tampoco nunca es como su modelo ideal.

(...)

³¹ “Pela primeira vez na história humana, o nome Negro deixa de remeter unicamente para a condição atribuída aos genes de origem africana durante o primeiro capitalismo (predações de toda a espécie, desapossamento de autodeterminação e, sobretudo, das duas matrizes do possível, que são o futuro e o tempo). A este novo caráter descartável e solúvel, à sua institucionalização enquanto padrão de vida e à sua generalização ao mundo inteiro, *chamamos o devir-negro do mundo*.” In: MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Trad. Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014, p. 18.

³² MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Trad. Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014, p. 16.

³³ Disponível em: <http://www.nuestrasvozes.com.ar/a-vos-te-creo/signo-del-poder-policia/>, acessado em 15/04/2019.

Estamos viviendo en un Estado de Derecho deteriorado, degradado, debilitado, con deterioro de la política y de las instituciones democráticas, con pérdida de seguridad jurídica, carente de una justicia imparcial, con un Ejecutivo unipersonal que manipula al Legislativo y al Judicial, con un monopolio mediático que crea realidad a gusto, es decir, un Estado que pierde soberanía y con ella independencia, como lo quiere esta etapa del colonialismo, inherente a la condición periférica del totalitarismo corporativo.

De alguma forma, vários autores nacionais e estrangeiros perceberam esse fenômeno que pesquisamos desde 2007 e que temos denominado de medidas de exceção adotadas como técnicas de governo no interior das sociedades democráticas. Norberto Bobbio chama de “novos despotismos”³⁴, que apesar de tratar da Itália na sua fase Berlusconista, é uma forma que se universaliza; Luigi Ferrajoli descreve o processo de esvaziamento da constituição e da crise democrática italiana como “poder desconstituinte”³⁵, conceito que também pode ser partilhado entre os países de constituições rígidas adotadas no pós-segunda guerra; Ronald Dworkin aponta a perda do “common ground”³⁶ da sociedade; Boaventura de Souza Santos fala de “democracia de baixa intensidade”³⁷; Claus Roxin chama de “populismo penal”; Rubens Casara de “Estado Pós-Democrático”³⁸ e, finalmente, “Estado de exceção”³⁹ em Giorgio Agamben, conceito que adotamos e estudamos nesse livro em capítulo anterior, e que também é utilizado por diversos autores, tais como: Carpentier, Codaccioni, Goupy, Rafael Valim, Georges Abboud, Lenio Luiz Streck, Fernando Hideo I. Lacerda, Gilberto Bercovici, entre tantos outros que tratam do tema.

Contudo, a maioria dos autores referidos acima trata do tema a partir da lógica do primeiro mundo, marcadamente a Europa, onde se tem, grosso modo, a edição de atos do Legislativo – por meio de normas gerais e abstratas – que fortalecem o Executivo, a exemplo das leis anti-terrorisms. Nos países de capitalismo tardio e desiguais da América Latina, as medidas de exceção são direcionadas ao inimigo interno, que pode ser tanto o bandido (parcela pobre, majoritariamente negra, e marginalizada da sociedade), como o corrupto. Nesse último caso, por meio do sistema de Justiça que atua a serviço dos interesses do mercado e opera para criminalizar lideranças de esquerda ou nacionalistas.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo.** São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana.** São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁶ DWORKIN, Ronald M. **Is democracy possible here? : Principles for a new political debate.** New Jersey: Princeton University Press, 2008.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia.** São Paulo: Boitempo, 2016.

³⁸ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

³⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

Neste sentido, com relação à parcela da população incluída surgem essas medidas de exceção com finalidade política em duas modalidades: a) *impeachment* e golpes de Estado; b) processos penais de exceção e perseguição de líderes políticos, em geral, de esquerda.

Na América Latina, golpes militares clássicos como os ocorridos no Brasil, na Argentina e no Chile, são um fenômeno do século XX, que ficaram para trás. No século XXI, estabeleceu-se no mundo ocidental um forte consenso democrático, ou seja, consolidou-se um discurso de legitimização da democracia como valor universal.

Entretanto, isso não significa que o autoritarismo deixou de existir no interior dos Estados democráticos. As medidas autoritárias apenas passaram a ser revestidas de uma aparência de legitimidade democrática, sem interdição declarada da ordem jurídica.

Essas medidas representam uma fraude, pois embora tenham uma forma jurídica que procura ter aparência de adequação, descumprem princípios fundamentais do Estado de direito, sendo chamadas pela doutrina moderna de medidas de exceção, tal como descritas por Giorgio Agamben.

Esse tipo de medida de exceção vem sendo aplicada na América Latina, nos últimos anos, principalmente contra governos de esquerda, contando com a participação ativa do Poder Judiciário.

E, diferentemente da Europa e dos EUA, onde a exceção se produz por meio da lei ou de institutos semelhantes – como o *Patriotic Act* e leis antiterroristas europeias, altamente suspensivas de direitos de determinados grupos considerados inimigos do Estado –, na América Latina as medidas de exceção têm sido produzidas, no campo político, pelo judiciário ou pelo legislativo juntamente com o judiciário, e, no campo dos direitos fundamentais individuais, pela jurisdição.

Em Honduras e no Paraguai, em 2009 e 2012, respectivamente, interromperam-se mandatos presidenciais legitimamente constituídos, sem devido processo legal, contrariamente às normas constitucionais desses países, com o beneplácito ou atuação direta do judiciário, como veremos no último capítulo.

É bem verdade também que os governos de esquerda do continente valem-se de medidas de exceção travestidas de legalidade, a fim de penalizar seus oponentes. Na Venezuela, por exemplo, o judiciário tem sido utilizado para punir lideranças de oposição pela suposta prática de crimes comuns, quando na verdade são punidos pelo exercício de atividade política. Há, portanto, suspensão de direitos, sob a aparência de ações legítimas e democráticas típicas de medidas de exceção.

O mesmo se conclui quanto ao *impeachment* da presidente Dilma. Sem qualquer fundamentação jurídica, tivemos a concretização de uma medida de exceção com a finalidade política de interromper ilícita, inconstitucional e agressivamente um

mandato legítimo, suprimindo a soberania popular e o direito político de mais de 54 milhões de pessoas, esvaziando, assim, a democracia.

Essa suspensão grave de direitos vem sendo justificada pelos oponentes da continuidade do governo com o argumento falacioso e cínico de que se busca combater o inimigo da vez – o corrupto, também personificado no “petralha” e no militante de esquerda.

O fato de se tratar de uma medida de exceção não retira, evidentemente, a legitimidade de o ativista político utilizar a expressão “golpe” para se manifestar e traduzir a ideia de ameaça de uma grave agressão à democracia e à Constituição. Sob o ponto de vista técnico, de teoria do Estado, porém, não há um golpe, mas sim uma medida de exceção.

O Judiciário funcionou nesse processo como legitimador da exceção perpetrada, pois embora o Supremo Tribunal Federal tenha determinado as regras do processo de *impeachment*, não se pronunciou até hoje sobre as medidas que contestam o processo.

Ao lado dos mecanismos de interrupção dos ciclos democráticos por meio de *impeachments* inconstitucionais e golpes perpetrados contra governos principalmente de esquerda, vem ocorrendo também na contemporaneidade a criminalização dos agentes políticos seletivamente selecionados por não representarem os interesses e privilégios do mercado, por meio de um verdadeiro *processo penal de exceção*, expressão cunhada com acerto por Fernando Hideo, em tese de doutoramento defendida na PUC/SP em 2018, mas que, em linhas gerais, em artigo recentemente publicado, traz a seguinte ideia:

O processo penal de exceção é um antiprocesso. É a forma jurídica da perseguição política e econômica na era da pós-verdade. É a violação dos direitos e garantias fundamentais de uma parcela da população (e de seus representantes simbólicos) com verniz hipócrita de licitude. É fruto da manipulação do sistema de justiça criminal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Mídia) para atender aos interesses do mercado contra seus verdadeiros inimigos: o pobre, marginalizado e oprimido.⁴⁰

A doutrina do Direito Penal do Inimigo criada na década de 1980 pelo jurista alemão Günther Jakobs propõe uma distinção entre o Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro formado pela aplicação das normas penais vigentes, com respeito às garantias individuais dos cidadãos e exercida nos estritos limites do poder punitivo estatal impostos no âmbito da legalidade e o segundo, um direito

⁴⁰ LACERDA, Fernando Hideo I. A caçada de Lula pelo processo penal de exceção na era da pós-verdade. Artigo publicado na obra coletiva: **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Organizadores: Carol Prosner et al. (orgs). Bauru: Canal 6, 2017, p. 164.

penal especial, voltado aos inimigos, em que há a aplicação de atos lícitos ou ilícitos aos indivíduos que põe em risco a segurança nacional. Já não há mais qualquer proteção a direitos e garantias penais e processuais penais mínimos, como bem observa a pesquisadora Charlott Back:

Em nome da defesa da sociedade, as garantias penais mínimas consagradas pelas constituições e pelos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como a presunção de inocência, a vedação da condenação sem provas, o princípio da legalidade, a neutralidade do julgador, a proibição da tortura, bem como o impedimento de obtenção de provas por meio ilícitos, não se aplicam aos proclamados 'inimigos da sociedade'⁴¹

Enquanto nos EUA e nos países da Europa continental podemos reconhecer de forma explícita uma jurisprudência do direito penal de exceção e medidas de exceção no direito penal por meio da criação de leis especiais - ou *Direito Penal do Inimigo* para ficarmos na expressão cunhada por Jakobs - em razão de um direito especial que é criado para questões de segurança nacional, identificadas com as ameaças terroristas (o inimigo é o estrangeiro e não se identifica com os indivíduos daqueles países), aqui no Brasil é o próprio direito comum que é utilizado para combater o inimigo (o pobre, o bandido, o corrupto), não pela aplicação de um direito penal ou processual diferenciado para combatê-lo, senão pela utilização de interpretações das normas penais comuns como mecanismos para se instaurar as medidas de exceção contra a própria população que se quer excluir, sob um pretenso legítimo discurso de legalidade democrática.

Nesse sentido, o sistema de justiça criminal, composto por vários agentes estatais (Poder Judiciário, Ministério Público, Delegados, Polícia, etc.), com o apoio fundamental da mídia⁴², torna-se o autor soberano das medidas de exceção, tendo como base social de apoio a "ralé"⁴³ que busca a ordem e, sobretudo, a extinção dos conflitos sociais e políticos.

⁴¹ BACK, Charlott. Direito penal do inimigo político. Artigo publicado na obra coletiva: **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Organizadores: Carol Prosner et al. (orgs). Bauru: Canal 6, 2017, p. 106.

⁴² "Hoje é impossível pensar o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal sem analisar o funcionamento dos meios de comunicação de massa, que produzem hipóteses acusatórias, selecionam 'provas', julgam (sem os limites impostos pelas constituições democráticas) e executam pessoas diante de seus leitores, ouvintes e espectadores. Não raro, os julgamentos e execuções midiáticas são mais céleres e festejados do que aqueles realizados pelo Poder Judiciário. Não raro, os julgamentos midiáticos influenciam os julgamentos do Poder Judiciário, isso porque muitos juízes também querem ser festejados pelos meios de comunicação de massas." In: CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 99-100.

⁴³ "A ralé é fundamentalmente um grupo no qual são representados resíduos de todas as classes. É isso que torna tão fácil confundir a ralé com o povo, o qual também compreende todas as camadas sociais. Enquanto o povo, em todas as grandes revoluções, luta por um sistema realmente representativo, a ralé brada sempre pelo 'homem forte', pelo 'grande líder'. Porque a ralé odeia a sociedade da qual é excluída, e odeia o Parlamento

Na América Latina vem ocorrendo a substituição da farda pela toga. Na década de 1960 os militares eram os soberanos purificadores, considerados moralmente neutros, livres das impurezas da política e detentores da força física necessária para impor a ordem, papel hoje desempenhado na crença e imaginário dessa “ralé” pelas carreiras públicas que compõem o sistema de justiça.

O conceito de ralé é trazido por Hannah Arendt em “As origens do totalitarismo” ao buscar entender como o nazismo conseguiu se instalar na Alemanha. Ela cria o conceito de ralé como substituto de povo. Um povo não é um mero aglomerado de pessoas em um regime democrático, mas sim um conjunto de pessoas que partilha uma certa visão de sociedade e certos valores.

Em um regime democrático, a sociedade é um ente dividido, frágil e conflitivo, que resolve seus conflitos por mecanismos pacíficos, por meio da Política e do Direito. Já a ralé se reúne em torno de um líder ou de um estamento carismático e tem uma noção de dever ser, uma noção corretiva da sociedade. A sociedade deve ser pura e unida, não deve ter conflitos, mas sim ordem.

A ralé tem uma visão de mundo autoritária, incompatível com a democracia. É uma base social essencial para existir a exceção. Uma característica dos Estados de exceção no século XX é que eles sempre tiveram uma forte base social, como foram os casos do nazismo, do fascismo e de várias ditaduras latino-americanas.

No Brasil, essa ralé quer o Judiciário não como produtor de justiça ou aplicador de direitos, mas sim como combatente do crime e fonte da ordem. Essa vontade cria o ambiente para o surgimento de juízes que agem como promotores e para a violação de direitos fundamentais.

Na contemporaneidade, a exceção vem sendo produzida em consequência de uma visão típica de uma direita conservadora e autoritária, que acredita na necessidade, com fundamento, em geral, na questão da segurança, de o Estado exercer maior poder e controle sobre as comunidades.

Isso implica trazer o regime jurídico próprio da guerra para o plano interno, tomando parcela da sociedade como inimiga e retirando daqueles que fazem parte desse grupo a condição humana que lhes confere proteção política e jurídica. Assim, é possível ao Estado sujeitá-los a um controle biojurídico e biopolítico, sem reconhecer-lhes qualquer direito.

Embora muitas vezes a exceção se empregue a partir de mecanismos jurídicos, sua motivação é sempre política e sua adoção, sempre justificada pela emergência no aspecto temporal e insegurança no campo social e axiológico. O conceito de exceção

onde não é representada.” In: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 129.

pressupõe ainda que os direitos próprios da democracia liberal são adequados para reger a vida cotidiana.

É na excepcionalidade, ou seja, numa situação em que o Estado se vê ameaçado pelo inimigo, que esses direitos podem ser suspensos – semelhante ao que ocorre em relação ao *estado de sítio* no Brasil e o *estado de guerra* na Inglaterra.

Por haver a suspensão de direitos e do Direito em si, essa relação autoritária é, conforme observado por Juan Donoso Cortés, Carl Schmitt, Santi Romano, Baladore-Pallieri, Giorgio Agamben, Carpentier e uma série de outros pensadores, própria do campo da anomia.

A ideia de exceção, tanto no plano no Direito quanto no âmbito da Teoria do Estado e da Filosofia política, sempre se circunscreveu no campo da anomia, ou seja, da ausência de norma. A relação autoritária do Estado para com os indivíduos se dá por meio da suspensão de direitos humanos e fundamentais e pelo estabelecimento de uma espécie de soberania bruta, em que a vontade do soberano se impõe ao cidadão – algo semelhante à estrutura do império absolutista.

No entanto, há um outro fenômeno pouco percebido na contemporaneidade que é a produção de exceção em decorrência não da ausência, mas do excesso de normas.

Segundo estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)⁴⁴, desde a promulgação da Constituição de 1988 até setembro de 2016, já haviam sido editadas 5,4 milhões de normas para regular a vida do cidadão brasileiro, o que corresponde a uma média de 800 normas por dia. Essa alta produção normativa refere-se não só ao direito tributário, mas a todas as áreas do Direito.

Além da quantidade, a complexidade da legislação brasileira é outro imenso empecilho à garantia de segurança jurídica, como observa Rafael Valim em seu trabalho sobre segurança jurídica, no âmbito do direito administrativo⁴⁵.

Pelo emprego cada vez mais rotineiro da utilização de conceitos indeterminados na elaboração das normas de direito sancionatório, em especial do penal, conceitos muito amplos e que abrangem potencialmente um grande número de situações, dificulta ao cidadão prever como o Estado vai reagir frente à sua conduta. O *nullum crimen sine lege* – não há crime sem lei anterior que o preveja –, um princípio de garantia da liberdade, que assegura a previsibilidade da conduta estatal, está sendo extremamente fragilizado.

Tais condições facultam que quase todas as condutas humanas que fogem do banal possam, por alguma interpretação jurídica e pelo que, em texto coletivo escrito

⁴⁴ Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2603/Brasil-edita-cerca-de-800-normas-por-dia-somando-5-4-milhoes-desde-a-Constituicao-de-1988>>, acesso realizado em 20/04/2019.

⁴⁵ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

com Luis Eduardo Gomes do Nascimento⁴⁶, temos chamado de *apropriação privada da linguagem pelo intérprete*, se tornar passíveis de sanção pelo Estado. E esse imbróglio normativo acaba por delegar a quem executa a lei – o delegado, o promotor, o juiz, o fiscal, o agente público em geral – o poder arbitrário, imperial, absolutista, de selecionar quem é atingido por essa norma e quem não é: isso é a essência da exceção.

Em suma, o excesso normativo equivale à inexistência de norma. A hipernomia tem o mesmo sentido da anomia. O pressuposto que antecede a produção de sistemas sancionatórios é a definição do que é lícito e do que é ilícito. Quando tudo se torna ilícito, deixa de existir por não cumprir seu pressuposto sintático e ôntico primário.

Assim, a hipernomia, incluindo a produção de normas de conceito impreciso, fenômeno que ocorre hoje no mundo todo e especialmente no Brasil, submete os cidadãos a um poder arbitrário e de exceção, pois não há nenhum controle de validade sobre o espectro normativo onde existe a norma.

Embora, em especial nas normas sancionatórias que se vertem por conceitos indeterminados, seja possível alegar inconstitucionalidade da norma isolada, o fenômeno da inconstitucionalidade por hipernomia sancionatória ocorre em relação ao subsistema sancionatório e não na norma isoladamente considerada.

O fato de a sanção estar lastreada em lei não dá ao cidadão a garantia de que a aplicação normativa do sistema normativo sancionatório, por parte dos agentes incumbidos de sua execução, esteja ocorrendo segundo a lógica própria do direito e segundo os valores mais elementares do Estado democrático de direito.

O âmbito de abrangência da legislação sancionatória é tão extenso que retira do poder legislativo a prerrogativa de discriminar quem é potencialmente culpado perante o sistema, incumbindo tal decisão ao arbitrio seletivo do aplicador do sistema normativo.

Esse novo fenômeno do Direito e da Teoria do Estado requer atenção e está intimamente relacionado, no plano político a esse momento de forte distanciamento entre capitalismo neoliberal e democracia liberal.

A legalidade sancionatória está paulatinamente perdendo o seu caráter de proteção e convertendo-se em mecanismo de exceção. Na forma hipernômica, as relações entre o Estado e os indivíduos se dão sob a aparente vigência de um Estado de direito, quando, na realidade, vigora um Estado autoritário, em tensão constante com os valores democráticos.

Pela produção hipernômica no campo penal e pela indeterminação intencional da norma, a sociedade como um todo se torna um potencial criminoso. Trata-se de um mecanismo de medida exceção muito sutil porque usa da forma do Estado de direito

⁴⁶ Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/31/wittgenstein-e-hermeneutica-jurídica-analogica/>>, acesso realizado em 20/04/2019.

que é a lei, para expurgar essa separação. Sob o ponto de vista da decisão legislativa tudo é ilícito e cabe ao agente aplicador da lei o poder anômico (quer dizer uma hiper-nomia que gera anomia) de poder selecionar quem será aprisionado ou não.

O momento que atravessamos significa a culminação daquilo que o jurista italiano Luigi Ferrajoli identificou em seu país como um forte processo de desconstitucionalização ou poder desconstituinte, caracterizado pelo esvaziamento de sentido da Constituição vigente, transformando-a em uma mera casca, um disfarce, reduzindo a democracia à prática do voto universal.

Uma democracia pode ser derrubada sem golpes de Estado formais se os princípios dela forem de fato violados ou contestados, sem que suas violações suscitem rebeliões ou ao menos dissenso. Recordemos o último artigo da Constituição francesa do ano III: 'o povo francês confia a presente Constituição à lealdade' dos poderes públicos e à 'vigilância dos pais de família, às esposas e às mães, ao afeto dos jovens cidadãos, à coragem de todos os franceses'. É com base nestas duas garantias, de caráter político e social – a garantia política da 'lealdade' dos poderes públicos e a garantia política da 'vigilância' dos cidadãos –, que repousa a efetividade das garantias jurídicas e com estas, do Estado de direito e da democracia.⁴⁷

Esse processo desconstituinte nada mais é do que um fenômeno de subversão da regra democrática que, desde o período pós Segunda Guerra Mundial, deixou de ser vista apenas como o regime pelo qual se obtém decisões majoritárias – conforme a definição de Norberto Bobbio –, para se tornar um padrão em que as decisões majoritárias ficam submetidas a uma Constituição e ao sistema de direitos fundamentais.

Não há propriamente o afastamento do regime democrático que sobrevive apenas discursivamente e formalmente, mas, de fato, na vida vivida, seus pressupostos mais elementares são constantemente violado, a serviço principalmente da manutenção dos privilégios do poder econômico. É o que nos apresenta Rubens Casara, conforme trecho que destacamos:

Na pós-democracia, o significante 'democracia' não desaparece, mas perde seu conteúdo. A democracia persiste como uma farsa, uma desculpa que justifica o arbítrio. Em nome da 'democracia', rompe-se com os princípios democráticos. (...) Trata-se de uma 'democracia' em que desaparece a premissa de um governo do povo por ele mesmo e que também desconsidera direitos democráticos, como o da livre determinação dos povos.⁴⁸

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

⁴⁸ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, P. 31.

As constituições rígidas estabelecidas na Europa continental a partir de então, ao trazerem uma pauta de direitos positivos e negativos, como aponta Ferrajoli, tornaram necessárias alterações nas teorias jurídica e política e também no conceito de democracia liberal.

A decisão política já não pode mais ser vista como independente da decisão majoritária porque seu conteúdo passa a ser condicionado pela Constituição. Já não é possível ofender certos direitos e há a obrigação de assegurar tantos outros – as liberdades públicas e os direitos sociais.

Esta concepção de democracia construída pelo novo constitucionalismo do pós-guerra coincide com o ápice histórico do chamado Estado social. Como se sabe, a crise do Estado de bem-estar social chegou ao seu estágio terminal no final da década de 1980, com o surgimento de um novo paradigma de capitalismo – o mal alcunhado, já que de liberal não tem quase nada, neoliberalismo.

Esse modelo, que visava substituir o projeto econômico do Estado social por um projeto econômico meramente de mercado, acabou se transformando em um fenômeno muito mais complexo, tornando-se não apenas um modelo que busca ampliar o poder de mercado, mas também globalizar o sentido da economia, necessitando para isso alterar as formas políticas e as formas jurídicas.

Nesse contexto, a alteração das configurações políticas se dá pela produção de novas formas estatais, sem, entretanto, levar em conta aquilo que Giorgio Agamben chama de “formas de vida”. A criação da União Europeia, como apontado por esse autor, é exemplar da criação de uma nova forma política que desconsidera as formas de vida – a cultura, as tradições e até mesmo as políticas e as jurisprudências – dos Estados e povos que o integram.

O resultado, prevê Agamben, é uma crise constante que, ou levará à ruptura – como já se observa com a saída do Reino Unido do bloco –, ou a um grande crime de lesa humanidade de natureza cultural – a eliminação de um pedaço da história dos povos e de formas plurais de vida. Tais modelos não se solidificam porque, para além das questões políticas e econômicas, há os conflitos de identidade cultural, que geram resistência a essa tentativa de uniformização das formas de vida.

Na esteira dessas novas conformações, o Brasil desponta com características interessantes. Esse modelo que propõe uniformidade global nas formas jurídicas e políticas chega aqui na década de 1990 e, por meio de reformas inconstitucionais que buscavam transformar os serviços públicos em *public utilities*, altera a estrutura essencial do Estado brasileiro, tal como estabelecido na Constituição de 1988.

O processo que começa com a transferência de serviços antes titularizados pelo Estado para a iniciativa privada vai avançando para outros ambientes, tanto no campo das liberdades públicas quanto no campo dos direitos sociais, gerando uma enorme desigualdade social. A principal característica do Estado criado por esse modelo de capitalismo é o fato de ele demandar mecanismos autoritários para poder se concretizar.

A fim de conter o caos social, a guerra civil permanente, que emerge desse modelo gerador de desigualdades, suspendem-se os direitos fundamentais de parcela da população e se impõe uma soberania bruta, violenta, a que se costuma chamar de Estado de exceção. A nossa tradição política, cujo autoritarismo sempre se impôs por meio de fraudes, de artimanhas político-jurídicas com aparência democrática, acolheu muito facilmente o paradigma autoritário advindo dessa nova forma de capitalismo.

Como diz Norberto Bobbio, democracia é um procedimento, um processo de disputa, que visa preservar a paz. É por meio da disputa política, da disputa do voto e, depois, de um processo de deliberação entre os legisladores e representantes da sociedade civil, por exemplo, que os conflitos de interesse entre os distintos grupos são resolvidos por decisão majoritária.

Luigi Ferrajoli destaca que após as Constituições do pós-guerra, rígidas, a definição de Bobbio, e de Hans Kelsen, também precisa ser acrescida de dimensões materiais relativas à proteção das liberdades públicas e à efetivação dos direitos sociais, limitando, portanto, o conteúdo da decisão política majoritária.

A democracia não pode, no entanto, ser entendida apenas como um regime político do Estado. Democracia é muito mais do que isso e para que se efetive depende de como se comporta a sociedade. Não se pode manter um Estado democrático com uma sociedade autoritária. Há uma inter-relação evidente entre Estado e sociedade que leva o grau de democracia que de fato existe nessa sociedade a se refletir nas condutas concretas do Estado.

É comum ouvirmos de debatedores de parte a parte que democracia é divergir e que, portanto, conflitar é a atitude verdadeiramente democrática. Há, obviamente, alguma verdade nesse argumento. Não se deve jamais discutir o direito do indivíduo a divergir. A democracia só se sustenta se for garantida a qualquer cidadão a possibilidade de discordar, inclusive quando se opõe às estruturas de poder ou a qualquer decisão estatal, jurisdicional, legislativa ou administrativa.

Por outro lado, é verdade que esse debate não deve funcionar como ato de guerra. Numa sociedade que tem o mínimo de maturidade democrática, o debate, por mais competitivo, deve ter a funcionalidade argumentativa.

Se um diálogo argumentativo e minimamente racional produz divergência – aliás, é da natureza do debate gerar divergências –, ao mesmo tempo produz consenso entre seus debatedores, mesmo que não explícito, como pressupostos valorativos gerais. Todo debate racional produz consenso e dissenso. O dissenso acaba por gerar um consenso que, por sua vez, produz novo dissenso e, assim, sucessivamente.

Uma sociedade não consegue ser democrática se, a par das divergências existentes, não atingir um patamar valorativo mínimo em comum. Quando o debate público perde a racionalidade e ganha o território da emoção, passa-se a produzir certas visões de mundo mais pautadas em afeto e menos em lógica e coerência. E só será

possível superar esse tipo de posição afetiva, normalmente mais autoritária, desarticulando-se esses afetos e criando-se um mínimo de predisposição à convergência e à formação daquilo que Dworkin chama de *common ground*, ou seja, de padrões mínimos de consenso, o que fortalece a democracia.

3. CONCLUSÕES

Na sociedade contemporânea ocidental, a democracia foi concebida por um processo histórico e surgiu como alternativa concreta a partir das revoluções gloria, francesa e americana. Foi a partir do século XVIII e, marcadamente nos séculos XIX e XX, que um pacto humanista entre conservadores céticos, liberais e a esquerda democrática se firmou. Por maiores que tenham sido as divergências entre esses segmentos – e foram muitas e substanciais –, como havia uma pauta humanista mínima comum a todos, ao menos no campo dos direitos negativos, ou seja, dos direitos do indivíduo e/ou das comunidades face ao poder do Estado, e de valores morais mínimos relativos a dignidade humana, formou-se um certo consenso civilizatório.

As consequências desse consenso transcendem o âmbito do Direito e passaram a gerar uma moralidade própria, ou seja, um conjunto mínimo de valores morais compartilhados por todos. Os mecanismos de sublimação ou de autorrepressão humana, imprescindíveis para se garantir a convivência, se estabeleceram a partir dessa visão humanista comum. É graças à moralidade advinda desse consenso civilizatório mínimo que qualquer indivíduo de bom senso entende, ou deveria entender, que diante da enfermidade ou da morte de um desafeto ou de seu familiar o momento de dor deve ser respeitado. Seria desumano aproveitar-se da fraqueza extrema do adversário para querer fustigá-lo. Essa honorabilidade na disputa e o reconhecimento da condição humana do adversário é algo inerente a esse pacto.

Quando observamos o ódio do discurso, o debate raivoso, o despudor no ataque ao oponente em momentos de vulnerabilidade e a ausência de formação de consensos mínimos, dá-se justamente o “*common ground*” humanista de civilização. Isso se traduz no comportamento dos indivíduos, que deixam de ter freios de sublimação e passam a expressar o lado mais primitivo das emoções humanas. Isso não só dificulta a vida em comum, num processo que se quer democrático, mas também abre amplo espaço para o surgimento de propostas políticas e modelos de comportamento autoritários.

Vale dizer que, com todas as guerras, processos de repressão e exploração, genocídios e tudo de ruim que a civilização ocidental experimentou do século XIX até hoje, não se pode descartar inteiramente suas conquistas. A civilização ocidental produziu na modernidade imensos avanços, do campo tecnológico e científico ao político, ético, moral e jurídico. Trata-se do único modelo civilizatório capaz de fazer a autocritica de seus processos de violência, como o nazismo e o fascismo, os genocídios etc.

Aparentemente, também têm contribuído para o aniquilamento do nosso *common ground* humanista certos aspectos fundamentais desse processo que, como todo engenho humano, têm características negativas, como é o caso da comunicação por internet. Esse ambiente, que permite enorme facilidade na pesquisa, no acesso a documentos, estudos e informações que favorecem o desenvolvimento cultural, também é o espaço – as redes sociais, em especial – da produção de dois fenômenos interessantes e ao mesmo tempo assustadores: o conhecimento superficial e a expressão das emoções sem qualquer tipo de pudor, de freio civilizatório.

Se a internet propicia algum nível de informação, o principal problema daqueles que se digladiam, ao contrário do que se costuma dizer, não é a ignorância, mas o conhecimento raso e fragmentado acerca dos fenômenos. Basta um conhecimento superficial de um determinado tema ou acontecimento para fazer com que se sintam aptos a avalizar um determinado ponto de vista.

Acontece que, como bem pontuou Hannah Arendt, o mal sobrevive na banalidade, na superficialidade, nunca é radical, pois não desce à raiz, não tem profundidade. Mas pode ser extremo. Agentes policiais torturaram prisioneiros por acreditarem de forma irrefletida que isso faz parte do seu papel profissional. É a ausência de reflexão – ética, moral, política – a origem do mal que pode se tornar extremo e levar a um genocídio.

Essa mesma falta de reflexão, conjugada à ausência de qualquer freio civilizatório, tem pautado diariamente o debate público e, principalmente, as discussões que se estabelecem nas redes sociais.

Não se pode interpretar democracia apenas como um espaço onde é possível divergir, assim como não se pode imaginar o ambiente da política, numa democracia, como o ambiente das emoções mais primitivas. Democracia pressupõe consensos formados pelos debates dotados de um mínimo de profundidade analítica e reflexiva, onde a racionalidade e a moral humanista sirvam de freio sublimatório dos afetos mais primitivos. Rubens Casara nos sugere um caminho:

Um dos caminhos para responder à emergência do Estado Pós-Democrático passa por abandonar o culto à ação sem reflexão, os estereótipos e as visões reducionistas do mundo que fazem com que conservadores se apresentem como 'liberais', 'marxistas', defendam a perda do valor do trabalho e 'feministas' sustentem posições de poder repressivas e bélicas atreladas a concepções hierarquizadas e essencialistas originadas do patriarcado. O desejo de democracia, ligado à concretização dos direitos, exige atenção ao imaginário. Construir a democracia, inclusive no Sistema de Justiça, é superar o imaginário autoritário.⁴⁹

⁴⁹ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 84.

4. REFERÊNCIAS

- AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BACK, Charlott. Direito penal do inimigo político. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017. p. 91-95.
- BOBBIO, Norberto. **Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo**. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- DWORKIN, Ronald M. **Is democracy possible here? : Principles for a new political debate**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- DUNLAP, JR., Charles J. **Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference Carr Center for Human Rights Policy**. Washington, D.C: Kennedy School of Government, Harvard University, 2001
- FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LACERDA, Fernando Hideo I. A caçada de Lula pelo processo penal de exceção na era da pós-verdade. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017. p. 141-145.
- MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Trad. Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.
- TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.
- VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.



O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais

*Brazilian Supreme Court and the review of
statutes on federal regulatory agencies*

EDUARDO JORDÃO ^{I,*}

^I Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

eduardo.jordao@fgv.br

<https://orcid.org/0000-0001-8440-101X>

RENATO TOLEDO CABRAL JUNIOR ^{II,**}

^{II} Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

toledocabral@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4106-7909>

LUIZA BRUMATI ^{I,***}

^I Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

lubrumati@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9593-2334>

Recebido/Received: 17.08.2019 / August 17th, 2019

Aprovado/Approved: 28.10.2020 / October 28th, 2020

Como citar esse artigo/How to cite this article: JORDÃO, Eduardo; CABRAL JR., Renato Toledo; BRUMATI, Luiza. O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 549-600, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.68568.

* Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), com pesquisas de pós-doutorado na Harvard Law School e no MIT Economics. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos Institutos Max-Planck de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha. Sócio do Portugal Ribeiro Advogados. E-mail: eduardo.jordao@fgv.br.

** Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assistente acadêmico na FGV Direito Rio. Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (UERJ Reg.). Membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos Administrativos da OAB/RJ. Advogado. E-mail: toledocabral@gmail.com.

*** Acadêmica da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Bolsista do projeto “Regulação em Números”. E-mail: lubrumati@hotmail.com.

Resumo

Fruto do projeto “Regulação em Números”, da FGV Direito Rio, este trabalho busca avaliar o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) como foro de debate sobre o modelo das agências reguladoras no Brasil. O tema é analisado em duas partes distintas, relativas às perspectivas dos postulantes e do STF. No primeiro caso, pretendeu-se verificar (i) quais atores buscam a invalidação ou a imposição de limites aos poderes das agências reguladoras pela via do controle abstrato de constitucionalidade de normas (“quem postula?”); (ii) quais são suas motivações (“por que postula?”) e (iii) em que momento tais demandas são ajuizadas (“quando postula?”). As mesmas perguntas básicas se repetem no segundo caso: (i) quanto tempo as contestações levam tramitando e sendo deliberadas (“quando decidem?”); (ii) o que é examinado e com base em quais fundamentos eles decidem (“o que e como decidem?”); e (i) qual o comportamento e entendimento individual dos ministros frente a estas contestações (“quem e como decidem?”). Para responder a estas perguntas, foram lidas as 18 ações movidas perante o STF e as respectivas decisões da Corte que envolvem leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais no país entre os anos de 1997 e 2018.

Palavras-chave: agências reguladoras; regime especial; Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade; jurisdição constitucional.

Abstract

A product of FGV Law School in Rio de Janeiro's project “Regulation in Numbers”, this paper seeks to evaluate the role of the Supreme Court (STF) as a forum for debate on regulatory agencies in Brazil. The subject is analyzed in two distinct parts, concerning the perspectives of the claimants and the Supreme Court. In the first part, the paper asks (i) which actors seek to invalidate or impose limits on the powers of regulatory agencies through the abstract control of constitutionality of norms (“who postulates?”); (ii) what are their reasons (“why do they postulate?”) and (iii) when are these claims filed (“when do they postulate?”). The same questions are repeated in the second part: (i) how long do these claim take to be processed and deliberated (“when does the Court decide?”); (ii) what is examined and on what grounds does the Court decide (“what and how does the Court decide?”); and (i) what is the individual behavior of the Justices regarding these claims (“who and how do Justices decide?”). In order to answer these questions, the 18 claims filed before the Supreme Court and the respective decisions of the Court involving statutes about the legal regime of federal regulatory agencies between 1997 and 2018.

Keywords: regulatory agencies; special legal regime; Supreme Court; control of constitutionality; constitutional jurisdiction.

SUMÁRIO

1. Introdução; **1.1.** A reforma do Estado e a proliferação de agências reguladoras; **1.2.** As agências reguladoras no Brasil; **1.3.** Reação ao modelo das agências reguladoras; **1.4.** Qual a relevância do Supremo Tribunal Federal no debate sobre o modelo das agências reguladoras? **1.5.** A estrutura deste artigo;
- 2.** Metodologia da pesquisa e síntese dos resultados; **2.1.** O objeto da pesquisa; **2.2.** Metodologia para definição da base de dados; **2.3.** Os critérios de avaliação e a síntese dos resultados; **3.** O debate sobre as agências reguladoras no STF sob a ótima dos postulantes; **3.1.** Quem postula? **3.1.1.** A participação acentuada dos partidos políticos; **3.1.2.** O setor regulado e os grupos de interesses sobre o funcionalismo político; **3.1.3.** A Procuradora-Geral da República; **3.2.** Por que postulam? **3.2.1.** Contestação do regime jurídico especial das agências reguladoras; **3.2.2.** Redução dos poderes e competências das agências reguladoras; **3.2.3.** Um capítulo à parte: demandas relacionadas ao regime de pessoas das agências reguladoras; **3.3.** Quando postulam? **3.4.** Conclusões parciais em relação aos postulantes;
- 4.** O debate sobre as agências reguladoras sob a ótima do processo decisório do STF; **4.1.** Quando decidem? **4.1.1.** Casos julgados e linha do tempo; **4.1.2.** Tempo de deliberação; **4.1.3.** Tempo de tramitação; **4.2.** O que e como decidem? **4.2.1.** O modelo institucional das agências reguladoras; **4.2.2.** O poder normativo das agências reguladoras; **4.2.3.** A autonomia e a eficiência gerencial das agências reguladoras; **4.2.4.** Usurpação de competências de outros Poderes; **4.3.** Quem e como decidem? **4.3.1.** A conduta individual dos Ministros; **4.3.2.** O posicionamento individual dos Ministros; **4.4.** Conclusões parciais em relação ao STF; **5.** Conclusões; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto do projeto denominado “Regulação em Números”, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). O objetivo central do trabalho é avaliar o papel do Supremo Tribunal Federal no contexto da implantação do Estado Regulador brasileiro. Para este fim, foram lidas e examinadas as ações movidas perante o STF em que foram impugnadas leis e medidas provisórias que disciplinam o regime jurídico especial das agências reguladoras no país.

De um lado, pretende-se avaliar o uso da jurisdição constitucional para questionar o modelo das agências reguladoras sob a perspectiva dos *postulantes*. Isto implica identificar: quais são os principais agentes que levaram ao Supremo Tribunal Federal discussões quanto à legitimidade das agências reguladoras no ordenamento constitucional brasileiro (*“quem postula”*); as razões que os levam a buscar a Corte Superior para questionar o modelo (*“por que postulam”*); e em que momento histórico decidem impugnar determinada legislação que disciplina o regime jurídico destas instituições (*“quando postulam”*).

Da perspectiva da *instituição*, as mesmas perguntas básicas se repetem. Quis-se identificar (i) quanto tempo as contestações ao regime das agências levam tramitando e sendo deliberadas (*“quando decidem”*); (ii) quais temas foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal e o respectivo entendimento firmado pela Corte (*“o que e como decidem”*); e (iii) qual o comportamento e posicionamento individual dos Ministros frente a estas contestações (*“quem e como decide”*).

1.1. A reforma do Estado e a proliferação de agências reguladoras

A crise do Estado do bem-estar social resultou em período de intensa reforma administrativa nas últimas décadas do século XX. Antes considerado o principal agente da economia (sobretudo em seu modo de intervenção direta por meio de empresas estatais), o Estado teve seu papel reconfigurado num contexto de sucessivas privatizações e desestatizações. O processo foi acompanhado de necessidade cada vez maior de fiscalização das atividades que foram delegadas ao setor privado. Este movimento levou ao que se convencionou chamar de *Estado regulador*¹.

¹ MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, v. 50, n. 1, p. 5-36, 1999. Marçal Justen Filho identifica quatro distinções significativas entre essa nova concepção estatal diante do Estado de Providência: (i) a transferência para a iniciativa privada de atividades anteriormente desenvolvidas pelo Estado, inclusive com a liberalização de atividades até então monopolizadas; (ii) a preferência pelo instrumento interventivo indireto, por meio da regulação das atividades sociais e econômicas (competência regulatória); (iii) a atuação estatal norteada não apenas pelas correções das falhas de mercado, mas também admitindo-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política e social; bem como (iv) a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 655.

A liberalização de alguns setores da economia à iniciativa privada constituiu um processo extremamente complexo e sensível. Para capitaneá-lo, em vários países se optou pela criação das chamadas *agências reguladoras* – entidades relativamente independentes da administração central, com *autonomia reforçada*², compostas por especialistas na matéria, com garantias de poder decisório insulado do processo político e dotadas de significativos recursos financeiros e humanos. Com esse modelo, a regulação de atividades econômicas antes submetidas ao monopólio estatal (como os serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás, transporte ferroviário, etc.) passou a ser atribuída a instituição pública desenhada para lidar com a complexidade dessas funções³.

1.2. As agências reguladoras no Brasil

No Brasil, esse fenômeno se deu sobretudo no final da década de 1990 e no início da década seguinte⁴, especialmente durante o período de Reforma Administrativa e sob a vigência do chamado Plano Nacional de Desestatização (PND – Leis nº 8.031/1990 e nº 9.491/1997).

Esse modelo, no entanto, não encontrava respaldo expresso na Constituição Federal. O constituinte originário não concebeu o desenho das agências reguladoras. Limitou-se a prever no art. 174 o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica⁵. Mesmo as emendas constitucionais editadas no período de Reforma Administrativa que previram a instituição de órgãos reguladores para o setor

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³ KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 28, n. 3, p. 409-441, 2008.

⁴ Confira-se, a propósito, o relato de Gustavo Binenbojm sobre o assunto: “Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto. O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias. Por outro lado, a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Daí as agências constituírem também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados, como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, devolvidas total ou parcialmente à iniciativa privada.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266/267).

⁵ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

de telecomunicações (EC nº 08/1995, que modificou a redação do art. 21, XI da CRFB) e para o setor de petróleo e gás natural (EC nº 09/1995, que alterou a redação do art. 177, §2º, inciso III da CRFB) não impuseram a regulação por meio de agências independentes; apenas previam que determinados setores da economia seriam regulamentados pela Administração Pública.

Foi apenas no âmbito infralegal que as agências reguladoras passaram a figurar na realidade normativa brasileira. A primeira delas foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427/1996. Em seguida, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472/1997); a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei 9.478/1997); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/1999); a Agência Nacional de Agência Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000); a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984/2000); a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.233/2001); a Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória nº 2.228-1/2001); a Agência Nacional da Aviação Civil (Lei nº 11.182/2005) e, mais recentemente, a Agência Nacional de Mineração – ANM (Lei nº 13.575/2017). Em todas os casos, as autoridades reguladoras foram reconhecidas como *autarquias⁶ sob regime especial⁷*.

Ao todo, há atualmente no Brasil onze agências reguladoras no âmbito federal, cujos desenhos institucionais estão em constante revisão. Exemplos disso são as ampliações das competências regulatórias da ANCINE (Lei nº 12.485/2011)⁸ e da ANA (Medida

⁶ A base conceitual para o conceito de autarquia se encontra no art. 5º, inciso I do Decreto-lei nº 200/1967. Segundo o dispositivo, a autarquia é um o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. A peculiaridade das agências está justamente no *regime especial* desenhado para estas instituições.

⁷ Por aparente atecnia legislativa, a definição do regime especial é distinta em cada lei de criação das agências reguladoras. Veja-se, por exemplo, que a Lei da ANATEL caracteriza esse regime pela “*independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*” (cf. art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/1997). Já a Lei da ANS a caracteriza pela “*autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes*” (cf. art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.961/2000). De todo modo, em todos os casos, é relevante notar que o regime especial delimita um espaço de relevante autonomia e independência para as agências reguladoras no ponto de vista político, gerencial e decisório (ao menos no campo normativo). Ainda cabe desafiar que recentemente a Lei nº 13.848/2019, a chamada “Lei Geral das Agências” pretendeu a uniformização da definição do regime especial, dispondo, em seu art. 3º, “A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação,” garantindo as citadas autonomia e independência e a caracterização específica de cada Lei.

⁸ A Lei nº 12.485/2011, que disciplina a comunicação audiovisual de acesso condicionado, ampliou as competências da ANCINE, que passou a regular as atividades de programação e de empacotamento previstas no referido marco legal.

Provisória nº 844/2018 e Medida Provisória nº 868/2018)⁹, bem como as recentes propostas de unificação da ANTT com a ANTAQ numa única agência de transportes¹⁰.

1.3. Reação ao modelo das agências reguladoras

A proliferação destas entidades administrativas especializadas gerou alguns desafios para a teoria do direito administrativo e do direito público. Naquilo que concerne a este artigo, diferentes atores políticos e econômicos passaram a questionar se o modelo das agências reguladoras seria compatível com a Constituição Federal e, mais especificamente, se tais instituições subvertiam ou não a separação de poderes, o princípio democrático e o princípio da legalidade.

No âmbito doutrinário, publicistas relevantes apresentaram fortes críticas às agências reguladoras. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, além de considerar as agências reguladoras inconstitucionais, questionou duramente a extensão de mandatos de seus dirigentes para além de um mesmo período governamental. Segundo ele, a essência da República estaria na temporariedade dos mandatos e na possibilidade de a sociedade escolher governantes com orientações diversas dos governos precedentes. Nas suas palavras, o modelo desenhado para as agências reguladoras no Brasil era uma *“fraude contra o próprio povo”*¹¹.

Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, embora contestasse a existência das agências reguladoras, adotou posição menos extrema sobre o assunto. Para ela, contudo, as agências reguladoras deveriam encontrar respaldo normativo expresso na Constituição Federal. Por isso, na sua visão, apenas a ANATEL e a ANP poderiam contar com a autonomia e a independência atribuídas às agências reguladoras. Quanto às demais, caberia a elas respeito aos mandamentos de todos os poderes da República, com ampla possibilidade de revisão de seus atos.¹²

⁹ A Medida Provisória nº 844/2018 tinha por objetivo o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei nº 9.984/2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento básico. Referida medida provisória não foi aprovada pelo Congresso Nacional, motivo pelo qual sua vigência foi encerrada. A Medida Provisória nº 868/2018, com redação similar, ainda se encontra vigente.

¹⁰ Segundo informações disponibilizadas na imprensa: “O ministro da Infraestrutura, Tarcísio Freitas, reafirmou a intenção do governo Jair Bolsonaro de unir a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). A afirmação foi feita pelo ministro no pregão da B3, onde o governo realizou nesta manhã de sexta-feira, 15, o leilão de aeroportos – a primeira concessão do governo Bolsonaro. ‘Estamos estudando outras possibilidades, a própria fusão de ANTT e Antaq. Não é um coisa definida, mas que está em estudo e vai ser feito se a gente perceber que há ganho para a regulação’, afirmou”. Disponível em <https://istoe.com.br/correcao-infraestrutura-reforca-intencao-em-fusao-da-antt-com-antaq/>. Acesso em 15 mar. 2019.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 153/154.

¹² Confiram-se as afirmações da autora: “A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com a referência à expressão órgão regulador contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º,

Outros autores defenderam a existência das agências reguladoras no Brasil¹³, propondo parâmetros para compatibilizá-las com os ditames da Constituição Federal¹⁴. O embate, contudo, não se limitou ao âmbito de livros e artigos sobre o tema, espalhando-se também para o Poder Judiciário.

1.4. Qual a relevância do Supremo Tribunal Federal no debate sobre o modelo das agências reguladoras?

A discussão sobre a legitimidade de tais instituições teve o Supremo Tribunal Federal como um de seus foros de debate. Como cabe ao STF o controle de constitucionalidade sobre leis e demais atos normativos com eficácia vinculante e *erga omnes* (art. 102, §2º da CRFB), diversos atores passaram a questionar, perante a Suprema Corte, a compatibilidade das leis de criação destas agências com a Constituição Federal.

*III. As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regularmentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador" DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 612.*

¹³ É possível enumerar diversos trabalhos sobre as agências reguladoras desde a década de 1990 até os dias atuais. Confiram-se, por todos: CONFORTO, Glória. Descentralização e Regulação da Gestão de Serviços Públicos. **Revista de Administração Pública – RAP**, vol. 32, n. 1, p. 27-40, 1998; AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 141-148, jul./set. 1998; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 125-162, 1999; SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 17/38; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 145-184; PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 2, n. 5, p. 59-66, 2000; TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 1-5, 2000; MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 8, p. 1009-1016, 2001; ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 2, n. 7, p. 47-92, 2001; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo, SP: Dialética, 2002; BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 285-311, 2002; MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, n. 99, p. 723-746, jan./dez. 2004; WALD, Arnoldo. A autonomia das agências reguladoras. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 8, n. 170, p. 42-43, fev. 2004; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005; MATTOES, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006; GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁴ Destaca-se, sobre o tema, a obra "Agências Reguladoras e Democracia", organizada por Gustavo Binenbojm, que contou com artigo dos autores Alexandre Santos de Aragão, Luís Roberto Barroso, Laís Calil, Egon Bockmann Moreira, Mariana Mota Prado, Joaquim Barbosa, Paulo Correia, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Lauro Antonio Nogueira Soares Júnior. V. BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

O objetivo deste artigo é documentar e examinar esse fenômeno, tanto sob a ótica de seus postulantes (isto é, aqueles que apresentaram demandas perante o STF para questionar o modelo das agências reguladoras) quanto sob a perspectiva do próprio Supremo Tribunal Federal enquanto instituição julgadora. Embora haja um número reduzido de ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema, é possível identificar variáveis que iluminam determinadas tendências de atuação sob ambos os enfoques sugeridos.

A importância desse estudo está em entender qual o papel da jurisdição constitucional e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal como foro de debate sobre o modelo das agências reguladoras no Brasil. Na medida em que a história nos revela que há diversas formas de desestruturar uma agência reguladora mesmo com a manutenção de tais instituições no ordenamento legal¹⁵, este estudo tem o condão de iluminar em que medida o STF é uma engrenagem relevante para o desenvolvimento e consolidação de modelos institucionais específicos para a regulação econômica e social no país. É dizer: mesmo que, em uma análise contextual, seja possível vislumbrar pouca independência prática para as agências reguladoras no Brasil, certo é que sua existência pressupõe a própria validação do modelo institucional das *autarquias em regime especial* pela Corte Constitucional.

Por isso, este artigo se propõe a averiguar, sob a perspectiva dos postulantes, (i) quais atores buscam a invalidação ou a imposição de limites aos poderes das agências reguladoras pela via do controle abstrato de constitucionalidade de normas (“quem postula?”); (ii) quais são suas motivações (“por que postula?”) e (iii) em que momento tais demandas são ajuizadas (“quando postula?”). As mesmas perguntas básicas se repetem na segunda parte, em que se adota a perspectiva do STF: (iii) quanto tempo as contestações levam tramitando e sendo deliberadas (“quando decidem?”); (ii) quais os objetos debatidos e com base em quais fundamentos eles decidem (“o que e como decidem?”); e (iii) qual o comportamento e o posicionamento individual dos ministros frente a estas contestações (“quem e como decide?”). Em suma, pretendeu-se investigar os elementos do passado para buscar indícios sobre o futuro, sobretudo porque o debate sobre a independência institucional das agências reguladoras volta constantemente à tona.

1.5. A estrutura deste artigo

Este artigo está estruturado da seguinte forma. Após esta introdução, o item 2 abordará o objeto da pesquisa, a sua metodologia, os critérios de avaliação e uma síntese das conclusões obtidas. Nos itens 3 e 4, então, serão exibidos os resultados a partir

¹⁵ Sobre o tema, v. JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017.

de delimitações e classificações desenvolvidas pelos autores. No item 3, os dados serão analisados sob a ótica dos postulantes das ações, enquanto no item 4 serão avaliados os dados relativos à atuação do Supremo Tribunal Federal. No item 5, por fim, serão apresentadas as conclusões finais do trabalho e breves reflexões sobre o assunto.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA E SÍNTESE DOS RESULTADOS

2.1. O objeto da pesquisa

Como já se afirmou acima, este artigo é fruto do projeto denominado “Regulação em Números”, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio). O objetivo do trabalho é avaliar o questionamento do modelo das agências reguladoras no Brasil perante o Supremo Tribunal Federal. Para este fim, foram lidas e examinadas todas as ações movidas perante o STF e as decisões da Corte que envolvem leis infraconstitucionais que tratem sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais no país.

De logo, observe-se que este artigo se dispõe a analisar apenas leis (no seu sentido amplo, o que também abrange medidas provisórias) que tenham por objeto definir o regime jurídico das agências reguladoras federais. Este corte metodológico inclui as leis de criação das agências reguladoras, leis que ampliam as suas competências, como também outras leis que disciplinam o seu regime jurídico de forma específica (tal como o fez, v.g., a Lei nº 9.986/2000, em que se adotava o regime celetista para os agentes públicos das agências reguladoras, e que foi questionada nas ADI nº 2310 e 2315).

O objetivo é identificar em que medida o modelo das agências reguladoras é questionado *em abstrato*, e não por meio da contestação de atos concretos editados e promovidos pelas agências reguladoras¹⁶. Daí a escolha das ações movidas perante o Supremo Tribunal Federal, instituição a quem foi atribuída a capacidade institucional

¹⁶ No Brasil, alguns estudos sobre o controle judiciais das agências reguladoras vem sendo desenvolvidos. Um estudo do CNJ, por exemplo, analisou 1.371 ações judiciais em que foram questionadas decisões de agências reguladoras entre 1994 e 2010 e revelou que mais de 80% dos casos que tiveram seu mérito julgado pelos tribunais superiores foram favoráveis às agências – tão embora, no decorrer do processo, a incidência de decisões desfavoráveis esteja presente com alguma incidência. Segundo o relatório, a complexidade e o caráter estritamente técnicos das entidades administrativas autônomas é uma de suas razões de decidir. Juliano Maranhão, ao analisar o estudo, observa que (i) há uma supervalorização de questões procedimentais; (ii) os magistrados geralmente carecem de conhecimento técnico para resolver as questões; (iii) a dicotomia entre o direito público e privado dificulta a compreensão judicial sobre assuntos regulatórios complexos; e (iv) há uma insensibilidade ao raciocínio regulatório que, muitas vezes, leva o Poder Judiciário a um formalismo jurídico (Juliano Maranhão, *A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva?*. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 26-46). Ainda sobre o tema, v., por todos, WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. “Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise de jurisprudência brasileira”. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: FGV, 2010, versão digital, p. 236-305.

para avaliar a constitucionalidade objetiva de leis e atos normativos. Por outro lado, a escolha das agências federais se justifica pela sua importância na economia do país, o maior conhecimento geral sobre a sua existência (o que amplia, também, o debate sobre elas) e a presença de um maior número de entidades regulatórias independentes no Poder Executivo federal em comparação com os demais entes da Federação.

É preciso reconhecer, contudo, que a definição deste escopo encontra dificuldades e fragilidades não negligenciáveis. Isso porque importantes manifestações jurisprudenciais sobre o tema se deram em casos envolvendo agências estaduais (tal como na ADI nº 1949, em que se legitimou o modelo de mandatos fixos dos dirigentes das entidades reguladoras independentes do Estado do Rio Grande do Sul¹⁷) ou em demandas em que se questionavam atos concretos das agências e leis estaduais que conflitavam com mandamentos normativos por elas editados¹⁸⁻¹⁹. Ainda assim, no entanto,

¹⁷ Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente. (...) 3. Ressalte-se, ademais, que *conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia.* (...) 5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. 6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniente de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo (ADI 1949, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, DJe 14/11/2014).

¹⁸ Basta notar que o mais recente julgamento colegiado sobre o tema pesquisado – a ADI nº 4784 – cita como precedentes os seguintes casos: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1. Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014. Destes, apenas a ADI nº 1668 faz parte da base de dados consolidada.

¹⁹ Veja-se o exemplo da ADI nº 4093, que tinha por objeto a Lei do Estado de São Paulo nº 12.623/2007. Naquele caso, a discussão sobre a constitucionalidade sobre uma lei estadual levou ao debate sobre o poder regulatório da ANVISA, nos seguintes termos: “*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI ESTADUAL N° 12.623/2007. DISCIPLINA DO COMÉRCIO DE ARTIGOS DE CONVENIÊNCIA EM FARMÁCIAS E DROGARIAS. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. IMPROCEDÊNCIA.* (...) *As agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem*

o recorte aqui realizado permite levantar diretrizes sobre a atuação da sociedade civil e do Supremo Tribunal Federal no debate em questão.

2.2. Metodologia para definição da base de dados

Para encontrar respostas a tais indagações, foi necessário analisar um amplo número de processos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal. O portal da Corte disponibiliza em seu *site* um campo de pesquisa em que é possível identificar, a partir dos termos definidos pelo usuário, quais ações de controle concentrado foram ajuizadas. Para tanto, utilizaram-se os nomes de cada uma das agências reguladoras, o termo genérico “agência reguladora” (no plural e singular) e diferentes variações dos números das leis criadoras de cada agência reguladora para delimitar o primeiro espaço amostral da pesquisa. O limite temporal estabelecido para tanto foi o dia 31/12/2018, tendo em vista o período em que as pesquisas foram realizadas. Com isso, foram encontradas centenas de ações de controle concentrado (ADI, ADC, ADO e ADPF) sobre o tema.

A partir de então, a pesquisa envolveu a leitura da ementa das ações identificadas, de suas petições iniciais, de seus acompanhamentos processuais, de suas decisões liminares e dos acórdãos proferidos no curso de cada ação. Foram eliminadas todas as ações que, embora fizessem menções aos termos pesquisados, não guardavam pertinência com o objeto de pesquisa. Esta medida foi especialmente importante já na etapa inicial das pesquisas, na medida em que diversas leis que criaram agências reguladoras também estipulam regras sobre o marco regulatório do setor econômico no geral. Daí a necessidade de realização de um exame crítico de cada uma das ações com o objetivo de delimitar com precisão a base de dados sobre a qual o estudo se debruçaria.²⁰

Além disso, mesmo ações diretas que questionaram leis e dispositivos específicos sobre as competências das agências reguladoras federais foram excluídas do espaço amostral em razão do *fundamento* adotado pelos autores das ADI. O objetivo deste corte foi delimitar um espaço amostral em que a intenção dos requerentes das ações foi obter um provimento de mérito do Supremo Tribunal Federal sobre a invalidade material do desenho institucional ou de determinado aspecto relativo à agência reguladora.

constitucional e legal vigente. As normas da ANVISA que extrapolam sua competência normativa – como é o caso da proibição de comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias – não se revelam aptas a obstar a atividade legiferante dos entes federados. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 4093, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, DJe 17/10/2014. Grifos nossos).

²⁰ A título de exemplo, parte das ações diretas encontradas com os termos de pesquisa se relacionam com marcos regulatórios setoriais, embora não tratem especificamente sobre as agências reguladoras responsáveis para supervisionar a matéria. É o caso de ações que discutem sobre royalties sobre o petróleo (e.g., ADIs nºs 5936, 5621, 5038, 4920, 4918 e 4917); sobre questões ao setor de infraestrutura de telecomunicações (e.g., ADIs nºs 1863 e 1840); ou de normas sobre serviços de acesso condicionado que não necessariamente contestam o regime jurídico da ANCINE (e.g., ADIs nºs 4923, 4756, 4747 e 4703).

Na ADI nº 3465 e na ADI nº 3326, por exemplo, questionou-se a ampliação da competência da ANP, mas apenas por questões formais. É que a Medida Provisória nº 227/2004 estabelecia, em seu art. 11, a competência da ANP para estabelecer os termos e as condições de marcação do biodiesel, para sua identificação e delimitação do percentual de biodiesel ao óleo diesel derivado do petróleo, observadas as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Política Energética. Segundo o autor das ações – o Partido da Frente Liberal (PFL), atualmente Democratas (DEM) – o dispositivo em questão seria inconstitucional na medida em que a Constituição Federal, em seu art. 177, §2º, III, seu art. 246 e o art. 3º da Emenda Constitucional nº 09/1995, vedaria a edição de medida provisória sobre tal matéria. Assim, embora o dispositivo impugnado tenha relação com a competência regulatória da ANP sobre o mercado de biodiesel, o fundamento apresentado pelo partido político não tinha por pretensão impugnar o regime jurídico da agência reguladora sob qualquer aspecto. O mesmo se deu, por exemplo, no bojo da ADI nº 3090, em demanda relativa à ampliação de competências da ANEEL pela Medida Provisória nº 144/2003. Por tal circunstância, as aludidas ações foram excluídas do objeto de análise deste artigo.

Ao final, chegou-se ao resultado de 18 ações diretas de inconstitucionalidade, envolvendo a ANATEL (2), a ANTT (4), a ANTAQ (2), a ANP (3), a ANCINE (1), a ANVISA (1), a ANA (2) e todas as agências em uma mesma ação (4), conforme tabela a seguir:

ADI	Agência Reguladora	Lei
6033	Todas	Lei 10.871/2004
6006	ANA	Medida Provisória nº 844/2018
5993	ANA	Medida Provisória nº 844/2018
5906	ANTT	Lei nº 10.233/2001
5372	ANTT	Lei nº 12.996/2014; Lei nº 10.233/2001
5371	ANTT e ANTAQ	Lei 10.233/2001
4874	ANVISA	Lei nº 9.782/1999
4679	ANCINE	Lei nº 12.485/2011
4226	ANATEL	Lei nº 9.472/1997; Lei nº 10.871/2004
3596	ANP	Lei nº 9.478/1997
3366	ANP	Lei nº 9.478/1997
3273	ANP	Lei nº 9478/1997

3240	Todas	Lei nº 10.871/2004
2658	ANVISA	Medida Provisória nº 2190-34/2001
2543	ANTT e ANTAQ	Lei nº 10.233/2001
2315	Todas	Lei nº 9.986/2000
2310	Todas	Lei nº 9.986/2000
1668	ANATEL	Lei nº 9472/1997

2.3. Os critérios de avaliação e a síntese dos resultados

Uma vez estabelecida a base de dados, os casos foram destrinchados e classificados a partir das seguintes variáveis: (i) número do processo no STF; (ii) agência reguladora envolvida; (iii) assunto do processo; (iv) lei questionada; (v) dispositivos legais questionados; (vi) data da publicação da lei; (vii) data da distribuição da ação; (viii) tempo de reação entre a data de distribuição da ação e a data de publicação da lei; (ix) requerente da ação; (x) dispositivos constitucionais invocados; (xi) relator da ação; (xii) existência de julgamento liminar e, em caso positivo, (xiii) seu resultado; e (xiv) data em que a decisão foi proferida; elementos também reproduzidos no caso das decisões de mérito (variáveis xv, xvi e xvii). Além disso, foi delimitado (xviii) o tempo de julgamento final nos casos em que houve julgamento final; ou, (xix) o tempo em que o processo se encontra em trâmite perante o STF sem decisão final, considerando como marco limite o dia 31/12/2018, tendo em vista o limite temporal estabelecido para a elaboração dos estudos e deste artigo.

Em síntese, a despeito do reduzido número de processos de controle concentrado examinados para a pesquisa, foi possível observar que (i) as ações são dominadas por partidos políticos, a despeito de associações dos setores regulados apresentarem uma crescente participação nestes processos. Além disso, (ii) embora a existência das agências reguladoras tenha sido contestada *em abstrato* no início do seu surgimento, as ações diretas de inconstitucionalidade se sofisticaram com o tempo e apresentam demandas sobre aspectos específicos de seus regimes jurídicos, com o objetivo de impor limites à sua atuação. Por fim, foi possível verificar que (iii) partidos políticos possuem a tendência de contestar os atos normativos criadores de competências de agências reguladoras em um curto espaço de tempo desde sua edição, enquanto associações e federações tem pretensões em tempos consideravelmente mais extensos, muitas vezes em razão de elementos contextuais da atividade concreta da agência reguladora.

Já em relação ao Supremo Tribunal Federal, é possível notar que a Corte desempenhou (e ainda desempenha) papel relevante na consolidação do modelo das agências reguladoras no Brasil, processo este ainda em andamento. Nos cinco casos em que

houve julgamento pelo Plenário (ADI nº 1668, 3273, 3366, 4679 e 4874), o Tribunal validou o modelo das agências reguladoras, embora alguns ministros tenham apresentado cautelas quanto à extensão da independência de tais instituições. De um modo geral, foram identificadas como diretrizes da jurisprudência da Corte (i) a constitucionalidade da atribuição de competências técnicas às agências reguladoras; (ii) a necessidade de que seus poderes estejam sujeitos à observância dos parâmetros previstos em leis (a ideia de “princípios inteligíveis”); e (iii) sua independência não afasta a possibilidade de posterior controle de seus atos, embora seja recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário.

Estabelecidas tais premissas, passa-se à análise efetiva dos resultados da pesquisa.

3. O DEBATE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO STF SOB A ÓTICA DOS POSTULANTES

Conforme apresentado anteriormente, este item do artigo se destina a analisar os dados relacionados aos postulantes de demandas perante o Supremo Tribunal Federal que tratem sobre o regime jurídico das agências reguladoras. Mais especificamente, os subitens a seguir avaliarão (i) quem são os autores das ADIs identificadas na base de dados estipulada na pesquisa; (ii) os pedidos e razões apresentados por estes autores em suas petições iniciais; bem como (iii) o momento em que se postula a invalidação de determinada norma sobre as agências reguladoras federais. Em cada um destes pontos, os autores deste artigo procurarão apresentar dados contextuais sobre as ações, sempre que entenderem pertinentes para situar o leitor.

3.1. Quem postula?

A primeira pergunta a ser respondida por este artigo está relacionada aos agentes que litigam perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o regime jurídico especial das agências reguladoras. Sobre esse tema, a tabela a seguir estipula o requerente de cada uma das ADIs identificadas na pesquisa:

Número	Agência Reguladora	Requerente
6033	Todas	ASSOCIACAO NACIONAL DOS SERVIDORES EFETIVOS DAS AGENCIAS REGULADORAS FEDERAIS - ANER
6006	ANA	PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
5993	ANA	PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

5906	ANTT	ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS - ABRATI
5371	ANTT e ANTAQ	PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
5372	ANTT	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS USUÁRIOS DE TRANSPORTES COLETIVOS RODOVIÁRIOS, FERROVIÁRIO, HIDROVIÁRIO E AÉREO - CONUT
4874	ANVISA	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
4679	ANCINE	DEMOCRATAS - DEM
4226	ANATEL	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PROVEDORES DE INTERNET E OPERADORES DE COMUNICAÇÃO DE DADOS MULTIMÍDIA - ABRAMULTI
3596	ANP	PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
3366	ANP	PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
3273	ANP	GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ
3240	Todas	DEMOCRATAS - DEM
2658	ANVISA	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC
2543	ANTT e ANTAQ	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHEIROS RODOVIÁRIOS - ABER
2315	Todas	PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
2310	Todas	PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
1668	ANATEL	PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B; PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT; PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT; PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

A base de dados demonstra que as ações relativas ao modelo institucional das agências reguladoras estão concentradas especialmente no campo político. De um total de dezoito ADIs, nove foram movidas por partidos políticos (ADI nº 6006, nº 5993, nº 4679, nº 3596, nº 3366, nº 3240, nº 2315, nº 2310 e nº 1668) e uma pelo Governador do Estado do Paraná (ADI nº 3273).

Além disso, cinco medidas foram apresentadas pelo setor regulado, tanto por meio de associações representantes de uma categoria específica – casos da ABRA-TI (ADI nº 5906), da CONUT (ADI nº 5372) e da ABRAMULTI (ADI nº 4226) – como por

confederações de legitimidade ampla – casos da CNI (ADI nº 4.874) e da CNC (ADI nº 2.658). Foi possível identificar, ainda, duas ações movidas por grupos de interesse relacionados ao funcionalismo público – a ANER (ADI nº 6033) e a ABER (ADI nº 2543). Por fim, aponte-se uma ação ajuizada pela Procuradoria Geral da República (ADI nº 5371).

3.1.1. *A participação acentuada dos partidos políticos*

Como é possível notar, mais da metade das ADIs relativas ao regime jurídico das agências reguladoras federais foram ajuizadas por partidos políticos. Quanto ao espectro político de tais partidos, é possível afirmar, ainda, que as ações estão concentradas em partidos de orientação de esquerda. Basta notar que, entre os partidos políticos que apresentaram demandas perante o Supremo Tribunal Federal ao longo do período pesquisado, sete entre nove ADIs foram ajuizadas pelo Partido dos Trabalhadores (PT); pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B); pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Até mesmo a ADI nº 3273 foi movida pelo então Governador do Estado do Paraná Roberto Requião, que, embora seja membro de um partido considerado de centro-direita (o Movimento Democrático Brasileiro – MDB, ex-PMDB), apresenta clara orientação política pessoal de esquerda²¹. Apenas duas ações foram movidas, por sua vez, por partido mais à direita do espectro político nacional – o Democratas (DEM).

ADI	Ano	Governo	Partido político
6006	2018	Michel Temer	PT
5993	2018	Michel Temer	PSB
4679	2011	Dilma Rousseff	DEM
3596	2005	Luís Inácio Lula da Silva	PSOL
3366	2004	Luís Inácio Lula da Silva	PDT
3273	2004	Luís Inácio Lula da Silva	Governador do Estado do Paraná
3240	2004	Luís Inácio Lula da Silva	DEM
2315	2000	Fernando Henrique Cardoso	PDT
2310	2000	Fernando Henrique Cardoso	PT
1668	1997	Fernando Henrique Cardoso	PT, PC do B, PDT e PSB

²¹ Veja em “Roberto Requião critica projeto de Temer ‘neoliberal’”. Disponível em <<https://bit.ly/30Jjs3Y>>. Acesso em 19.03.2019. Há, ainda, manifestações públicas do deputado a favor da orientação política de esquerda, como a seguinte: “Esquerda é olhar o mundo pelas lentes dos mais pobres e mais fracos. Esquerda é amor e solidariedade. Direita é egoísmo e individualismo” (publicação no *twitter* em 22/05/2017).

Não é surpreendente que partidos de esquerda se destaquem na contestação do modelo das agências reguladoras. O Partido dos Trabalhadores, em especial, sempre lhe foi abertamente contrário. O PT e o PDT foram os principais responsáveis, autonomamente ou em conjunto com outros partidos de oposição, pelo ajuizamento de ações no período do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).²²

No início de 2003, ao assumir seu primeiro mandato presidencial, o presidente Lula declarou que agências reguladoras estavam independentes demais²³ e que as decisões que mais afetavam a população não passavam pelo seu governo. No caso mais notório, o governo conseguiu induzir a renúncia de Luiz Guilherme Schymura da presidência da ANATEL, após duras críticas das medidas de reajustes tarifários dos serviços de telecomunicações por ele intentadas²⁴. Em paralelo, o governo petista também propôs alterações legislativas na estrutura das agências reguladoras²⁵.

A resistência ao modelo das agências também pode ser identificada pela escassa criação de tais instituições durante a gestão dos governos de Lula (2003-2009) e de Dilma Rousseff (2010-2016). Neste ínterim, apenas uma agência reguladora foi criada: a ANAC, por meio da Lei nº 11.182/2005. Isso não impediu que o então presidente Lula criticasse a atuação desta agência reguladora na mídia. Em 2007, ele afirmava que a

²² Em entrevista para a Revista Veja, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, cujo governo foi responsável pela implementação de tais instituições no Brasil, afirmou que “o governo do PT nunca entendeu a função das agências reguladoras”. Segundo ele, a má compreensão se referia não apenas às contestações feitas pelo partido durante o período de reforma estatal, mas principalmente pelo então governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que tomava, segundo ele, atitudes com o objetivo de enfraquecer o poder decisório das agências. Entrevista disponível em <<https://bit.ly/2Wtd1Y0>>. Acesso em 05.11.2018.

²³ Jornal Nacional. “Lula quer mudar o papel das agências reguladoras”. Publicado em 22.02.2003. Disponível em <<https://glo.bo/30CVR9I>>. Acesso em 05.11.2018.

²⁴ Agência Brasil. “Schymura renuncia à vaga no conselho da Anatel”. Disponível em <<https://bit.ly/2Qobltu>>. Acesso em 19.03.2019.

²⁵ Confira-se o relato de Gustavo Binenbojm: “Logo em seguida, em março de 2003, Lula designou uma comissão para discutir uma proposta legislativa de reforma da estrutura das agências. De outra parte, o governo iniciou um acalorado debate público com as agências de telecomunicações (ANATEL) e energia elétrica (ANEEL) tendo por objeto a revisão das tarifas telefônicas e de energia, cujo exame se encontrava em curso. Por evidente, não interessava a um governo popular que, logo em seu começo, medidas impopulares - como o aumento de tarifas - fossem determinadas pelas agências. Na percepção da opinião pública, tais medidas seriam certamente atribuídas ao governo como um todo” (BHENENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 287/288). Em seguida, o governo Lula apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que, segundo a sua exposição de motivos, tinha por objetivo “estabelecer um conjunto homogêneo e estável de regras para orientar a gestão e a atuação das agências reguladoras a fim de superar as diferenciações entre elas que não se justificam e tornar mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da regulação”. Segundo estudos específicos sobre o PL, o objetivo do governo foi criar mecanismos de tutela da Administração Pública direta sobre as agências reguladoras (LOURENÇO, Adriana Nickel. **Regendo a atividade regulatória: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Administração Pública), 2010. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <<https://bit.ly/2EzyPqP>>. Acesso em 19 mar. 2019.)

agência, criada para defender os passageiros, fora capturada pelos interesses das empresas aéreas²⁶, sugerindo uma possível demissão de todos os seus cinco diretores²⁷.

Durante o governo do presidente Michel Temer (2016-2018), o modelo institucional das agências reguladoras voltou a debate por força de duas inovações legislativas promovidas pelo governo federal. A primeira, com a edição da Medida Provisória nº 791/2017, que transformou o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energia, na Agência Nacional de Mineração – ANM. A segunda, com a edição das Medidas Provisórias nº 868 e nº 884/2017, que ampliaram a competência da Agência Nacional de Águas – ANA, atribuindo-lhe o poder para estabelecer normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. As novas competências da ANA também foram motivo para que partidos de esquerda (PT e PSB) retomassem o ajuizamento de ações em busca de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das medidas.

Por outro lado, ambas as ações ajuizadas pelo DEM se deram no período de governos do Partido dos Trabalhadores.²⁸ Isso sugere que, independentemente da ideologia adotada pelo partido, o ajuizamento de ADIs contra leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras pode constituir um importante instrumento de uso político.

3.1.2. *O setor regulado e os grupos de interesses sobre o funcionalismo público*

Embora a contestação do regime jurídico especial das agências reguladoras se dê majoritariamente no campo político, há outros atores que encontraram no Supremo Tribunal Federal uma via para contestar aspectos específicos das competências destas instituições. É possível destacar dois grupos distintos nesse campo: (i) associações, federações e confederações que representam o setor regulado e contestam os limites dos poderes das agências responsáveis por regulamentar a atividade econômica por eles exercida; (ii) grupos de interesses sobre o funcionalismo público, também

²⁶ O Globo. "Irritado com a Anac, Lula anuncia medidas fortes amanhã". Disponível em: <<https://glo.bo/2HCKXJx>>. Acesso em 19.03.2019.

²⁷ O Estado de São Paulo. "Sem poder para demitir, Lula pede aos 5 diretores da Anac que saiam". Disponível em: <<https://bit.ly/2QtWeyU>>. Acesso em 19.03.2019.

²⁸ A atuação do partido não é necessariamente um contrassenso. A primeira ADI ajuizada pelo partido questionou o art. 30 da Lei nº 10.871/2004, que permitia contratações temporárias de servidores por agências reguladoras (ADI nº 3240). Embora envolva a autonomia gerencial destas instituições, a medida não necessariamente possui um discurso anti-agências. Já a ADI nº 4679, em face de dispositivos da Lei nº 12.485/2011. Um dos fundamentos apresentados foi a violação à liberdade de expressão e à liberdade artística (art. 5º, IX e art. 220, caput e §3º), assim como a liberdade de iniciativa e a livre concorrência (art. 170, caput e inciso IV), valores estes defendidos pelo partido. Ainda assim, em especial na ADI nº 4679, a atuação do DEM para a declaração da constitucionalidade do poder normativo da ANCINE não deixa de ser um movimento tendente a fragilizar o regime jurídico das agências reguladoras.

representado por associações, que têm por objetivo impugnar aspectos relacionados ao regime jurídico dos agentes públicos das agências reguladoras.

3.1.3. A Procuradoria-Geral da República

A Procuradoria-Geral da República, legitimada universal para o ajuizamento de ações de controle abstrato (art. 103, inciso VI, CRFB), ajuizou uma das ações identificadas na base de dados.

3.2. Por que postulam?

A segunda pergunta a ser respondida por este artigo está relacionada à motivação dos agentes que litigam perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o regime jurídico das agências reguladoras. Sobre esse tema, a tabela a seguir estipula o assunto de cada uma das ADIs incluídas na pesquisa:

Número	Assunto
6033	Agentes públicos de agências reguladoras requerem a possibilidade de exercer atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei.
6006	Ampliação das competências da ANA para regulação das diretrizes para o saneamento básico.
5993	Ampliação das competências da ANA para regulação das diretrizes para o saneamento básico.
5906	Invalidade da delegação às agências reguladoras de competência para a criação de figuras infracionais por resoluções.
5372	Competência da ANTT para regular transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros.
5371	Sigilo nos processos administrativos sancionadores da ANTT e da ANTAQ
4874	Competência da ANVISA para proibir, em caráter genérico e abstrato, a fabricação e comercialização de produtos e insumos submetidos à fiscalização sanitária.
4679	Competência da ANCINE para regular o setor audiovisual de acesso condicionado.
4226	Competência da ANATEL para proferir decisões cautelares de busca e apreensão de bens.
3596	Competência normativa da ANP.
3366	Competência da ANP para autorizar a exportação de petróleo; regra de silêncio administrativo no processo decisório da ANP.

3273	Competência da ANP para autorizar a exportação de petróleo; regra de silêncio administrativo no processo decisório da ANP.
3240	Contratação temporária de servidores das agências reguladoras.
2658	Competência da ANVISA para fiscalizar farmácias e drogarias.
2543	Regime celetista para os agentes públicos da ANTT e ANTAQ
2315	Regime celetista para os agentes públicos da agências reguladoras.
2310	Regime celetista para os agentes públicos da agências reguladoras.
1668	Regime jurídico especial e competências normativas da ANATEL.

A base de dados demonstra que há pouca homogeneidade nas ações movidas perante o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Ao menos sete das onze agências existentes no Brasil tiveram seus poderes questionados perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, é possível observar ao menos quatro blocos de ADIs que congregam os objetivos buscados pelos postulantes: (i) ações que contestam a própria existência do regime jurídico especial das agências reguladoras; (ii) ações que pretendem limitar a extensão dos poderes e competências das agências reguladoras; e (iii) ações que tratam especificamente sobre o regime jurídico dos agentes públicos das agências reguladoras.

3.2.1. *Contestação do regime jurídico especial das agências reguladoras*

O primeiro grupo de ações envolve casos em que foi questionada a existência de um regime jurídico especial das agências reguladoras. O *leading case* sobre o assunto foi a ADI nº 1668, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em setembro de 1997. Naquele momento, as agências reguladoras ainda estavam em fase de implementação – apenas as leis da ANEEL, da ANATEL e da ANP tinham sido editadas.

Por meio da ADI, os partidos impugnaram amplamente o regime jurídico especial das agências reguladoras. A argumentação adotada foi a seguinte: os partidos reconheceram, de início, que o art. 21, XI da Constituição Federal prevê a existência de um órgão regulador para os serviços de telecomunicações. No entanto, segundo eles, o regime jurídico disciplinado na Lei nº 9.472/1997 seria manifestamente inconstitucional por violar a independência dos Poderes da República (art. 2º, CRFB). Isso porque não haveria, no art. 37, inciso XIX – que disciplina o regime das autarquias – qualquer previsão de aspectos como (i) a independência administrativa; (ii) a ausência de subordinação hierárquica; (iii) a existência de mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes; e (iv) a autonomia financeira.

Assim, segundo os autores, a “*independência administrativa*” estipulada nos arts. 8º, §2º e 9º da Lei nº 9.472/1997 constituiria aspecto estranho à Administração Pública brasileira, na medida em que implicaria invasão das competências privativas do Presidente da República e dos Ministros de Estado, a quem compete a direção superior da Administração Pública federal (art. 84, inciso II e art. 87, parágrafo único da CRFB). Concluem, neste cenário, que atribuir a qualquer órgão da Administração uma autonomia administrativa importaria em inevitável quebra da orientação constitucional, excluindo do Chefe da Administração Pública a possibilidade de exercer a sua função. Assim, a única leitura possível da Constituição seria aquela que permitisse o controle das agências pelos órgãos superiores da Administração Pública direta, incluindo-se a supervisão ministerial.

Por fim, outro fundamento apresentado para impugnar o modelo institucional das agências reguladoras foi a suposta inconstitucionalidade da atribuição de poderes normativos à ANATEL. Segundo a petição inicial da ADI, tal competência contraria o princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CRFB) e o art. 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)²⁹⁻³⁰

Como será identificado no subitem 4.2.3 deste artigo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em menos de um ano após o ajuizamento da ADI nº 1688, julgou a ação parcialmente procedente para dar a alguns dispositivos da lei interpretação conforme à CF. É possível que a posição do STF tenha sido determinante para que nenhuma outra ação impugnasse a própria existência de um regime especial das agências reguladoras. De fato, as ações apresentadas logo em seguida focaram-se em aspectos específicos de cada uma das agências reguladoras, como se verá a seguir.

3.2.2. Redução dos poderes e competências das agências reguladoras

Ao longo do tempo, as ações relativas ao regime jurídico das agências reguladoras se sofisticaram. Em vez de contestar a própria existência das agências, os partidos políticos e o setor regulado passaram a impugnar aspectos específicos relacionados a estas instituições, seja em relação à sua própria competência, seja em relação ao alcance de seus poderes. Trata-se de um cenário de contestação do modelo de agências reguladoras não pela subversão integral de seu *regime especial*, mas para limitar o leque

²⁹ Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

³⁰ Outros pontos relacionados ao regime jurídico da ANATEL também foram destacados na ADI. Segundo os autores, seria inconstitucional (i) a previsão sobre a realização de busca e apreensão; (ii) a realização de licitações para outorga de serviços mediante concessão e permissão pela ANATEL; (iii) a criação de modalidades licitatórias próprias (pregão e consulta) e a possibilidade de aprovar normas próprias de licitação e contratação.

de ações ou instrumentos à sua disposição³¹. Nestes casos, embora as pretensões sejam específicas a cada uma das demandas, em grande parte delas os seus fundamentos são similares.

Veja-se a hipótese da ADI nº 5906. Nela, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI questiona a competência da ANTT para a criação de penalidades e infrações por atos normativos infralegais. No entender da associação, seria incompatível com a Constituição Federal a delegação de poder normativo amplo e irrestrito à agência, sobretudo porque o art. 78-A da Lei nº 10.233/2001 já estabeleceria um rol exaustivo sobre as possíveis sanções aplicáveis. Aponta, para tanto, o fato de que a ANTT editou a Resolução nº 233/2003, *“cujas disposições estabelecem diversos tipos infracionais em caráter absolutamente inovatório, cominando-lhe as respectivas sanções, em acintosa invasão da esfera de competência atribuída exclusivamente ao Poder Legislativo pelo poder constituinte originário”*.

O debate levado ao STF em muito se assemelha àquele apresentado na ADI nº 1668 – isto é, a legitimidade do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras. No entanto, sobretudo por se tratar de uma ação movida pelo setor regulado, a existência *per se* da agência reguladora não é um ponto de estresse. Pelo contrário: de um modo geral, o modelo de agencificação é reconhecido como favorável à economia³². A estratégia do setor, portanto, é *limitar* o alcance dos poderes das agências (no caso, da ANTT) para garantir, em tese, uma atuação com amarras pré-estabelecidas pela lei.

A competência normativa das agências reguladoras é tema espinhoso não só do ponto de vista doutrinário, mas também político e econômico. Tanto é assim que tais poderes também foram contestados nas ADIs nº 3596 (ajuizada pelo PSOL em face de poderes normativos da ANP); nº 4679 (ajuizada pelo DEM contra o poder regulamentar da ANCINE no setor de produção audiovisual); nº 4874 (ajuizada pela CNI contra competência normativa específica da ANVISA para proibir produtos por motivos de vigilância sanitária); e nº 5372 (ajuizada pela CONUT em face da competência da ANTT para regular o transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros).

³¹ Conforme apontado em artigo, os órgãos de controle possuem papel relevante no enfraquecimento das agências. Uma das estratégias é justamente limitar o leque de ações ou instrumentos à disposição das instituições (cf. JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. p. 193-195).

³² Conforme apontado por Sérgio Guerra: “O foco era criar um ambiente que privilegiasse certeza e estabilidade, de modo a atrair investimentos, sobretudo estrangeiros, e gerar salvaguardas institucionais que significassem um compromisso com a manutenção de regras e contratos de longo prazo. A competência preponderantemente técnica foi destacada nas mãos de entidades descentralizadas, demonstrando-se que a regulação de sistemas complexos e sensíveis deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado” GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras:** da organização administrativa piramidal à governança em rede. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 106).

As ações também contestam competências executivas das agências. É o caso das ADIs nº 3366 e nº 3273, que pedem a declaração de inconstitucionalidade da competência da ANP para exportação do petróleo e do prazo conferido à agência para exercício do seu poder decisório (silêncio administrativo); da ADI nº 4226, que impugna o poder da ANATEL para proferir decisões cautelares de busca e apreensão em processos administrativos; da ADI nº 5371, que contesta o sigilo nos processos administrativos sancionadores da ANTT; e da ADI nº 2658, que pretende esvaziar a competência da ANVISA para fiscalização de farmácias e drogarias.

Aliás, o caso da ADI nº 2658 demonstra que, por vezes, outra estratégia utilizada para enfraquecer – ou excluir – competências das agências reguladoras consiste na alegação de usurpação de competência federativa. Nesta ação, a CNC alegava que a competência fiscalizatória sobre farmácias e drogarias não poderia ser realizada pela ANVISA, mas apenas por órgãos e entidades municipais. O mesmo se deu nas recentes ações sobre o poder normativo da ANA para disciplinar diretrizes gerais no setor de saneamento básico (ADIs nº 6006 e 5993). Segundo os partidos, a União – e, portanto, a ANA – não tem competência para editar normas sobre o serviço público mencionado, algo que caberia aos municípios (cf. art. 30, incisos I e IV).

Os casos da ANA apresentam peculiaridades interessantes. Há, nestas ações, um embate *em favor* das agências reguladoras regionais, que teriam sua independência comprometida pelas regras editadas pela ANA. Outro motivo de razão pragmática também vale ser mencionado. O Partido dos Trabalhadores defende que a criação de novas competências para a ANA implica prejuízo para as competências já desempenhadas pela agência, uma vez que seu quadro de pessoal foi qualificado apenas para as competências originais e não teriam conhecimento técnico suficiente para o exercício de novas atribuições. Assim, recomenda que a ANA se limite a regular os recursos hídricos – poder que resultou da sua criação no ano 2000 –, de modo a racionalizar sua atividade e não torna-la ineficiente.

Os casos em questão demonstram que, embora os fundamentos apresentados sejam similares, a contestação do modelo em abstrato das agências reguladoras não é um ponto de grande volume de ações. As ADIs se sofisticaram ao longo do tempo para questionar aspectos específicos do regime jurídico das agências. Tanto no caso do setor regulado ou dos partidos políticos, isso pode representar uma real intenção de mera enfraquecimento da agência – ou uma estratégia para pressionar o Supremo Tribunal Federal a se manifestar contra o modelo das agências no Brasil.

3.2.3. Um capítulo à parte: demandas relacionadas ao regime de pessoal das agências reguladoras

Por fim, é necessário apontar um conjunto de ações relacionadas ao regime jurídico de pessoal das agências reguladoras. No ano 2000, foi editada a Lei nº 9.986/2000 que, dentre outros fatores, previa a submissão dos agentes públicos das agências reguladoras federais ao regime trabalhista. Isto é, as relações entre agências e seus empregados seriam regidas contratualmente pela Consolidação das Leis do Trabalho, e não pelo regime estatutário geral previsto para os servidores públicos federais. O objetivo da lei era conferir maior autonomia gerencial às entidades reguladoras autônomas³³.

Esse regime de gestão de pessoal foi fortemente contestado³⁴ perante o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista no bojo das ADIs nº 2310 e 2315, respectivamente. Igual pleito foi formulado na ADI nº 2543, dessa vez para impugnar a lei de criação da ANTT e da ANTAQ (Lei nº 10.233/2001). Segundo os fundamentos apresentados, o exercício de função de fiscalização, inerente à atividade precípua do Estado, pressupõe prerrogativas não agasalhadas pelo contrato de trabalho.

No mais, outras duas ações movidas perante o STF sobre o regime jurídico dos servidores das agências reguladoras têm o condão de afetar sua autonomia gerencial e política. A primeira delas, ajuizada em 2004 pelo Democratas, impugnou o art. 30 da Lei nº 10.871/2004, a qual permite a contratação temporária de servidores por agências, nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal. Já a recente ADI nº 6033, ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores Efetivos das Agências Reguladoras – ANER, pretende que sejam declaradas inconstitucionais as disposições do art. 23 e do art. 36-A da Lei nº 10.871/2004 relativas à vedação ao exercício de atividades profissionais ou

³³ Conforme parecer elaborado pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado durante a tramitação do projeto de lei que lhe deu origem (PL nº 2549/2000): “Quando da criação das Agências Reguladoras, que foram surgindo conforme as necessidades de regulação de mercados, as leis que as instituíram acabaram por dar **tratamento diferenciado à gestão dos recursos humanos**. Por exercerem funções similares, essas agências necessitavam de critérios mais uniformes, quer para a nomeação dos membros de sua diretoria, quer para os requisitos mínimos exigidos para a assunção dos cargos, quer para as normas para a investidura nos empregos públicos a serem criados” (Disponível em <<https://bit.ly/2WkKxQt>>. Acesso em 19.03.2019. Grifos nossos).

³⁴ Confira-se, a propósito, a posição de Floriano de Azevedo Marques Neto, que apresentou críticas também no campo doutrinário: “Não faz qualquer sentido que os dirigentes dos órgãos de regulação tenham estabilidade (mandatos, não indemissibilidade imotivada) e os demais agentes sejam demissíveis por ato de vontade quer dos dirigentes das agências, quer (o que é pior) da Administração central. Isso significa dizer que nas agências haverá três ordens de regimes de pessoal. Os dirigentes máximos (integrantes do órgão de direção colegiada) que terão cargos de investidura por prazo certo. Os demais agentes que exerçam funções de direção (supervisores, gerentes, superintendentes, coordenadores, etc.) que poderão ocupar cargos de confiança cuja nomeação, porém, deverá caber ao órgão de direção da agência (nunca do chefe do Executivo ou seus auxiliares). Por fim, os demais cargos que exerçam funções inerentes à atividade regulatória, os quais deverão seguir o regime estatutário, dotado de todas as garantias inerentes à carreira de servidor público ocupante de funções de estado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 78-79).

de direções político-partidárias por servidores de agências reguladoras. O objetivo da norma é garantir a ausência de conflitos de interesses entre a atividade regulatória e as atividades exercidas por seus servidores.³⁵ Contudo, a associação defende que tais restrições violam a liberdade de profissão, a liberdade partidária, o pluralismo político, o direito de reunião, a liberdade de associação e a liberdade de expressão e manifestação do pensamento.³⁶

3.3. Quando postulam?

A terceira pergunta a ser respondida por este artigo está relacionada com o momento em que os agentes litigam perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o regime jurídico das agências reguladoras. Nesse ponto, confira-se a linha do tempo quanto às ações ajuizadas no período entre 1997 e 2018:

O gráfico acima não representa nenhum indicativo relevante sobre um período de maior contestação de leis sobre agências reguladoras, tampouco uma tendência de crescimento ou decréscimo do volume de ADIs ao longo do tempo. O ano de 2018 é fundamental para essa compreensão: nada menos que quatro ações foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, o que demonstra que um tema aparentemente adormecido retornou a ser objeto de debate perante a Corte Superior.

No entanto, caso avaliada a relação entre a data em que a lei impugnada foi editada e a data de ajuizamento da ação, é possível identificar padrões mais evidentes. Quanto a este ponto, a tabela a seguir estipula dados temporais sobre as ADIs identificadas na pesquisa:

³⁵ Segundo a manifestação da Advocacia Geral da União apresentada naquele feito, “a providência jurisdicional postulada pela entidade autora, consistente na determinação de suspensão dos efeitos das disposições hostilizadas, é que se reveste da potencialidade de minar o princípio da moralidade e a tentativa de salvaguardar as agências reguladoras da captura”. Acrescenta, ainda, que “as normas atacadas atendem, também, ao requisito da adequação (subprincípio da proporcionalidade), pois criam vedações aptas a atingir o objetivo buscado, qual seja, o desempenho isento, transparente e adequado de atividades relevantes para o bem do interesse público nas consubstanciado”. Mais informações em Jornal do Brasil. “AGU se opõe a servidores de agências reguladoras dirigirem empresas”. Disponível em: <<https://bit.ly/2WhUo9J>>. Acesso em 19.03.2019.

³⁶ Segundo a petição inicial da ADI, a intenção dos servidores é que se possa “autorizar que certas profissões sejam exercidas pelo servidor quando houver compatibilidade de horários, e que não tenha conflito de interesses com a atividade regulada, a exemplo de servidor que tenha interesse de apresentar-se em shows de música nos finais de semana e receber uma contraprestação por isso; do servidor que tenha interesse de exercer a atividade de mecânico e receber uma contraprestação por isso; ou atividade de dentista; ou instrutor de paraquedismo, ou chefe de cozinha, etc.”.

Número	Lei	Publicação	Distribuição	Reação (dias)	Reação (anos)
3240	Lei nº 10.871/2004	20/05/2004	25/06/2004	36	0,09
2310	Lei nº 9.986/2000	18/07/2000	30/08/2000	43	0,11
5993	MP nº 844/2018	06/07/2018	21/08/2018	46	0,12
1668	Lei nº 9472/1997.	16/07/1997	09/09/1997	55	0,15
6006	MP nº 844/2018	06/07/2018	04/09/2018	60	0,16
2315	Lei nº 9.986/2000	18/07/2000	19/09/2000	63	0,17
4679	Lei nº 12.485/2011	12/09/2011	18/11/2011	67	0,18
2543	Lei nº 10.233/2001	05/06/2001	16/10/2001	133	0,36
2658	MP nº 2190-34/2001	23/08/2001	28/05/2002	278	0,76
5372	Lei nº 12.996/2014; Lei nº 10.233/2001	18/06/2014	28/08/2015	436	1,19
3273	Lei nº 9478/1997	06/08/1997	09/08/2004	2560	7,01
3366	Lei nº 9.478/1997	06/08/1997	09/12/2004	2682	7,34
3596	Lei nº 9.478/1997	06/08/1997	11/10/2005	2988	8,18
4226	Lei nº 9.472/1997; Lei nº 10.871/2004	16/07/1997	14/04/2009	4290	11,75
4874	Lei nº 9.782/1999	26/01/1999	06/11/2012	5033	13,7
5371	Lei nº 10.233/2001	05/06/2001	28/08/2015	5197	14,23
6033	Lei 10.871/2004	20/05/2004	15/10/2018	5261	14,41
5906	Lei nº 10.233/2001	05/06/2001	05/03/2018	6117	16,75

As informações acima demonstram que parte das ações ajuizadas em face de leis instituidoras de competências ou disciplinadoras do regime jurídico das agências reguladoras foram impugnada em menos de três meses após a sua publicação, período relativamente curto para o ajuizamento de ADIs perante o Supremo Tribunal Federal. Um dado interessante sobre esse ponto é que, em todos esses casos, o autor da ação é um partido político.

Número	Tempo de reação (dias)	Autor
3240	36	DEM
2310	43	PT
5993	46	PSB
1668	55	PC do B, PT, PDT e PSB
6006	60	PDT
2315	63	PDT
4679	67	DEM

No mais, segundo os dados obtidos na pesquisa, há ainda um número relevante de ações movidas perante o Supremo Tribunal Federal em que leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras são impugnadas após ultrapassado tempo considerável entre a edição do ato impugnado e o ajuizamento da ADI.

Em determinados casos, os agentes regulados o fazem ainda em tempo intermediário (superior a noventa dias, mas inferior a um ano). Contudo, em outros, determinadas ações são ajuizadas em períodos que variam entre sete e dezesseis anos, o que evidencia um tempo de reação consideravelmente longo.

Número	Tempo de reação	Autor
2543	133	ABER
2658	278	CNC
5372	436	CONUT
3273	2560	Governador do Estado do Paraná
3366	2682	PDT
3596	2988	PSOL
4226	4290	ABRAMULTI
4874	5033	CNI
5371	5197	PGR
6033	5261	ANER
5906	6117	ABRATI

Um exemplo disso é a ADI nº 5372, que foi impetrada pela Confederação Nacional dos Usuários de Transportes Coletivos Rodoviário, Ferroviário, Hidroviário e Aéreo (Conut), pretendendo obter a declaração de constitucionalidade do artigo 14, III, "j" da Lei 10.233/2001. Referido dispositivo havia sido alterado pelo art. 3º da Lei 12.996/2014. Segundo a requerente da ação, a norma introduziu disciplina constitucional de

delegação dos serviços públicos, alterando o regime de exploração de transportes coletivos interestaduais e internacionais para o de *autorização*, o que usurparia competência privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 84, inciso IV da CRFB).

Segundo a legislação impugnada, a regulamentação desse procedimento de autorização dos serviços de transporte seria feita por meio de ato normativo expedido pela ANTT. Nesse sentido, a agência editou a Resolução 4.770/2015, que disciplinou a matéria. O que é interessante avaliar, neste caso, é o possível impulsionamento causado pelo aludida resolução. Isso porque o protocolo da ADI foi realizado no dia 20 de agosto de 2015, pouco menos de um mês após a edição do ato normativo (publicado no dia 25 de julho de 2015). Isso demonstra que a reação, embora relativamente lenta em relação à Lei nº 12.996/2014 – cerca de mais de um ano –, foi rápida em relação ao seu ato regulamentador.

Trata-se de uma evidência de que atos concretos das agências reguladoras podem levar a um movimento de *retomada* da contestação de seus poderes em abstrato pelos agentes regulados afetados por tais decisões regulatórias. Por certo, essa premissa não será verdadeira em todos os casos, mas pode ser um elemento relevante para a compreensão de uma fase menos imediata de contestação do modelo das agências reguladoras perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa premissa também é identificada, *e.g.*, nas ADIs nº 3596, 3366 e 3273, ajuizadas por partidos políticos e pelo Governador do Estado do Paraná em face de dispositivos da Lei nº 9.478/1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo. Nestas ações, o tempo de reação também pode ser justificado por elementos contextuais.

Isso se torna perceptível a partir da ADI nº 3273. A ação foi formulada com pedido cautelar com o objetivo de suspender dispositivos da Lei do Petróleo. O *periculum in mora* era fundamentado na ocorrência da 6ª Rodada de Licitações das áreas produtoras de petróleo e gás natural, em que a Bacia de Santos, próxima ao litoral do Estado do Paraná, faria parte do certame. Foram justamente tais circunstâncias, aliás, que levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a pertinência temática do Governador para o ajuizamento da ADI.

O mesmo se diga em relação à ADI nº 3596, ajuizada pelo PSOL. Segundo o partido, o contexto do ajuizamento da ação se deu com a publicação da 7ª Rodada de Licitações de Bacias Petrolíferas pela ANP. O pedido cautelar do partido expõe o verdadeiro motivo para o ajuizamento da ADI: “*Não se trata de periculum com o advento da lei, mas com o uso concreto que dela foi dado, com a utilização nefasta de atribuição exclusiva delegada pelo legislador ordinário a uma autarquia, evidenciando efetiva perda definitiva do subsolo nacional*”. Igual circunstância ocorreu no bojo da ADI nº 3273, que levou,

inclusive, à suspensão da 6ª Rodada de Licitações pelo Ministro relator Ayres Britto.³⁷ Ou seja: para limitar uma atuação específica da agência, o partido buscou no Supremo Tribunal Federal um meio para conseguir, de forma célere, um provimento geral que limitasse de forma ampla os poderes gerais da ANP.

A ADI nº 4.874 talvez seja ainda mais evidente em relação a esta hipótese. Ajuizada mais de treze anos após a edição da Lei nº 9.781/1999, a ação questionava o poder regulatório da ANVISA para proibir a produção de produtos por meio de atos gerais e abstratos, ante a competência prevista no seu art. 7º, inciso XV. A relatora do caso, Ministra Rosa Weber, destacou em seu relatório que *“o pano de fundo da discussão [foi] a iniciativa da ANVISA de proibir a importação e a comercialização no país de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que define como aditivos”*. Tanto é assim que o próprio ato regulamentar mencionado – a Resolução da Diretoria Colegiada nº 14, editada em março de 2012 – foi objeto explícito de impugnação por meio da ação direta, ajuizada em agosto do mesmo ano.

3.4. Conclusões parciais em relação aos postulantes

Foi possível notar, a partir dos dados observados, que a ADI é uma ferramenta para um debate essencialmente político sobre as agências reguladoras, sendo o Supremo Tribunal Federal um foro relevante para deflagrar tal discussão de forma célere e imediata. Ainda sob a ótica dos postulantes, foi possível notar que o setor regulado, embora não seja necessariamente contrário ao modelo das agências reguladoras no Brasil, vem tentando diminuir o alcance de seu poder em casos específicos, muitas vezes diante de algum elemento contextual que funciona como gatilho desta pretensão.

4. O DEBATE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DO PROCESSO DECISÓRIO DO STF.

Conforme apresentado anteriormente, o item 4 deste artigo se destinará a analisar os dados relacionados à atuação do Supremo Tribunal Federal nas ações em que foram impugnadas leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras. Mais especificamente, os subitens a seguir avaliarão, com base nas mesmas premissas do item anterior (i) quais processos foram julgados até o momento, o tempo de tramitação dos feitos e os dados sobre o momento em que houve alguma decisão relacionada às leis das agências reguladoras (*quando decidem*); (ii) quais assuntos foram decididos até então pelo STF, incluindo-se o posicionamento institucional da Corte (*o que e como*

³⁷ A medida foi posteriormente revogada pelo Min. Nelson Jobim. Confira-se em Consultor Jurídico. “Supremo mantém leilão da Agência Nacional de Petróleo”. Disponível em: <<https://bit.ly/2VM0yud>>. Acesso em 19.03.2019.

decidem); (i) os dados gerais sobre os posicionamento individuais dos Ministros, decisões liminares e decisões de mérito, quando existentes (*quem e como decidem*).

4.1. Quando decidem?

O primeiro passo é identificar *quando* os processos relacionados às leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras brasileiras. Tal tópico envolve a própria análise sobre *quais* processos foram julgados (tanto monocraticamente como por decisão colegiada), qual o *tempo de deliberação* das demandas já julgadas e em *quanto tempo* eles *tramitam* perante a Corte.

4.1.1. Casos julgados e linha do tempo

Em relação aos processos que já foram objeto de deliberação (provisória ou definitiva), foi identificado um total de 10 ações (pouco mais da metade), sendo que 5 delas foram extintas por questões processuais (não conhecimento da ação) ou fáticas (perda do objeto por revogação da norma impugnada). Confira-se a tabela abaixo com a linha do tempo sobre os julgamentos:

Número	Agência Reguladora	Resultado provisório ou final	Data da decisão
4874	ANVISA	Liminar deferida Improcedente ³⁸	17/09/2013 01/02/2018
4679	ANCINE	Procedência parcial ³⁹	08/11/2017
5372	ANTT	Não conhecimento da ADI	17/10/2017
3240	Todas	Perda do objeto	14/10/2016
3366	ANP	Improcedente	16/03/2005
3273	ANP	Improcedente	16/03/2005
2315	Todas	Perda do objeto	09/12/2004
2310	Todas	Liminar deferida Perda do objeto	19/12/2000 09/12/2004
2543	ANTT e ANTAQ	Não conhecimento da ADI	05/11/2001
1668	ANATEL	Liminar parcialmente deferida	20/08/1998

³⁸ O acórdão lavrado no bojo da ADI nº 4874 foi objeto de embargos de declaração, ainda não apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁹ O dispositivo declarado inconstitucional no bojo da ADI nº 4679 não se relaciona ao tema deste artigo, isto é, ele se relacionado ao marco regulatório do setor audiovisual, mas não tem relação com o regime jurídico da ANCINE.

A linha do tempo de tais decisões demonstra que um período de quase uma década separa blocos de períodos em que o modelo institucional das agências reguladoras esteve em debate no Supremo Tribunal Federal: o primeiro, entre 1998 e 2005; e o segundo, entre 2013 e 2018. O primeiro deles, como se viu, foi marcado por um primeiro período de contestação das agências reguladoras, em que houve uma série de ações ajuizadas por partidos políticos em face das leis criadoras de tais entidades (e.g., ADI nº 1668) ou que definiam o seu regime jurídico como um todo (e.g., ADI nº 2310). Já o segundo bloco de decisões se dá num momento em que o modelo institucional das agências reguladoras já se encontra consolidado no Brasil, representando uma etapa de sua *reafirmação* por um órgão colegiado composto por diferentes membros⁴⁰. Como se verá no item 4.2, isso levou a uma visão mais sofisticada sobre as agências reguladoras e os parâmetros para sua atuação.

Além disso, se atentarmos aos casos em que houve julgamento *colegiado*, poucas foram as manifestações do Supremo Tribunal Federal ao longo destes anos. De fato, apenas nos anos de 2005, 2017 e 2018 o plenário do STF se manifestou sobre o regime jurídico, respectivamente, da ANP (ADI nºs 3273 e 3266), da ANCINE (ADI nº 4679) e da ANVISA (ADI nº 4874) de forma *definitiva*. Adiciona-se, ainda, a ADI nº 1668, em que o regime jurídico da ANATEL foi objeto de julgamento do plenário da Corte em sede de medida cautelar. Isso demonstra que o julgamento da constitucionalidade de leis que tratam sobre o regime jurídico das agências reguladoras no Brasil não é uma constante, revelando um comportamento casuístico do STF sobre o assunto.

4.1.2. *Tempo de deliberação*

No reduzido espaço amostral de decisões tomadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, há um dado que revela uma constante em relação a todos os casos: a necessidade de mais de uma sessão da Corte para deliberação. De fato, observando a data entre o início e o fim do julgamento das cinco ações apreciadas pelo colegiado, conclui-se que o debate sobre o regime jurídico das agências reguladoras demanda um tempo de debate acima da média, por motivos como pedidos de vista (como no caso das ADIs nºs 3273, 3366 e 4679), a forma de deliberação (na ADI nº 1668, o Ministro Marco Aurélio, então relator, optou por fracionar o voto por grupos de dispositivos impugnados) e um número elevado de sustentações orais, tal como ocorreu no caso da ADI nº 4874.

⁴⁰ Veja que, em 2005, o órgão colegiado era composto pelos Ministros Ayres Britto, Eros Grau, Nelson Jobim, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Em 2017, por sua vez, a análise do colegiado foi composta pelos Ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki (sucedido por Alexandre de Moraes), Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Como é possível notar, apenas os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello compuseram o colegiado em ambas as oportunidades.

Número	Agência Reguladora	Início do julgamento	Fim do julgamento	Tempo (dias)	Tempo (anos)	Sessões
4874	ANVISA	09/11/2017	01/02/2018	84	0,23	2
4679	ANCINE	25/06/2015	08/11/2017	867	2,37	3
3273 e 3366	ANP	16/09/2004	16/03/2005	181	0,49	4
1668	ANATEL	01/10/1997	20/08/1998	323	0,88	3

4.1.3. *Tempo de tramitação*

Em relação ao tempo de tramitação, não é possível apontar nenhuma tendência específica do STF. Entre os procedimentos que ainda não foram julgados em seu mérito, há casos que aguardam sua análise pelo colegiado há mais de vinte anos, havendo um elevado percentual de contingente de ações ainda não julgadas em relação ao número total do espaço amostral delimitado na pesquisa.

ADI	Ajuizamento	Tramitação (dias)	Tramitação (anos) ⁴¹
6033	15/10/2018	77	0,21
6006	04/09/2018	118	0,32
5993	21/08/2018	132	0,36
5906	05/03/2018	301	0,82
3071	28/08/2015	1221	3,34
4226	14/04/2009	3548	9,72
3596	11/10/2005	4829	13,23
2658	28/05/2002	6061	16,6
1668	09/09/1997	7783	21,32 ⁴²

Quanto aos casos que já tiveram julgamento final (de mérito ou extinto por razões processuais), também não é possível vislumbrar nenhuma orientação específica a partir da prática do Supremo Tribunal Federal. Os quatro casos em que houve decisão definitiva se dividem entre aqueles que foram julgados ora de forma muito célere (tal como os casos relativos à ANP – ADIs nº 3273 e nº 3366), ora com um tempo considerável para a apreciação final pelo colegiado (mais de cinco anos), tal como identificado nas ADIs nº 4874 e 4679.

⁴¹ Considerando-se até o dia 31/12/2018.

⁴² Embora o tempo de tramitação da ADI nº 1668 seja o mais longo entre as ações identificadas, o deferimento da medida cautelar pelo Plenário do STF foi relativamente célere: entre a data do ajuizamento (09/09/1997) e a data do julgamento da liminar (20/08/1998), há apenas 345 dias, menos de um ano.

ADI	Ajuizamento	Julgamento	Tempo (dias)	Tempo (anos)
2543	16/10/2001	05/11/2001	20	0,05
3366	09/12/2004	16/03/2005	97	0,26
3273	09/08/2004	16/03/2005	219	0,6
5372	28/08/2015	17/10/2017	781	2,13
2315	19/09/2000	09/12/2004	1542	4,22
2310	30/08/2000	09/12/2004	1562	4,27
4874	06/11/2012	01/02/2018	1913	5,24
4679	18/11/2011	08/11/2017	2182	5,97
3240	25/06/2004	14/10/2016	4494	12,35

4.2. O que e como decidem?

Avaliado o fator *tempo* sobre os julgados do STF, passa-se à análise sobre a segunda questão a ser analisada em relação ao Supremo Tribunal Federal: os *assuntos* tratados pela Corte em relação às agências reguladoras e o *posicionamento* adotado a partir dos tópicos identificados.

Uma nota preliminar, contudo, é necessária. A tarefa de definir o posicionamento institucional do STF não é fácil. Isso porque o método de deliberação colegiada do Supremo Tribunal Federal não é construído de forma que a corte tome decisões com base em fundamentos uniformes, cabendo a cada Ministro apresentar as razões pelas quais entende que um processo deve ser julgado procedente ou não. Isso significa que o resultado final e a ementa apresentada pelo relator não necessariamente refletem o entendimento exposto por todos os membros do tribunal, mesmo em casos nos quais os resultados são unâmines. Esse fenômeno é conhecido como “onze ilhas”, conforme expressão cunhada por Virgílio Afonso da Silva⁴³. A despeito de tais dificuldades metodológicas, os subtópicos a seguir demonstrarão as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria do ponto de vista institucional, ainda que o posicionamento individual dos Ministros (tema que será explorado no item a seguir) tenha relevância para tanto.

4.2.1. O modelo institucional das agências reguladoras

De um modo geral, é possível afirmar que o STF considera, em abstrato, o modelo das agências reguladoras compatível com a Constituição Federal. A concepção do tribunal sobre o assunto, no entanto, é cambiante ao longo do tempo. Em um primeiro momento, as agências reguladoras foram consideradas constitucionais porque a dita

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *I-CON*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2011.

independência administrativa não afastaria a supervisão ministerial e o controle da entidade pelo chefe do Poder Executivo. Em um segundo momento, contudo, a autonomia das agências reguladoras é reforçada pelo posicionamento da Corte, que reconhece sua importância para a tomada de decisões técnicas, céleres e insuladas do processo político. Tais entendimentos, a propósito, coincidem com os dois blocos de conjuntos de decisões identificados na linha do tempo no subitem 4.1.1.

A primeira ação em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o assunto foi a ADI nº 1668, que tinha por objetivo impugnar o regime jurídico especial da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Em relação à matéria examinada – isto é, a contestação em abstrato do modelo das agências reguladoras, o autor da ADI havia postulado a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 8º, §2º e 9º da Lei nº 9.742/1997, que previam a criação da agência reguladora e conferiam a ela a “*independência administrativa*” própria destas instituições. Segundo o entendimento assentado pelo Plenário entre 1997 e 1998, o Decreto-lei nº 200/1967 previa há muito a existência de autarquias, entidades autônomas em relação a sua personalidade jurídica, e modo que não haveria qualquer inconstitucionalidade na criação da ANATEL em abstrato. Para tanto, afirmou que o regime especial “*longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente*”. Portanto, o modelo institucional da ANATEL só foi considerado constitucional porque a tutela administrativa exercida pelo Ministério das Comunicações e pelo Presidência da República subsistiriam em relação àquela entidade da Administração Pública indireta.⁴⁴

O mesmo se deu em relação à Agência Nacional do Petróleo. Nas ADIs nº 3273 e 3366, julgadas entre os anos de 2004 e 2005, o entendimento prevalecente da maioria do Plenário do STF assentou a constitucionalidade do art. 60 da Lei nº 9.478/1997, que conferia à ANP a competência para autorizar a exportação de petróleo no Brasil. O grande embate sobre a questão condizia na violação ou não à soberania nacional com a atribuição de tal competência a uma entidade administrativa independente (e não ao Poder Executivo central). Mais uma vez, um dos fundamentos adotados para afastar a inconstitucionalidade do dispositivo foi a circunstância de que a independência da agência era limitada. Dito de outro modo, não haveria nenhum comprometimento à soberania nacional, uma vez que, para exportar petróleo, a agência reguladora deveria observar as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, conforme disposto no art. 4º da Lei nº 8.176/1991. Ainda na visão prevalecente do Plenário, a ANP, enquanto autarquia, estaria submetida à direção superior do Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso II da Constituição Federal, motivo pelo qual o dispositivo impugnado seria

⁴⁴ Embora no acórdão o relator tenha mencionado expressamente o termo “*indeferimento do pedido*”, o pronunciamento da decisão final foi de que o Plenário, em votação unânime, não conheceu a ADI em relação aos arts. 8º e 9º da Lei nº 9.472/1997.

constitucional. Significa dizer que, para os fins desta pesquisa, o resultado final das ADIs é uma contradição em seus próprios termos: a manutenção da competência da ANP é fruto da ausência de autonomia reforçada da agência.

O segundo bloco de decisões, contudo, revela uma defesa mais sólida do modelo das agências reguladoras. Na ADI nº 4679, julgada entre os anos de 2015 e 2017, o Supremo Tribunal Federal validou competências atribuídas à ANCINE para a regulação do setor audiovisual nacional, reconhecendo a importância dos desenhos institucionais de tais entidades. O acórdão do caso expõe extensos votos em que são abordadas questões como (i) o conhecimento técnico e especializado das agências reguladoras; e (ii) a necessidade de respostas mais rápidas do que as propiciadas pelo naturalmente moroso processo legislativo formal. Nesse contexto, (iii) as agências reguladoras, reconhecidamente dotadas de autonomia reforçada e concentradoras de funções públicas normalmente distribuídas entre Poderes do Estado, (iv) são voltadas ao desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.

O mesmo se deu na ADI nº 4874, ajuizada com o objetivo exclusivo de discutir a extensão do poder normativo da ANVISA. Naquela oportunidade, reconheceu-se que as agências reguladoras representam inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidades. Sua importância também é destacada ante a exigência de agilidade e flexibilidade para lidar com decisões de natureza técnica, o que levou à emergência destas estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes.

Como é possível notar, o discurso de legitimação das agências nos votos apresentados nestes casos revela uma variação do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento do assunto. Se antes as agências eram constitucionais porque estavam sujeitas à tutela do Poder Executivo, a concepção atual é que seu modelo institucional é relevante dentro de uma nova concepção de separação de poderes em que decisões de caráter técnico e isentas são essenciais para a promoção de finalidades públicas específicas.

4.2.2. *O poder normativo das agências reguladoras*

O principal assunto relativo à independência das agências reguladoras nas decisões proferidas pelo STF está no debate sobre a abrangência e extensão do poder normativo de tais entidades.

A função normativa da ANATEL foi objeto de intensa controvérsia entre os membros do STF no bojo da ADI nº 1668. A maioria do STF adotou a orientação de que o poder de editar normas gerais e abstratas era possível, desde que em caráter regulamentar,

subordinada à legislação e a eventuais atos normativos da Presidência da República. Conforme assentado pelo Plenário, a atuação normativa das agências reguladoras não poderia subtrair do agente político a competência reguladora da lei de telecomunicações. Foi nesse sentido que foi dada interpretação conforme à Constituição em relação aos dispositivos impugnados para fixar a tese de que os atos normativos da agências reguladoras deveriam necessariamente observar a lei (preferência da lei sobre os atos regulatórios) – orientação seguida pela maioria dos julgadores⁴⁵.

O Supremo Tribunal Federal voltou a se pronunciar acerca do regime jurídico das agências reguladoras apenas em 2015, em julgamento que durou mais que dois anos. Tratava-se da ADI nº 4679, que tinha como objetivo ver declarada inconstitucional a Lei nº 12.485/2011 na parte em que reconhecia diversas competências da ANCINE para regular o setor audiovisual de acesso condicionado (a antiga TV a cabo).

Na oportunidade, o STF também votou a favor da competência normativa da ANCINE. Mas sua concepção sobre o princípio da legalidade em relação às agências reguladoras foi sensivelmente distinta. Segundo o tribunal, a Constituição chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (*intelligible principles*)⁴⁶ capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração. Daí porque o importante não era condicionar a atuação da ANCINE estritamente aos comandos legais; mas sim avaliar se sua lei de criação (Medida Provisória nº 2.228-1/2001) e se a lei que disciplina o serviço de acesso condicionado (art. 3º da Lei nº 12.485/2011) seriam suficientes para lhe atribuir poderes normativos. Apenas se tais normas legais fossem demasiadamente amplas é que se evidenciaria a inconstitucionalidade do poder normativo da agência. No fim, concluiu-se que a técnica legislativa empregada na legislação era constitucional, na medida em que atendia à contemporânea noção de Estado regulador, em que o papel da lei em sentido formal é apenas definir as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe margem relativamente ampla de atuação, mas condicionada aos espaços deixados em aberto pela legislação.

Igual entendimento foi firmado no âmbito da ADI nº 4874. No que concerne especificamente ao poder normativo da ANVISA, o Supremo Tribunal Federal, por

⁴⁵ O debate, contudo, não foi livre de controvérsias. Neste ponto, destaca-se a posição do Ministro Nelson Jobim que, desde o início do julgamento, apresentou divergência quanto aos pleitos formulados pelos autores da ação. Em relação ao poder normativo, o Ministro apontava que a técnica da interpretação conforme era desnecessária – o que foi corroborado pelo Ministro Moreira Alves ao afirmar que “não há necessidade de interpretação conforme para dizer o óbvio” (Voto do Ministro Moreira Alves, p. 164).

⁴⁶ A denominada doutrina dos princípios inteligíveis (*intelligible principles*) é importada dos Estados Unidos. Segundo ela, é possível que o legislador transfira capacidades normativas à Administração Pública, desde que defina *standards* suficientes para o exercício deste poder – isto é, princípios inteligíveis. Conforme apontado por André Cyrino, tal doutrina foi acolhida pela Suprema Corte americana no caso *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, julgado em 2001. Sobre o tema, v. CYRINO, André. **Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 77/97

maioria, entendeu que a legislação setorial de vigilância sanitária possuía elementos suficientes para a aferição da legitimidade do poder normativo da agência. No entanto, por se tratar da primeira ação em que o Supremo se debruçou exclusivamente sobre o tema da edição de normas por entidades reguladoras independentes, os parâmetros apresentados pelo STF relevam uma sofisticação ímpar sobre o tema.

De modo sintético, é possível afirmar que a orientação geral do colegiado dirigiu-se no sentido de que, para que o exercício de competências normativas pelas agências reguladoras) seja considerada legítima, (i) não poderá envolver matérias sujeitas, por decisão constitucional, à reserva de lei, e (ii) tal competência há de ser acompanhada de parâmetros mínimos e claros, que, de modo enfático, limitem a atuação da agência reguladora, e permitam a fiscalização dos seus atos (reiterando-se a tese dos *princípios inteligíveis*, ou da *tipificação mínima*); e que (iii) é possível o controle *a posteriori* dos atos das agências reguladoras, ainda que seja recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário em relação às suas decisões técnicas, cabendo ao Judiciário avaliar apenas se a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição

Como é possível notar, os *standards* adotados pelo STF na ADI nº 1668 e aqueles estipulados nas ADIs nºs 4679 e 4874 foram sensivelmente distintos. Na fase em que o modelo das agências reguladoras ainda era posto em cheque, cabia ao STF ser *cauteloso* e permitir que o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras não fugissem abruptamente da concepção majoritária da época sobre o princípio da legalidade. O mundo dos fatos, desde então, demonstrou que o exercício de competências administrativas normativas é um dado inevitável para a realidade contemporânea e complexa da Administração Pública. Por isso que a fase de *consolidação* do modelo das agências reguladoras pela jurisprudência do STF vem acompanhada de uma nova visão, em que a Corte deixa de se preocupar se é possível a edição de normas, voltando-se a questionar *como* essa competência deve ser exercida.⁴⁷

4.2.3. A autonomia e a eficiência gerencial das agências reguladoras

Não só de produção de normas vive uma agência. Do ponto de vista gerencial, as agências precisam de recursos próprios para que possam tomar decisões empiricamente bem informadas. Isso envolve, por certo, determinada discricionariedade para alocação de seus recursos em pessoal e na contratação de terceiros para treinamentos, estudos, bens e serviços em geral. É dizer: a autonomia financeira é essencial para o êxito de uma agência reguladora. É nesse contexto, aliás, que tais instituições têm passado

⁴⁷ Sobre o tema, v. MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013.

a sofrer diversos reveses que as enfraquecem do ponto de vista institucional, sobretudo por meio de contingenciamento de receitas.⁴⁸

A autonomia gerencial das agências reguladoras foi objeto de exame em duas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal: (i) uma em relação aos seus processos de contratação, mais especificamente em relação a dispositivos que previam regras específicas de licitações para a ANATEL (ADI nº 1668); e (ii) outra em relação aos regime de pessoal das agências reguladoras como um todo, em ação que discutia a constitucionalidade do regime celetista de seus agentes burocráticos (ADI nº 2310).

Quanto à possibilidade de previsão de regras específicas de contratações administrativas em favor das agências reguladoras, o STF, por maioria, adotou entendimento favorável à autonomia gerencial da ANATEL. Os arts. 22, inciso II, 54 a 59, 89, 119 e 210 da Lei nº 9.472/1997 previam a possibilidade de adoção de duas modalidades não existentes na então Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993): o *pregão* e a *consulta*, incluindo-se a possibilidade de edição de atos normativos pela agência para discipliná-los na via infralegal. A apertada decisão da Corte garantiu que a ANATEL pudesse realizar contratações mais eficientes, sendo este um dos raros casos no Brasil em que a abertura de experiências institucionais isoladas pudessem ser ampliadas para toda as Administrações Públicas nacionais a partir da constatação dos resultados positivos da política adotada⁴⁹.

Embora o caso não tenha sido levado a Plenário (as normas impugnadas foram posteriormente revogadas), a ADI nº 2310 também tem uma importância acentuada⁵⁰ quanto ao tema da autonomia gerencial das agências reguladoras. Referida ação tinha por objeto dispositivos da Lei nº 9.986/2000 que continham previsões sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, mais especificamente aqueles que submetiam o regime de pessoal das entidades às regras da Consolidação das Leis do Trabalho, afastando-se o regime estatutário próprio das autarquias. Dito de outra forma, os autores da ação defendiam que o exercício da função de fiscalização, inerente à atividade precípua do Estado, pressupunha prerrogativas não agasalhadas pelo contrato de trabalho. A tese foi encampada pelo Ministro Marco Aurélio, para quem somente

⁴⁸ Sobre o tema, recomendamos, novamente, a leitura de JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017.

⁴⁹ De fato, o indeferimento da medida cautelar em relação à modalidade pregão permitiu que a ANATEL editasse normas disciplinando o seu procedimento, conforme o seu Regulamento de Contratações (Resolução nº 05/1998). Em verdade, foi somente com a edição da Medida Provisória nº 2.026/2000 que se estendeu a aplicação do pregão para toda a Administração Pública Federal, a partir das boas experiências constatadas pela agência na aplicação da modalidade. Significa dizer que a autonomia gerencial garantida à agência reguladora quanto ao tema trouxe externalidades positivas inclusive no tema de contratações pública em geral.

⁵⁰ A relevância do julgado transborda o tema das agências reguladoras. Recentemente, em ação que envolve a discussão sobre o exercício do poder de polícia por empresas estatais, o Ministro Luiz Fux citou a ADI nº 2310 como fundamento da relevância do tema para fins de reconhecimento de sua repercussão geral (v. ARE 662186 RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 22/03/2012, DJe 13/09/2012).

o cargo público propicia desempenho técnico, isento e imparcial necessário para a atuação pública das agências reguladoras⁵¹.

Por fim, registre-se o julgamento sobre uma questão relevante que envolve a eficiência gerencial de uma agência reguladora. O art. 26, §3º da Lei nº 9.478/1997 prevê uma hipótese de efeitos positivos ao silêncio administrativo da ANP em casos de submissão de planos e projetos de desenvolvimento e produção na exploração de petróleo ou gás natural.⁵² O objetivo desta norma é evitar a inéria da agência nestes procedimentos, garantindo a celeridade de seus órgãos na análise dos pleitos relativos à matéria. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal legitimou este mecanismo no bojo das ADIs nºs 3273 e 3366.

4.2.4. *Usurpação de competências de outros Poderes*

Por fim, é necessário registrar casos em que o Supremo Tribunal Federal debatou a constitucionalidade de competências específicas de agências reguladoras que foram contestados por usurpar poderes específicos reservados a outras instituições: o Poder Judiciário e o (chefe do) Poder Executivo.

Na ADI nº 1668, a liminar foi deferida em relação ao poder de realização de busca e apreensão pela ANATEL. No entender da Corte, embora as agências reguladoras possuam competências fiscalizatórias, não se pode compreender, nela, a realização de busca e apreensão de bens de terceiros, matéria essa sujeita à reserva de jurisdição. O Plenário afirmou, assim, que somente o Poder Judiciário poderia realizar atos de constrição do gênero. Por isso, o STF suspendeu, cautelarmente, o disposto no art. 19, inciso XV da Lei da ANATEL.

⁵¹ “Hão de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o círculo técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes - detentores de mandato -, mas também dos servidores - reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação - Anexo I da Lei nº 9.986/2000 - que, juntamente com os primeiros, hão de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços. Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros (...) Em suma, não se coaduna com os objetivos precíprios das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras - fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc.” (ADI 2310, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática proferida em 19/12/2000).

⁵² Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes. §1º Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção. §2º A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias. §3º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.

Já nas ADIs nº 3273 e 3366, uma competência específica da ANP foi questionada por supostamente usurpar uma competência específica do chefe do Poder Executivo. Dentre outros aspectos sobre o marco regulatório no setor de petróleo e gás, os autores de ambas as ações diretas questionaram a competência da Agência Nacional do Petróleo para autorizar a exportação de petróleo (art. 60 da Lei nº 9.478/1997). Ambos os autores defendiam que a competência em questão seria uma matéria de Estado (*i.e.*, Administração Pública direta), não sujeito à reserva técnica da agência reguladora. Seria inconstitucional, portanto, deferir à agência reguladora uma questão que envolvesse essencialmente a soberania nacional. Como já mencionado, o STF, por maioria, julgou as ações improcedentes, reconhecendo o espaço de atuação da agência (condicionado, contudo, às políticas adotadas pelo Presidente da República em conformidade com as proposições do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE).

4.3. Quem e como decidem?

A terceira e última questão a ser analisada em relação ao Supremo Tribunal Federal é a forma como se comportam os Ministros, tanto do ponto de vista das condutas individuais adotadas no curso de um processo que envolva a impugnação de uma lei que discipline o regime jurídico de uma agência reguladora, como do ponto de vista do posicionamento adotado em julgamentos sobre a matéria.

4.3.1. A conduta individual dos Ministros

Retomando-se a ideia das *onze ilhas* destacada acima, duas condutas tomadas individualmente por Ministros podem ter impacto direto em uma ação de controle abstrato, sem a necessidade de manifestação colegiada sobre o assunto⁵³. São elas: (i) a tomada de decisões monocráticas por parte do relator; e (ii) os pedidos de vista formulados no curso do processo de deliberação do plenário do STF.

Em relação aos *relatores*, é necessário apontar, em primeiro lugar, uma curiosidade: a acentuada distribuição dos casos envolvendo agências reguladoras ao Ministro Marco Aurélio (7 em um total de 18). Como se verá abaixo, trata-se de um dos poucos membros do Supremo Tribunal Federal que possuem postura declaradamente contrária a uma ampla autonomia das agências reguladoras no ordenamento brasileiro.

⁵³ Sobre o tema, v. SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *I-CON*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2011; FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego. *Onze Supremos: todos contra o plenário*. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia?: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, 2018; NETO, José Mário Wanderley Gomes. LIMA, Flávia Danielle Santiago Lima. *Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018.

Em relação ao comportamento dos relatores em si, é possível apontar uma reduzida atuação monocrática. De um modo geral, adota-se o rito do art. 10 (em que a análise do pedido cautelar é postergado após a obtenção de informações das entidades legitimadas)⁵⁴ ou o do art. 12 da Lei nº 9.868/1999 (em que o relator, em face da relevância da matéria, entende que o caso deva ser julgado em definitivo, sem apreciação do pedido cautelar)⁵⁵. Em 10 de 16 ações em que medidas liminares foram pleiteadas, essa foi a posição adotada pelo relator.

ADI	Relator	Liminar	Resultado da liminar	Julgamento	Resultado final
6033	ROBERTO BARROSO	Art. 10	-	-	-
6006	MARCO AURÉLIO	Art. 12	-	-	-
5993	MARCO AURÉLIO	Art. 12	-	-	-
5906	MARCO AURÉLIO	⁵⁶	-	-	-
5372	LUIZ FUX	Art. 12	-	Sim	Não conhecida
5371	ROBERTO BARROSO	-	-	-	-
4874	ROSA WEBER	Sim	Deferida monocraticamente	Sim	Imprecedente
4679	LUIZ FUX	Art. 12	-	Sim	Procedência parcial
4226	CELSO DE MELLO	Art. 12	-	-	-
3596	CÁRMEN LÚCIA	Art. 12	-	-	-

⁵⁴ Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

⁵⁵ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

⁵⁶ Não foi formulado pedido cautelar na ADI nº 5906 e na ADI nº 5371.

3366	CARLOS BRITTO	⁵⁷	-	Sim	Improcedente
3273	CARLOS BRITTO	Sim	Deferida monocraticamente	Sim	Improcedente
3240	MARCO AURÉLIO	Art. 12	-	Sim	Perda do objeto
2658	DIAS TOFFOLI	Art. 12	-	-	-
2543	MAURÍCIO CORRÊA	-	-	Sim	Não conhecida ⁵⁸
2315	MARCO AURÉLIO	Art. 10	-	Sim	Perda do objeto
2310	MARCO AURÉLIO	Sim	Deferida monocraticamente	Sim	Perda do objeto
1668	MARCO AURÉLIO	Sim ⁵⁹	Deferida parcialmente pelo Plenário	-	-

Em apenas três oportunidades a medida liminar foi concedida monocraticamente. A *primeira* das delas foi a já relatada: ADI nº 2310, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que dispositivos da Lei nº 9.986/2000 foram suspensos para impedir a contratação de pessoal das agências pelo regime celetista, no ano de 2000. A *segunda* foi proferida pelo Min. Carlos Ayres Britto no bojo da ADI nº 3273, em agosto de 2014, para suspender a eficácia de diversos dispositivos da Lei nº 9.478/1997, em razão da ocorrência da 6ª Rodada de Licitações das áreas produtoras de petróleo e gás natural. Já a *terceira* foi proferida pela Ministra Rosa Weber. Embora tenha inicialmente aplicado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999⁶⁰ ao caso, a relatora deferiu a medida cautelar pleiteada pela

⁵⁷ Decisão proferida na ADI nº 3273, em apenso.

⁵⁸ Decisão proferida logo após a distribuição do feito, sem apreciação do pedido cautelar.

⁵⁹ A Lei nº 9.868/1999 ainda não havia sido editada quando do início do julgamento do pedido cautelar.

⁶⁰ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

autora da ação por um fato superveniente: o Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a decisão antecipatória de tutela proferida pela 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília havia garantido a suspensão da eficácia da RDC nº 14/2012 para parte do setor do mercado fumígeno. Assim, a relatora, em setembro de 2013, deferiu a suspensão integral de dispositivos da resolução a fim de assegurar tratamento isonômico a todos os potencialmente afetados pelos atos normativos impugnados. Nos três casos, condutas concretas (contratação de pessoal; realização de procedimentos licitatórios; e proibição de comercialização de cigarros com ingredientes específicos) deram ensejo ao deferimento dos pedidos.

Ainda quanto às decisões cautelares, não é possível apontar nenhum elemento adicional satisfatório que indique uma tendência decisória do Supremo Tribunal Federal. Um dado, contudo, desperta curiosidade: nenhum dos casos em que houve deferimento do pedido cautelar levou a um julgamento de mérito procedente: na ADI nº 3273, o Ministro Eros Grau foi relator para acórdão; enquanto que na, ADI nº 4874, a Ministra Rosa Weber julgou a demanda improcedente.

Passando ao segundo ponto, os *pedidos de vista* foram formulados em metade dos casos julgados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em ambas as hipóteses, os pedidos foram formulados para que os Ministros pudessem abrir divergência sobre o resultado final do julgamento (como nas ADIs nºs 3273 e 3366), ou para um exame mais aprofundado da matéria em razão de prévia divergência suscitada por outro membro do tribunal (como na ADI nº 4679).

Nas ADIs nºs 3273 e 3366, julgadas conjuntamente, tanto o Ministro Marco Aurélio como o Ministro Eros Grau pediram vista no feito para que pudessem elaborar votos divergentes ao relator original do caso, o Ministro Carlos Ayres Britto. Já na ADI nº 4679, o Ministro Dias Toffoli requereu vista para poder examinar, com maior apuro, a constitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.485/2011, que não se relaciona ao tema das agências reguladoras, mas ao marco regulatório do setor de serviço de acesso condicionado. Ao final, o Ministro votou no mesmo sentido do relator, discordando da divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin. Nesse último caso, o pedido de vista teve impacto significativo para o deslinde da ação, ampliando o tempo de tramitação do feito em mais de dois anos.

ADI	Pedidos de vista	Ministro	Tempo para deliberação
4874	Não	-	-
4679	Sim	DIAS TOFFOLI	826 dias
3273 e 3366	Sim	MARCO AURÉLIO	160 dias
3273 e 3366	Sim	EROS GRAU	14 dias
1668	Não	-	-

4.3.2. O posicionamento individual dos Ministros

Em relação ao entendimento jurídico específico dos Ministros da Corte, é possível notar que parte deles tem uma posição bem definida em relação ao modelo legal das agências independentes; enquanto outros, embora votem em sentido favorável às agências reguladoras, não o fazem com a exposição de razões contundentes.

Os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves foram aqueles que, no âmbito da ADI nº 1668, apresentaram os principais contrapontos aos argumentos desfavoráveis ao modelo das agências reguladoras no Brasil. Atualmente, os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, aparentemente, foram aqueles que mais aprofundaram o debate sobre o tema nos acórdãos mais recentes. A circunstância de terem sido relatores, respectivamente, das ADIs nº 4679 e 4874 permitiu um estudo mais denso sobre o tema, o que se reflete em parâmetros similares de interpretação – mesmo que, no mérito, seus votos venham a divergir. Foram eles, aliás, que incluíram expressamente em seus votos as orientações sobre a doutrina dos *princípios inteligíveis*⁶¹ e a *teoria da deferência judicial* aos atos das agências reguladoras⁶².

⁶¹ Segundo o Ministro Luiz Fux, “A moderna concepção do princípio da legalidade, em sua acepção princípio-lógica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (intelligible principles) capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração” (ADI nº 4679, Rel. Min. Luiz Fux, p. 4). Já para a Ministra Rosa Weber, “Sem se afastar do entendimento afirmado nos precedentes, conquanto razoável admitir que o princípio da reserva de lei inscrito no art. 5º, II, da CF permita a delegação de funções normativas – e não legislativas – a entes de feição administrativa, não se pode dispensar a lei formalizadora da delegação de preestabelecer as diretrizes de tais competências mediante tipificação mínima do conteúdo normativo a ser integrado pela Administração. Dessa forma, pode-se afirmar que delegações demasiado amplas não são compatíveis com referido princípio constitucional, por não oferecerem critérios para avaliar se a norma de competência foi ou não cumprida pela Administração” (ADI nº 4874, voto da Min. Rosa Weber, p. 34).

⁶² Segundo o Ministro Luiz Fux, “o Poder Judiciário deve, como regra geral e em razão do que já exposto anteriormente, observar o princípio da deferência em relação aos atos das agências reguladoras. Os atos administrativos das agências, que resultam de escolhas técnicas tomadas por meio de uma deliberação colegiada e imparcial, devem ser respeitados pelos seus órgãos de controle, e nisso devemos incluir o Poder Judiciário” (ADI nº 4874, voto do Ministro Luiz Fux, p. 161). Já para a Ministra Rosa Weber, “A doutrina da deferência administrativa, conhecida como *Chevron deference* porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda

Em outro prisma, observa-se que o Ministro Marco Aurélio é, desde o início dos debates sobre o assunto no âmbito do STF, o Ministro que apresenta maior resistência ao regime jurídico especial das agências reguladoras. É verdade que o Ministro Marco Aurélio não ignora a possibilidade de delegação de competências técnicas para agências reguladoras. Assim, nas ADIs 3273 e 3366, o Ministro foi favorável ao poder da ANP de exportar petróleo.⁶³ Tratava-se, contudo, de competência *administrativa* e *executiva*. Nos demais casos apreciados pelo Plenário, sua posição foi muito mais restritiva, em especial na ADI nº 4874, em que o Ministro sustentou forte contestação contra a autonomia normativa das agências reguladoras⁶⁴.

Ministro	Posicionamento favorável	Posicionamento contrário
MARCO AURÉLIO	ADI 3273; ADI 3366; ADI 4679	ADI 1668; ADI 2310; ADI 4874
CELSO DE MELLO	ADI 4679; ADI 4874	ADI 1668
GILMAR MENDES	ADI 3273; ADI 3366; ADI 4679	ADI 4874
RICARDO LEWANDOWSKI	ADI 4679; ADI 4874	
DIAS TOFFOLI	ADI 4679; ADI 4874	
CARMEN LÚCIA	ADI 4679; ADI 4874	

que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto” (ADI 4874, voto da Ministra Rosa Weber, p. 66).

⁶³ Segundo sua manifestação, “(...) o setor petrolífero caracteriza-se pela alta especialização, a demandar um monitoramento constante. A criação da Agência Nacional do Petróleo como entidade reguladora, e conforme previsão constitucional, busca evitar práticas abusivas por parte das empresas privadas que poderão explorar petróleo, além de condutas anticoncorrenciais ou concentrações empresariais, bem como procura garantir a qualidade da produção, o abastecimento do mercado interno, a continuidade do serviço, o respeito às questões ambientais, sempre em prol da preservação do interesse público” (ADI nº 3272, voto do Min. Marco Aurélio, p. 205). Interessante apontar que o Ministro Marco Aurélio – o mesmo que havia imposto uma série de condicionantes à atuação da ANATEL no bojo da ADI nº 1668 –, foi o primeiro (e único) a expressamente defender a competência ampla da ANP quanto à questão posta nas ADIs nº 3273 e nº 3366, reconhecendo a importância das agências reguladoras em questões eminentemente técnicas e especializadas.

⁶⁴ “O princípio da legalidade é o lastro de um Estado Democrático de Direito. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A atuação das agências faz-se no campo executivo; é atuação em campo específico, é fiscalizadora. Não se pode conceber – e já foi evocado o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – delegação, muito menos às agências, para que normatizem! E esse artigo versa – e não se estabeleça distinção entre normatizar e impor norma legal propriamente dita – que não pode haver delegação, a quem quer que seja, de atribuição do Congresso Nacional. E cabe apenas ao Congresso Nacional, em que pese o precedente sobre o amianto, proibir algum produto no território brasileiro, por melhor que seja a intenção que impere” (ADI nº 4874, voto do Ministro Marco Aurélio, p. 186).

LUIZ FUX	ADI 4679; ADI 4874	
ROSA WEBER	ADI 4679; ADI 4874	
ROBERTO BARROSO	ADI 4679	
ALEXANDRE DE MORAES	ADI 4874	
EDSON FACHIN	ADI 4679; ADI 4874	
NELSON JOBIM	ADI 1668; ADI 3273; ADI 3366	
ILMAR GALVÃO	ADI 1668	
OCTÁVIO GALLOTTI	ADI 1668	
SYDNEY SANCHES	ADI 1668	
MOREIRA ALVES	ADI 1668	
CARLOS VELLOSO	ADI 3273; ADI 3366	ADI 1668
SEPÚLVEDA PERTENCE	ADI 3273; ADI 3366	ADI 1668
NÉRI DA SILVEIRA		ADI 1668
MAURÍCIO CORRÊA		ADI 1668
CARLOS BRITTO		ADI 3273; ADI 3366
JOAQUIM BARBOSA	ADI 3273; ADI 3366	ADI 3273; ADI 3366 ⁶⁵
EROS GRAU	ADI 3273; ADI 3366	
ELLEN GRACIE	ADI 3273; ADI 3366	
CEZAR PELUSO	ADI 3273; ADI 3366	
TEORI ZAVASCKI	ADI 4679	

De mais a mais, a partir da ADI nº 4874, é possível identificar que as divergências entre as posições individuais dos Ministros aparecem mais no exame de atos concretos do que na disciplina legal das agências reguladoras.⁶⁶ Há ao menos três grupos distin-

⁶⁵ Joaquim Barbosa votou contra a constitucionalidade da hipótese de silêncio administrativo prevista no art. 26, §3º da Lei do Petróleo.

⁶⁶ De fato, a ADI nº 4874 tinha um elemento adicional no pedido formulado pela autora: a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA nº 14/2012, que dispõe sobre a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco – ato normativo editado com base nas competências legais impugnadas na ação. Para a CNI, somente a lei em sentido formal – e não atos normativos infralegais – pode banir, proscriver ou limitar o desempenho de atividade econômica e, mesmo assim, para ser válida, esta lei deveria ser proporcional e razoável. Ao contrário dos demais julgados apontados acima, a ADI nº 4874 foi a primeira em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou exclusivamente sobre o poder normativo de uma agência reguladora. De fato, as ADIs nº 1668, nº 3273, nº 3366 e nº

tos em razão dos fundamentos que foram apresentados e dos votos que foram profereidos para o caso.

O *primeiro*, capitaneado pela Ministra relatora Rosa Weber, defendeu o poder normativo das agências reguladoras e, no caso concreto, entendeu existir parâmetros suficientes para a edição do ato normativo pela ANVISA. Seguiram esta orientação os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Carmen Lúcia. O *segundo* grupo, capitaneado pelo Ministro Alexandre de Moraes e pelo Ministro Luiz Fux, embora tenha considerado o desenho institucional das agências reguladoras algo compatível com a Constituição Federal – e até desejável –, julgaram a demanda procedente em relação à declaração de inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012. Neste grupo, também está incluído o Ministro Dias Toffoli. Já o *terceiro* grupo é composto pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, esse último, em sua primeira manifestação contrária às agências reguladoras nos casos pesquisados⁶⁷. Em ambos os votos, foram apresentadas críticas contundentes à atuação das agências reguladoras, o que os levou a julgar a demanda procedente, em relação ao *primeiro*, e parcialmente procedente, em relação ao *segundo*.

Significa dizer que, do ponto de vista estratégico, a apresentação de atos concretos das agências reguladoras pode induzir e alterar a interpretação sobre os limites dos poderes regulatórios em abstrato. Tais assertivas, contudo, demandam melhor comprovação empírica no futuro, quando mais casos relacionados às agências reguladoras serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

4.4. Conclusões parciais em relação ao STF

O escasso espaço amostral de julgamentos do STF em relação às ações pesquisadas impede que conclusões mais assertivas sejam firmadas. Contudo, os elementos apresentados neste item 4 permitem apontar algumas diretrizes sobre o poder decisório do Supremo Tribunal Federal.

4679 tinham escopo mais amplo, e discutiam também aspectos específicos do setor de telecomunicações, de petróleo e de comunicação audiovisual. Isso permite que seja possível identificar com maior precisão qual o posicionamento de cada Ministro em relação ao tema, na medida em que seus votos se dedicaram essencialmente a esta questão.

⁶⁷ “*Essa é a questão que se coloca, portanto, a questão da legalidade estrita. Isso é relevante, relevantíssimo. Por que veja a consequência até em termos de representatividade. Se um órgão desse jaez pode simplesmente decidir que determinada atividade fica autorizada ou proibida, nós estamos suprimindo, ainda que houvesse delegação, o poder do Congresso de legislar sobre isso, e estamos transferindo a um órgão burocrático. Esse é um problema seríssimo do ponto de vista constitucional. Eu tenho dito que hoje, no Brasil, ser revolucionário é defender o princípio da legalidade, fazer cumprir a lei. Ser progressista é defender a lei e não ficar inventando ‘cositas’. Então é disso que se cuida! E aqui é uma questão... ‘Ah, simplesmente aquela fábrica fechou, porque a ANVISA decidiu.’ E é no interesse do público. Afinal, proibiu-se agora salsa com dado produto, ou, sei lá, alguma outra coisa. Será que é esse o sistema que herdamos e que queremos preservar? Um modelo dessa feição autárquica? Não me parece que seja assim e essa é a questão que se coloca a partir do voto do Ministro Alexandre. Porque, realmente, ao fim e ao cabo, isso vai envolver uma supressão do poder do Congresso Nacional!*” (ADI nº 4874, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 180).

Em relação ao fator *tempo*, é possível identificar que os processos relacionados ao regime jurídico das agências reguladoras possuem longo tempo de tramitação; e que os casos que já foram julgados até então geralmente tomam elevado tempo do plenário, todos eles em mais de uma sessão do colegiado. A linha do tempo dos casos também demonstra dois blocos de períodos distintos em que se concentraram as decisões sobre o tempo: o primeiro, em um período de *afirmação* do modelo das agências reguladoras (1998-2005); e o segundo, em um período de *consolidação e aprimoramento* deste modelo institucional (2013-2018).

Em relação à orientação geral do STF no exame sobre as leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras, é possível afirmar que o histórico de decisões da Corte indica que o modelo geral das agências reguladoras é compatível com a Constituição Federal. A evolução de sua concepção, contudo, é perceptível: se antes as agências reguladoras eram uma *possibilidade* legislativa e o exercício de suas competências normativas estavam submetidas à *estrita legalidade*, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal leva ao reconhecimento da *importância institucional* das agências reguladoras no desenvolvimento social e ao estabelecimento de *parâmetros* específicos para o bom exercício do seu poder normativo.

De um modo geral, o STF reconhece que as agências reguladoras representam um desenho institucional voltado para o exercício do poder regulatório sobre *questões técnicas* específicas. No entanto, as competências extraordinárias de tais entidades sómente serão válidas quando existentes e observados os parâmetros previstos em lei (princípios inteligíveis). E mais: autonomia das agências reguladoras não impossibilita posterior revisão de seus atos pelo Poder Judiciário, mesmo que seja recomendável a adoção de uma postura deferente para a reavaliação de decisões técnicas das agências.

Por fim, em relação aos Ministros, é possível apontar uma tendência acentuada à deliberações colegiadas sobre o assunto, registrando-se poucos casos de deferimento de pedidos cautelares monocraticamente. No mais, os pedidos de vista são utilizados geralmente para que os membros do tribunal possam apresentar posições divergentes daquelas apresentadas por outros Ministros da Corte. Por fim, destaca-se o posicionamento acentuado dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber em defesa do modelo institucional das agências reguladoras na atual composição do STF, entendimento esse seguido por grande maioria. A exceção fica com o Ministro Marco Aurélio – curiosamente, relator de grande número de ações sobre o caso –, que apresentou posicionamentos e fundamentações mais contundentes em sentido contrário ao regime jurídico especial das agências reguladoras.

5. CONCLUSÕES

Passados mais de vinte anos desde a adoção do modelo institucional das agências reguladoras no Brasil, ainda não há respostas definitivas sobre os limites impostos aos seus regimes jurídicos. A escassez de casos examinados nesta pesquisa, contudo, não retira o valor das suas conclusões. Pelo contrário: o número reduzido de casos demonstra que, embora o Supremo Tribunal Federal seja um foro relevante para o debate sobre o regime jurídico das agências reguladoras, o uso cauteloso dessa via pelos agentes legitimados torna ainda mais crucial o estudo dos dados sobre os postulantes destas ações e sobre o poder decisório do STF.

Do ponto de vista dos postulantes, este artigo demonstrou que a ADI é uma ferramenta para um debate essencialmente político sobre as agências reguladoras, sendo o Supremo Tribunal Federal um foro relevante para deflagrar tal discussão de forma célere e imediata. Ainda sob a ótica dos postulantes, foi possível notar que os setores regulados, embora não sejam necessariamente contrários ao modelo das agências reguladoras no Brasil, vêm tentando diminuir o alcance de seu poder em casos específicos, muitas vezes diante de algum elemento contextual que torna esta contestação oportuna. De todo modo, o volume de casos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal não revela ainda nenhum padrão – as demandas, quase sempre, estão relacionadas a elementos contingentes que justificam a busca pela jurisdição constitucional.

Já em relação à atuação Supremo Tribunal Federal, é possível notar que a Corte reconhece a constitucionalidade do regime jurídico especial das agências reguladoras. De um modo geral, sua jurisprudência encontra-se em fase de consolidação de um modelo voltado ao aprimoramento do regime jurídico de tais entidades. Reconhece-se, assim, (i) a constitucionalidade da atribuição de competências técnicas às agências reguladoras; (ii) a necessidade de que seus poderes estejam sujeitos à observância às regras de direito público e aos parâmetros previstos em leis setoriais; e (iii) o fato de que sua independência não afasta a possibilidade de posterior controle de seus atos, ainda que seja recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário.

Tal como qualquer estudo empírico, este artigo não pretendeu apresentar respostas definitivas sobre o assunto. Ainda assim, investigar os elementos do passado é essencial para buscar indícios sobre o futuro, sobretudo porque o debate sobre o regime jurídico especial das agências reguladoras volta constantemente à tona na doutrina, na sociedade e, inevitavelmente, também no Supremo Tribunal Federal.

6. REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 2, n. 7, p. 47-92, 2001.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia?: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, 2018.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 141-148, jul./set. 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 285-311, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CONFORTO, Glória. Descentralização e Regulação da Gestão de Serviços Públicos. **Revista de Administração Pública – RAP**, vol. 32, n. 1, p. 27-40, 1998.
- CYRINO, André. **Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FAERMANN, Patrícia. **Roberto Requião critica projeto de Temer de “neoliberal”.** 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/30JJs3Y>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego. Onze Supremos: todos contra o plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017.
- GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 655.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo, SP: Dialética, 2002.

KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 28, n. 3, p. 409-441, 2008.

LOURENÇO, Adriana Nickel. **Regendo a atividade regulatória: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Administração Pública), 2010. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <<https://bit.ly/2EzyPqP>>. Acesso em 19 mar. 2019.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 1, p. 5-36, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, n. 99, p. 723-746, jan./dez. 2004.

MATTOС, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 8, p. 1009-1016, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013.

MORENO, Jorge Bastos. **Irritado com a Anac, Lula anuncia medidas fortes amanhã**. 2007. Disponível em: <<https://glo.bo/2HCKXJx>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

NETO, José Mário Wanderley Gomes. LIMA, Flávia Danielle Santiago Lima. Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018.

PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 2, n. 5, p. 59-66, 2000.

SCHYMURA renuncia à vaga no conselho da Anatel. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2Qobltu>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **I-CON**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 125-162, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000. p. 17-38.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 1-5, 2000.

WALD, Arnoldo. A autonomia das agências reguladoras. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 8, n. 170, p. 42-43, fev. 2004.

A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária

The protection of the right to health by the Public Administration: outlining the concept of health administrative protection

LIGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO^{I,*}

^I Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, Ceará, Brasil)
meloligia@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7987-4381>

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA^{II,}**

^{II} Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, Santa Catarina, Brasil)
thandersonsousa@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0725-3572>
Recebido/Received: 24.01.2020 / January 24th, 2020
Aprovado/Approved: 29.10.2020 / October 29th, 2020

Resumo

O fenômeno da judicialização da saúde centraliza, predominantemente, o debate de dilemas decorrentes da política pública no âmbito do Poder Judiciário. Dessa maneira, esta pesquisa tem por intuito estabelecer uma perspectiva administrativa específica para a proteção do direito à saúde. A problemática gira, então, em torno do delineamento da noção de tutela administrativa para a saúde, seus elementos e fundamentos jurídicos. A abordagem metodológica é do tipo indutiva, apoiando-se nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Abstract

The phenomenon of health judicialization centralizes, predominantly, the discussion of dilemmas arising from public policy in the context of the Judiciary Power. Thus, this research aims to establish a specific administrative perspective for the protection of the right to health. The problem revolves, then, around the delineation of the notion of administrative protection for health, its elements and legal foundations. The methodological approach is inductive, based on bibliographic and documentary research techniques. It is concluded that the right to health and the respective public

Como citar esse artigo/How to cite this article: CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de; SOUZA, Thanderson Pereira de. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 601-629, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.71320.

* Professora Adjunta de Direito administrativo da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil). Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: meloligia@gmail.com.

** Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil). Professor e advogado. E-mail: thandersonsousa@hotmail.com.

Conclui-se que o direito à saúde e a política pública respectiva merecem gozar de tutela administrativa propriamente sanitária, a impulsionar o protagonismo da Administração e minimizar situações de conflito, equilibrando as dimensões objetiva e subjetiva.

Palavras-chave: direito à saúde; judicialização; proteção administrativa; tutela sanitária; escolha pública.

policy deserve to enjoy administrative protection properly sanitary, to boost the protagonism of the Administration and minimize conflict situations, balancing the objective subjective dimensions.

Keywords: right to health; judicialisation; administrative protection; health protection; public choice.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Tutela administrativa do direito à saúde; **3.** Elementos da tutela administrativa sanitária; **4.** Fundamentos para a tutela administrativa sanitária; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tem-se debatido amplamente nos últimos anos o fenômeno de judicialização da saúde, de sobremodo da política nacional de medicamentos. Há de se destacar que a exigibilidade do direito à saúde (art. 6º, Constituição de 1988) fez com que, predominantemente, as discussões sobre os problemas advindos da política pública respectiva fossem concentradas no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, o Supremo Tribunal Federal - STF proferiu decisões paradigmáticas no contexto do fornecimento de medicamentos, organizou audiência pública; o Conselho Nacional de Justiça - CNJ instituiu em 2010, com a Resolução nº 107, o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde; CNJ promoveu, ainda, jornadas de direito à saúde, que resultaram em enunciados interpretativos, criou o Núcleo de Apoio Técnico aos magistrados - NAT JUS;¹ e, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça - STJ definiu, em julgamento de recurso repetitivo, critérios objetivos para a concessão de medicamentos não previstos no Sistema Único de Saúde - SUS.

Ocorre que, pelo exposto, há um protagonismo evidente do Judiciário em detrimento de abordagens envolvendo a Administração, responsável pela concretização de políticas públicas, e o Poder Legislativo, que – nas suas funções – pode desempenhar papel positivo na persecução da proteção e promoção da saúde.

Nessa conjectura, a problemática da pesquisa gira em torno do estabelecimento de um tratamento administrativo dos problemas envolvendo a política pública de saúde, indagando: em que termos é possível engendrar proteção administrativa para

¹ MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56027/35009>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

o direito à saúde? Quais elementos constituem um arranjo protecionista? Que fundamentos jurídicos o sustentam?

É propósito da investigação demonstrar que no âmbito administrativo há possibilidade para a criação de espaços de avaliação/resolução de impasses no SUS, na qualidade de política pública corporificadora do direito à saúde, considerando que o caráter prestacional dos direitos sociais impõe o dever de efetivação e, simultaneamente, de criatividade procedural necessária para proteção de direitos.

Desenvolve-se, metodologicamente, uma abordagem de estudo com caráter indutivo. Por intermédio da observação de demandas judiciais – envolvendo o sistema público de saúde – realizam-se constatações sobre as repercussões da judicialização para, posteriormente, desaguar na teorização acerca da tutela administrativa sanitária. São empregadas, nesse contexto, as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Em consequência, verifica-se que a judicialização cria ou modifica as configurações das escolhas públicas em matéria de saúde, havendo concentração de esforços especificamente no aperfeiçoamento da atuação dos Tribunais. A partir disso, é lançada a ideia de proteção administrativa do direito à saúde por meio do instituto da tutela sanitária, visando estimular o protagonismo da Administração Pública. A pesquisa está estruturada em três seções que abordam (i) considerações sobre a tutela administrativa em saúde, (ii) seus elementos e (iii) alicerces jurídicos.

2. TUTELA ADMINISTRATIVA DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde necessita, inequivocamente, gozar de proteção administrativa capaz de lidar com os problemas que decorrem de sua previsão – integral e universal, para que desse modo exista uma implementação eficiente, igualitária e capaz de corporificar os objetivos da Constituição Federal de 1988.²

Os avanços na medicina, sobretudo no que concerne à matéria de medicamentos, são rápidos. Novos medicamentos, tratamentos e técnicas terapêuticas são criadas para garantir a qualidade de vida e sobrevida do ser humano. Em 2012, as notificações de produtos sanitários chegaram ao número de 37.419 e, em 2017, as notificações cresceram consideravelmente, totalizando 54.545 registros. Desse quantitativo, 38,5% são referentes a notificações de novos medicamentos.³ Contudo, é necessário pontuar que o Estado não tem condições de acompanhar, no contexto do Sistema Único de Saúde

² PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010.

³ MARTINS, Mary Anne Fontenele; GALATO, Dayani. Irregularidades dos medicamentos comercializados no Brasil: uma análise das notificações e das medidas sanitárias de 2012 a 2017. **Vigilância Sanitária em Debate: sociedade, ciência e tecnologia**, Rio de Janeiro, [s.l.], vol. 6, n. 4, p.23-33, 2018. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1165>>. Acesso em: 02 set. 2018.

– SUS, essas atualizações, pois há limitação financeira que obriga a realização de escolhas estratégicas.

Analisando amostra de mandados de segurança, entre os anos de 2015 e 2017, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – TJPI, com margem de erro da pesquisa em 10% e nível de segurança fixado em 95%, constata-se: 86% dos processos têm caráter individual, enquanto os mandados de segurança coletivos somam 14%, apenas; de modo geral, 77% das demandas judiciais analisadas tratam de medicamentos não previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e na RENAME.⁴

Diante desses números, pode-se perceber duas situações: (1) as ações individuais, em nível expressivo, interferem na concretização da política pública, restando elaborada um novo arranjo – distante das disposições constitucionais e infraconstitucionais – e, a seu turno, (2) as ações coletivas alteram as escolhas públicas.

As demandas individuais, buscando o fornecimento de medicamentos não previstos na listagem oficial do sistema público de saúde,⁵ findam por criar, efetivamente, quando deferidos os pedidos, uma nova política pública, alheia ao SUS e em detrimento deste. Nessa perspectiva, Vanice Regina Lírio do Valle observa que “também no campo da proteção ao direito à saúde [...] tem-se a ampliação progressiva da gama de bens ou de serviços correlatos que devam se compreender na proteção judicial”,⁶ entretanto a ampliação de bens e serviços não alcança todos os cidadãos de maneira objetiva.

Na matriz coletiva, passa-se a “exigir uma atuação de cunho universal e equânime em favor de um determinado segmento [...] ou, ainda, a retificação das ações públicas relacionadas à superação de uma deficiência”⁷ dessa forma o Judiciário passa a modificar a escolha pública em matéria de saúde sem planejamento e,⁸ igualmente, sem as condições e expertise necessárias para determinar as consequências das suas decisões.

⁴ MARTINS, Mary Anne Fontenele; GALATO, Dayani. Irregularidades dos medicamentos comercializados no Brasil: uma análise das notificações e das medidas sanitárias de 2012 a 2017. **Vigilância Sanitária em Debate: sociedade, ciéncia e tecnologia**, Rio de Janeiro, [s.l.], vol. 6, n. 4, p.23-33, 2018. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1165>>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁵ DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019.

⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 133.

⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 123.

⁸ Sobre a relevância do planejamento para a adequada tutela dos direitos fundamentais sociais, ver: CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo; MORAES, Filomeno. Planejamento social na Administração Pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. A participação social no planejamento das políticas públicas urbanas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 4, n. 1, p. 7-21, ene./jun. 2017.

Pelo exposto, há uma dúvida razoável quanto à atuação dos magistrados na judicialização da saúde, uma vez que se expõe o problema de capacidade institucional, conforme indicam Ana Paula Ávila e Karen de Melo,⁹ informando – adicionalmente – que existem dificuldades de capacidade, particularmente com relação aos protocolos de medicina apoiados em evidências.

É preciso fortalecer, no âmbito do fornecimento de medicamentos, a ideia de que se é de responsabilidade da Administração Pública realizar escolhas, considerando uma dimensão sustentável, que isto ocorra de fato, em sua integralidade.¹⁰

Nesse contexto, a tutela administrativa pode funcionar como uma proposição para superar o protagonismo judicial na questão do fornecimento de fármacos e também em outras áreas sanitárias, vez que reforça na Administração, responsável pela concreção de políticas públicas, a responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais e resolução de conflitos deles decorrentes, combatendo de modo hábil situações problemáticas causadas pela atuação judicial e pelos desafios em assegurar o direito à saúde, contribuindo para a minimização da judicialização e melhorando a qualidade dos serviços públicos.¹¹

Alexandre Santos de Aragão,¹² abordando o tema da tutela administrativa, determina que esta, apesar da incoerência do termo “tutela”, significa o controle ou supervisão dos entes políticos para com as atividades das entidades da Administração Indireta, possuindo, inclusive, determinação constitucional (art. 87, CF/88). Ainda para o autor, a tutela administrativa é um poder de supervisão ou controle específico, desta forma as entidades da Administração Indireta federal, estadual ou municipal estão ligadas apenas ao ministério/secretaria do qual tenham afinidade substancial. No âmbito da União, a tutela é regida pelo Decreto-lei nº 200 de 1967, que detém nível hierárquico de lei ordinária, podendo haver a substituição de suas disposições em função de lei específica, não há referência expressa ao termo “tutela administrativa”, mas a denominação de “supervisão ministerial”.

⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p.83-108, 1 jan. 2018, p. 96-97. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934/35005>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul/set, 2011, p. 145. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/212>>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹¹ Nessa linha, ver: CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 225-251, abr/jun. 2016.

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 245.

Por outro lado, José Cretella Júnior define a expressão tutela administrativa como a “[...] técnica que designa, dum modo geral, a fiscalização que o Estado exerce sobre um órgão descentralizado, dentro dos limites que a lei assinala”.¹³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ orienta que a tutela administrativa é uma espécie de controle que recai, de modo particular, sobre entidades da Administração Indireta, com atos e aspectos possíveis de controle predeterminados legalmente. Hely Lopes Meirelles,¹⁵ no que lhe concerne, não utiliza o termo tutela administrativa, em sua teoria prefere designar o fenômeno da supervisão e controle, nos termos substanciais indicados pelos autores antes mencionados, de controle autárquico.

Há, ainda, a percepção da tutela administrativa enquanto um princípio setorial da Administração Pública, que vincula os órgãos da Administração Indireta à fiscalização de legalidade exercida por parte dos órgãos da Administração Direta, inexistindo subordinação hierárquica, não podendo o dito controle ser exercido sem previsão legal, não sendo, portanto, presumível a tutela.

Pelo exposto, é possível verificar que a noção de tutela administrativa que foi construída no Direito Administrativo brasileiro, de maneira clara, está ligada aos procedimentos de controle e supervisão dos atos praticados pela Administração Pública Indireta, devendo a atitude tutelar estar descrita e limitada pela legislação.

Entretanto, a tutela administrativa que surge como proposição ao enfrentamento de problemas na concretização do direito social à saúde se distingue, essencialmente, da noção de tutela já construída na doutrina administrativista. Há, sem dúvidas, desacordos de ordens conceitual e procedural.

María Pamela Tenreyro explica que, na perspectiva do Estado de Direito, os indivíduos convertem-se em cidadãos, o que consequentemente gera, de forma inquestionável, o compromisso e o dever de reconhecimento e garantia de direitos, bem como a corporificação de ferramentas garantidoras.¹⁶ No contexto das políticas públicas, que funcionam como instrumento de corporificação de direitos sociais,¹⁷ é necessário que exista, para além da concreção dos serviços públicos, acesso a ferramentas que busquem proteger os cidadãos e, ao mesmo tempo, funcionem como pontos de exercício da cidadania.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da tutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 96, p. 35, ago. 1969. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32209>>. Acesso em: 05 set. 2018.

¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 435-436.

¹⁶ PAMELA TENREYRO, María. **Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, p. 46-47.

¹⁷ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019. Disponível em: <<https://revisitas.ufpr.br/rinc/article/view/59730/40602>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

Desse modo, a materialização de direitos não deve ser concebida somente por intermédio de princípios e regras – depende também de formulação de políticas públicas, considerado o risco de transformarem-se em “normas mortas”. O compromisso com a defesa da operatividade estrutural de direitos, com a cidadania e com a democracia constitui elemento indispensável para o funcionamento adequado do Estado.

Portanto, o compromisso com a proteção de direitos, a ser consolidado em ferramentas que permitam o exercício da cidadania, não pode ser interpretado exclusivamente enquanto garantias processuais em sentido estrito – referindo-se à atividade judicial de controle administrativo – ou meios de controle interno.

Não se expressa como razoável a vinculação da proteção de direitos fundamentais somente aos aparatos de controle clássicos, especialmente no Brasil, pois com o advento da Constituição de 1988 as tarefas estatais aumentaram consideravelmente, demandando perspectivas de atuação criativas. O movimento que se deve estimular é, na verdade, o de estudo, identificação e instrumentalização de novos ductos de salvaguarda de direitos, distantes do Poder Judiciário, dentro das condições possíveis, criando espaço sinérgico para exercício da cidadania e concreção de garantias constitucionais.

Sob essa óptica, a Administração Pública deve atuar para que, institucionalmente, sejam estabelecidas condições procedimentais em que todos os cidadãos tenham acesso à proteção efetiva de seus direitos – de forma coletiva, privilegiando a dignidade humana,¹⁸ tornando-se arena visível de resolução de conflitos, auxiliando na diminuição de casos judicializados, contribuído para o funcionamento equilibrado e harmônico dos Poderes do Estado.

Opondo-se à ideia suscitada, pode-se levantar a tese de que, no contexto jurídico brasileiro, fora dos limites estabelecidos pela Constituição de 1988 e por outros instrumentos normativos infraconstitucionais, não haveria a possibilidade de implementação de instrumentos protetivos de direitos, salvo os casos advindos da atividade do Poder Legislativo.

Tal argumento não se sustenta, tendo em vista que, apesar de a Constituição de 1988 indicar formalmente mecanismos de controle (mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública; e, pela própria Administração Pública – art. 74, internamente), há um prisma substancial que, conjugando (1) dignidade humana e (2) princípios que regem a atuação administrativa, autoriza a edificação de engrenagens para o desenvolvimento humano e proteção de direitos. Destarte, Daniel Hachem revela que “[...] as ações administrativas, nesse quadro, não são limitadas pelo

¹⁸ MEZZAROBA, Orides; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: A reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54099/35013>>. Acesso em: 05 set. 2018.

ordenamento jurídico [...], mas também incitadas e programadas pelo sistema constitucional e legal mediante determinações normativas impositivas”.¹⁹

Isso posto, a Administração Pública deve ser criativa, no sentido de buscar meios de implementar objetivamente os direitos de caráter prestacional, tateando mecanismos que busquem a efetivação coletiva de direitos.²⁰ A inatividade administrativa, nesse cenário, contribui para a acentuação da desigualdade entre os cidadãos, ferindo a integridade do interesse público e, claramente, fortalecendo o descrédito na atuação do administrador. Em tal caso, Daniel Hachem pondera que a ausência de atuação administrativa pode ser um problema mais significativo do que ações positivas incompatíveis com parâmetros constitucionais e legais, de modo que para o autor não faz sentido garantir liberdades ao cidadão ante a inexistência de condições de efetivo exercício.²¹

Para viabilizar a proteção dos cidadãos e de seus respectivos direitos, assim como equilibrar as dimensões objetivas e subjetivas das garantias constitucionais no Brasil, Daniel Hachem,²² em sua tese, propõe um conceito de tutela administrativa que, considerando as bases lançadas anteriormente, aproxima-se de uma percepção de tutela que não está vinculada, necessariamente, ao controle em uma compreensão restritiva, ou seja, se distancia da idealização da tutela administrativa apenas como controle da Administração Direta em relação à Indireta.

Insta salientar que, de fato, é um grande avanço identificar o dever de protagonismo da Administração Pública por intermédio da tutela nos termos prescritos por Hachem. Entretanto, é útil reconhecer que os problemas que envolvem a Administração Pública, seus deveres e o conteúdo de direitos fundamentais são policentrícos, isto é, provenientes de vários eixos que se cruzam na experiência da gestão pública, inclusive com raízes de ordem jurídica.

O direito à saúde, mormente na assistência terapêutica pública e sua concreção, é caso notável de policentrismo, a desafiar as fronteiras dos tradicionais controles

¹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014, p. 238.

²⁰ HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019. p. 428.

²¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014, p. 240-242.

²² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014, p. 291.

interno e externo da Administração. Celso Barberato e Zaiden Geraide Neto,²³ reconhecendo as dificuldades que envolvem a implementação do direito à saúde, nos termos em que foi constitucionalizado e regulado infraconstitucionalmente, afirmam, de modo certo, que os imbróglios da saúde no Brasil decorrem inclusive da polissemia do termo “direito”, dos significados variados que possui. Posto isso, resta, nessa senda, reforçada a tese do policentrismo problemático que incide sobre direitos, sobretudo na saúde.

O regime de bem-estar – como característica do Estado de Direito Democrático Social – se mantém, muito embora haja verdadeiro risco de comprometimento de alguns aspectos das prestações materiais,²⁴ essa situação torna-se clarividente no cenário da saúde pública brasileira, demandando formas ousadas de atuação administrativa e proteção de direitos.

Diante do exposto, elabora-se uma proposta conceitual de proteção por intermédio da tutela administrativa sanitária, que se traduz no (a) poder-dever da Administração Pública em atuar, voluntariamente ou por solicitação do cidadão, para deslindar questões controversas e, potencialmente, violadoras do direito fundamental social à saúde, bem como de outras garantias dele decorrentes, (b) mediante órgão independente e autônomo, integrado à estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS, (c) adotando as técnicas concertadas necessárias, podendo desaguar em atos próprios do controle interno, (d) com decisões de caráter resolutivo e vinculante.

Útil apontar, nesta altura, que o sucesso da tutela administrativa sanitária depende não somente da disponibilização de arena para resolução de questões problemáticas. É necessário, igualmente, que a Administração Pública adote medidas no sentido de conscientizar e educar os cidadãos sobre a possibilidade de resolução administrativa de conflitos, contribuindo para uma modificação efetiva na cultura da judiciaização que é manifesta no Brasil.

A educação para uma cultura concertada torna-se instrumento de cidadania, cooperando com o desenvolvimento de características democráticas e dialógicas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, rompendo o caráter formal da participação comunitária na gestão, controle e fiscalização do sistema. Ademais, não é possível, no contexto do Estado de Direito, vedar o Judiciário de apreciar lesão ou ameaça a direitos, por força do disposto no art. 5, XXXV, da Constituição de 1988. Contudo, o diálogo e a educação para o consenso podem auxiliar na redução da hipertrofia judicial em matéria de saúde pública.

²³ BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, vol. 32, n.2 p.107-126, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>>. Acesso em: 15 set. 2018.

²⁴ SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado:** mas allá del mito del repliegue. Trad. Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 65.

3. ELEMENTOS INTEGRANTES DA TUTELA ADMINISTRATIVA SANITÁRIA

O (a) poder-dever da Administração Pública é, de modo seguro, uma convenção constitucionalmente prevista. Uma vez que a cidadania e a dignidade humana constituem fundamentos do Estado brasileiro, não poderia se interpretar, razoavelmente, que a gestão da coisa pública pudesse estar limitada em sua atuação pela letra fria da norma, obstando ao administrador atuar de modo criativo para reforçar os fundamentos do Estado, e, consequentemente, atingir objetivos constitucionais.

O art. 196 da Constituição, ao determinar que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, impõe que o administrador público busque implementar a proteção da saúde por meio do acesso universal e igualitário às ações e serviços. Pelo definido na Lei nº 8.080 de 1990, art. 2º, o Estado deve prover as condições indispensáveis para o exercício pleno do direito à saúde. Realizando uma interpretação sistemática e teleológica dos referidos artigos, combinados com os fundamentos e objetivos da República, extrai-se que a Administração tem o poder para conformar o direito à saúde, e se tem o poder, tem o dever de agir para que o acesso às ações e serviços públicos de saúde sejam garantidos de forma coletiva e igualitária, sempre pautada nos princípios que regem a atividade administrativa: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput).

Nessa toada, o Estado pode e deve, espontaneamente ou por solicitação dos cidadãos, no contexto da saúde pública, averiguar as situações que, em tese, podem configurar-se enquanto fatos violadores de direitos fundamentais. A espontaneidade cria, de plano, a noção de uma gestão pública protagonista e desacomodada, que busca observar no ambiente estatal as condições de implementação de direitos, a concreção de políticas públicas, chamando para si e reforçando as responsabilidades estabelecidas pela CF/88 no que tange a proteção integral da saúde dos brasileiros, compreendendo as dificuldades de sua própria atuação e, indiretamente, observando novas perspectivas para a proteção efetiva da saúde e do sistema público.

De outra banda, a possibilidade de solicitação de avaliação de demandas pelos cidadãos, dirigida diretamente ao Estado sanitário, de forma simplificada, é canal para a democratização e garantia efetiva do direito à saúde, pois, dada a realidade brasileira, em que a tutela judicial não goza de acesso descomplicado, nem mesmo de facilidade de acesso – nessa área ainda seria necessário discutir “o direito de acesso ao acesso à tutela judicial” – tal abertura alarga, inquestionavelmente, o alcance do Sistema Único de Saúde – SUS para incluir os cidadãos que estão distantes dos Tribunais.

Por essa lógica, Sandro Lucio Dezan e Samuel Brasil Júnior²⁵ lecionam que é compreensível a proteção do direito à saúde pelo Estado, conduzindo, pois, diretamente ao poder-dever de gerir conflitos e tutelar direitos, independentemente de regulação normativa, mas em consonância com a lógica da juridicidade.

À revelia da ideia desenhada, poderia ser firmada a impossibilidade de abertura jurídica para formas criativas de resolução de problemas no âmbito administrativo. Havia interesse da Administração Pública em atuar, internamente, para a proteção do direito à saúde, só o faria pelos meios consolidados de controle interno (recurso administrativo, poder hierárquico e tutela administrativa/controle autárquico etc.), quando cabíveis. No entanto, não merece prosperar tal fundamento, pois o princípio da legalidade diz respeito não somente ao seguimento da legislação, estritamente, mas, longe disso, deve ser concebido como a obediência às disposições constitucionais, bem como a princípios gerais de Direito,²⁶ o que autoriza novos instrumentos de atuação na Administração Pública numa esteira juridizadora.

Um (b) órgão independente e autônomo, mas integrado à estrutura do SUS, deve ser criado para receber as solicitações dos cidadãos ou, em outros casos, agir a pedido da própria Administração Pública, no sentido de garantir o acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde, especialmente no que toca o fornecimento de medicamentos, satisfazendo as diretrizes listadas no art. 7º da Lei orgânica do SUS.

A Lei nº 8.080/1990, considerando a unicidade de direção do SUS, conforme o art. 198, I, da CF/88, preceitua que haverá descentralização político-administrativa, havendo pontos de coordenação em cada esfera de governo (federal, estadual e municipal).²⁷ No ensejo de organizar o sistema público de saúde, o legislador ordinário instituiu, ainda, as Comissões Intersetoriais, Comissões Permanentes de Integração e as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite.

As Comissões Intersetoriais realizam, em sua competência, a interação das estratégias e programas do SUS com áreas alheias ao sistema. As Comissões Permanentes, no que lhes dizem respeito, buscam firmar parcerias entre o SUS e as instituições de ensino. Por último, as Comissões Intergestores realizam, no que se refere aos aspectos operacionais do sistema, negociações e pactuações, mas, como a própria nomenclatura indica, esses atos são praticados entre gestores.

²⁵ DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 16, n. 63, p. 2015, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/49>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 300.

²⁷ BERTOTTI, Bárbara Mendonça; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A integração da iniciativa privada ao sistema público de saúde brasileiro: limites e possibilidades. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 239-265, jul./dic. 2018.

Sob outra perspectiva, a Lei nº 8.142 de 1990 disciplina a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde e as transferências de recursos. Para viabilizar a integração da sociedade na gestão do sistema, o referido instrumento normativo instala a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde (art. 1º, I e II). Nada obstante, é possível afirmar que a inclusão da comunidade na gestão do sistema público de saúde é apenas um compromisso formal. Fazendo uma analogia com a ideia de constitucionalização simbólica,²⁸ a noção de participação comunitária, trazida pela Lei nº 8.142/90, é eivada de simbolismo, uma vez que (a) as reuniões da Conferência de Saúde ocorrem somente de quatro em quanto anos, e, (2) apesar de os Conselhos serem órgãos colegiados permanentes e deliberativos, não têm como atribuição a solução de possíveis conflitos. É verdadeira previsão simbólica de gestão comunitária.

A Portaria de Consolidação nº 1/2017-MS, reunindo os regulamentos dos direitos e deveres dos usuários do SUS, no art. 6º, XI, assegura o direito de ser ouvido em suas manifestações por ouvidorias, urnas ou quaisquer outros instrumentos que a Administração dispuser. O art. 109 cria o Departamento de Ouvidoria do SUS, responsável pelo recebimento e tratamento de manifestações e, inovando, o art. 117, IV, indica que no rol de competências das ouvidorias do SUS se encontra a mediação administrativa, “com vistas à correta, objetiva e ágil instrução das demandas apresentadas pelos cidadãos, bem como a sua conclusão dentro do prazo estabelecido para resposta ao demandante”,²⁹ muito embora não esteja expresso como deverá acontecer a mediação.

Identifica-se a inexistência de uma instância capaz de resolver, efetivamente, situações controversas no âmbito do SUS, especialmente pelo generalizado caráter de urgência que os problemas que levam à judicialização da saúde possuem, como o fornecimento de medicamentos, por exemplo.

O órgão, institucionalizando a tutela administrativa sanitária, deve seguir a mesma estruturação do SUS: único e descentralizado entre as esferas de governo, permitindo uma maior capilaridade e alcance de sua atuação. É importante ressaltar que, apesar de integrar o sistema, nos moldes defendidos aqui, é preciso ser distinto da Administração ativa do SUS, garantindo a imparcialidade, objetividade, celeridade e efetividade nos casos em que atuar.

²⁸ Constitucionalização simbólica diz respeito ao abismo existente entre hipertrofiadas disposições constitucionais e suas respectivas corporificações. O processo de construção simbólica de uma Constituição pode (1) firmar valores sociais, (2) demonstrar a capacidade do Estado e (3) resolver conflitos sociais com técnica de compromissos dilatários. Para maiores esclarecimentos ver: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁹ BRASIL. Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2018. Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 de set. de 2017. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017_comp.html>. Acesso em: 16 out. 2018.

A criação de tal figura não demanda, pelo exposto anteriormente, de uma previsão expressa da legislação. A criatividade para a tutela administrativa poderá sustentar-se no poder-dever de proteção do direito fundamental à saúde, bastando atos de regulação emanados da autoridade administrativa. Porém, poderá ocorrer via proposição legislativa apresentada ao Congresso Nacional, consideradas as competências previstas no art. 24, XII, da Constituição de 1988.

Pensar em tal situação suscita, por questão lógica, a repercussão financeira que o Estado poderá sofrer, buscando a tutela administrativa sanitária. Mas diante disso, indispensável é revelar os valores que a União dirigiu para a satisfação de ações judiciais com o fornecimento de medicamentos e insumos: em 2016, o valor gasto foi de R\$ 1.252.217.955,08; em 2017, somou R\$ 979.001.580,59;³⁰ e, em 2018, as despesas da União chegaram a R\$ 1,25 bilhão.³¹ Os valores são consideráveis, comprometem diretamente a política pública de saúde. Ademais, vislumbra-se que não existem estudos que avaliem, com rigor, o impacto da judicialização nos orçamentos estaduais e municipais.³² Pelo exposto, o uso racional dos recursos públicos para arcar com a tutela administrativa sanitária pode, potencialmente, ser mais proveitoso do ponto de vista coletivo.

A (c) adoção de técnicas concertadas permite que a Administração Pública, no exercício de suas funções, maximize a proteção do direito à saúde, bem como a conservação de outros direitos dele decorrentes, utilizando-se de instrumentos criativos para a consumação de decisões administrativas, de forma flexível, sem implicar numa violação à legislação constitucional ou infraconstitucional sanitária.

O desenvolvimento humano levou, consequentemente, à transformações no Estado, desemborcando em novas formas de administrar a máquina pública, o que passou a pressupor uma relevância aumentada no que se refere aos atos e procedimentos administrativos.³³ Por essa conjuntura, Eurico Bitencourt Neto aduz que “se a Administração Pública do século XXI prossegue múltiplos e, muitas vezes, concorrentes interesses públicos, o procedimento administrativo se consolida como a matriz principal de

³⁰ Dados obtidos por consulta de informações do Ministério da Saúde, com base na Lei de Acesso à Informação. Protocolo nº 25820005492301889. BRASIL. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação Ao Cidadão. Ministério da Transparéncia. **Acesso à informação.** 2018. Disponível em: <<https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³¹ BRASIL. Siga Brasil. Senado Federal. **Siga Brasil painéis:** Orçamento Federal. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³² OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE (BAHIA). Instituto de Saúde Coletiva da UFBA. **Judicialização na saúde: panorama aponta aumento de 727% nos gastos da União.** 2017. Disponível em: <<https://analisepoliticaemsaudade.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb6626c67f/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³³ CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, Roma, vol. 1, p. 27-40, 2002, p. 35-36.

uma atuação racional, participativa [...]”³⁴ por esta lógica, o procedimento administrativo concertado dentro da perspectiva de tutela sanitária no SUS se abre como um canal de diálogo e consenso, podendo dele resultar – ainda que em última instância o ato administrativo seja unilateral – decisões democráticas e com níveis de aceitação social e legitimação positivos.

Eurico Bitencourt Neto, indo além, ensina que a concertação, numa concepção alargada, diz respeito às variadas relações entre o Estado e a sociedade que são marcadas pela negociação e pelo acordo, buscando, no Estado de Direito Democrático Social, analisar as pretensões sob a ótica do Direito Público, conformando interesses individuais com o interesse coletivo.³⁵

Diante disso, atos podem ser praticados na gestão de conflitos no SUS, por negociações e acordos, satisfazendo, sempre que possível, as pretensões dos cidadãos, respeitando o direito fundamental à saúde, em suas vertentes objetiva e subjetiva, sem maiores gravames ao planejamento e execução da política pública de saúde.

Técnicas concertadas, no âmbito do SUS, são de extrema relevância e emergente necessidade, vez que podem agregar atores da prática dos serviços públicos de saúde, aumentando o diálogo e a proposição de resoluções coerentes para situações controversas, resgatando, ao final, a autonomia e sustentabilidade do SUS, pois como preceitua George Marmelstein Lima a proteção da autonomia do sistema consiste no fortalecimento das instâncias de deliberação internas, gerando o enfrentamento não somente da judicialização, mas também de interferências externas que o autor classifica como “influências espúrias”,³⁶ como o *lobby* da indústria farmacêutica, a título de exemplo.

As decisões, em sede de tutela administrativa sanitária, devem ser (b) resolutivas e vinculantes. Com relação à primeira característica, a resolutividade da decisão, busca-se indicar que, ao acatamento da solicitação feita pelo cidadão ou pelo gestor público, o parecer do órgão tutelador deve atacar o mérito da demanda, reconhecendo a controvérsia e decidindo, deferindo a pretensão, caso em que o direito à saúde estiver sendo violado ou, na medida do possível, em que o dito direito possa ser protegido nos termos do pedido de tutela, sem comprometer a (1) dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que gera um dever de implementação coletiva; (2) a legislação sanitária;

³⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba**, vol. 4, n. 1, p. 212, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

³⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. A Administração Pública concertada. In: **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords). Lisboa: Centro de Investigação de Direito Público, 2017, p. 17.

³⁶ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa: RIL**, vol. 54, n. 216, p. 108-109, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105>. Acesso em: 02 nov. 2018.

e (3) autonomia do SUS; ou indeferindo, caso seja detectada desconformidade com os requisitos mencionados.

Com relação à vinculação, é de se destacar que esta busca, no âmbito da tutela sanitária, proteger os cidadãos de comportamentos contraditórios e, portanto, violadores da dignidade, igualdade e do dever de proteção da saúde, nos termos das diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.080 de 1990.

O reconhecimento do caráter vinculante de precedentes em matéria administrativa já fora, substancialmente, tratado na doutrina brasileira com minúcia,³⁷ con quanto, é relevante indicar as hipóteses que, na tutela sanitária, autorizam a mutação de orientação: i) superação do precedente por conta de interesse público, ou, nas palavras de Daniel Hachem, “caso exista motivação suficiente para mudar a orientação administrativa”;³⁸ ii) anulação da decisão do órgão de tutela; e, por derradeiro, iii) a ilegalidade da decisão vinculante decorrente de fatores externos, não considerados ao tempo da análise administrativa.

4. FUNDAMENTOS PARA A TUTELA ADMINISTRATIVA SANITÁRIA

Afora detalhar o conceito da tutela administrativa sanitária e seus elementos, imperioso é explorar os fundamentos que justificam, no esteio do Estado de Direito democrático social, a institucionalização de tal forma de proteção do direito à saúde, sendo eles a (1) dignidade humana, o (2) princípio da eficiência sanitária, o (3) direito à boa administração e as (4) disposições de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, no âmbito dos Sistemas Global e Interamericano.

A (1) dignidade humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III, CF/88), funcionando como razão de ser e, ao mesmo tempo, como orientação da atuação estatal na persecução do interesse público. Antes de ostentar um caráter jurídico, a dignidade humana é, sobretudo, um valor, uma formulação axiológica ligada

³⁷ Cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, nº 14, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.; CARVALHO, Gustavo Carvalho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional – GEN, 2018.; HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, vol. 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, vol. 15, n. 59, p. 72, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

às percepções de justiça, bondade e plenitude.³⁹ Guarda, em seu núcleo, o reconhecimento do ser humano como criatura distinta, devendo ser protegido em todas as suas dimensões: física, psicológica e social.

Nesse rumo, Lígia Melo de Casimiro assevera que a própria Constituição se orienta pelo princípio da dignidade humana, “[...] sendo o indivíduo e a promoção de seus direitos finalidades primeiras, e o Estado-administração um instrumento para o alcance desse fim”.⁴⁰ A Administração Pública deve agir, vinculada à dignidade, incessantemente para a garantia de direitos.

Inserida no plano jurídico, a dignidade humana passa ser concebida, pelo menos para boa parte da doutrina brasileira, como um princípio do Direito, gozando de caráter *prima facie* e, neste contexto, impõe o dever de não violação da integridade dos indivíduos. José Cretella Júnior afirma que “princípio é, antes de tudo, um ponto de partida”,⁴¹ proposições basilares do Direito. Assim, pode-se perceber que o resguardo jurídico da integridade dos cidadãos, de todas as garantias fundamentais que a constituam, gera a obrigação da prestação de serviços públicos adequados, de forma universal, igualitária e suficiente.

A dignidade humana vincula a Administração Pública, que deve prestar serviços públicos condizentes com a sua proteção e realização, é o que ensina Adriana Schier.⁴² Para tanto, a atuação administrativa deve preocupar-se com a adequação dos serviços públicos de saúde e a necessidade de tutela interna.

Todavia, urge revelar que existe posicionamento divergente acerca da classificação da natureza jurídica da dignidade. Com afínco, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴³ declara que a dignidade humana pode ser compreendida, na forma disposta na Constituição de 1988, como valor, princípio ou regra. No Preâmbulo, está definida abstratamente enquanto um valor ideal a ser alcançado; no art. 1º, tem-se como princípio inerente ao Estado; e como base de diversas normas constitucionais, estas do tipo regra. Informa que a dignidade humana pode ser tida na qualidade de princípio e, igualmente, como regra, encerrando valor superlativo do Estado Democrático de Direito.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

⁴⁰ CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Novas perspectivas para o direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 30, p. 116, out/dez, 2007.

⁴¹ CRETTELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 25, n. 97, p. 7, jan./mar. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181819>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁴² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público:** garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 189-191.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, vol. 13, n. 52, p. 19-20, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

Aproxima-se, aqui, do entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para fazer uma interpretação da dignidade, enquanto fundamento do direito à saúde, como uma regra. Ora, o art. 6º prevê o direito à saúde como um direito social e, posteriormente no artigo 196, preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que carece agir mediante políticas sociais e econômicas. A regra da dignidade humana, no esteio da saúde, é a proteção.

Por isso, sob a ótica da judicialização da saúde, a dignidade humana é violada em suas duas naturezas: princípio e regra. Primeiro, a integridade dos cidadãos fragmenta-se na medida em que o acesso aos serviços e ações de saúde não é igualitário e universal. Segundo, as regras que instrumentalizam a política pública de saúde, estando nelas inclusa implicitamente a “regra dignidade”, são abandonadas.

Pelo evidenciado, a tutela administrativa sanitária pretende salvaguardar a dignidade humana em suas acepções. É verdadeira alternativa para superação de um “[...] avanço da Constituição [que] não foi suficiente para garantir a aplicação do princípio para expressiva parcela da população”⁴⁴

Ademais, a dignidade humana, como trava-mestra do Direito administrativo contemporâneo, permeado pelo fenômeno da constitucionalização, autoriza que se configure no Brasil uma administração estatal dialógica e mais próxima dos cidadãos, rompendo com a visão tradicional da Administração Pública baseada na verticalização e na legalidade estrita. Diversamente, José Sérgio da Silva Cristóvam explica que tal mudança de paradigma ocorre “não por qualquer irresponsável ou pouco ilustrada doutrina de simples abandono daquele modelo, mas por uma profunda e radical revisão da sua lógica conceitual e dos seus limites operacionais e normativos”⁴⁵.

Insta salientar, por fim, que a dignidade humana, enquanto princípio autorizador de modificações na Administração Pública para a proteção do direito à saúde, não permite comportamentos livres, numa acepção ampla do termo. Do oposto, a liberdade para inovar e tutelar o direito à saúde encontra limites na Constituição e nos princípios que regem a atividade administrativa, inseridos no art. 37.

Em outra ponta, o princípio da eficiência está ligado à noção de uma administração gerencial, voltada para o alcance dos fins constitucionais de forma maximizada. A eficiência, enquanto mandamento principiológico, ganha relevância no contexto do Estado social, entretanto, causa grandes problemáticas com relação à sua “indeterminação”, não existindo um conceito fechado sobre o que seria a eficiência na perspectiva

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, vol. 13, n. 52, p. 21, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁴⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do direito administrativo. **Revista jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, vol. 40, nº 1, p. 17, jan/jun., 2015. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/122>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

do Estado de Direito democrático social.⁴⁶ É preciso revelar, sem adentrar no mérito da possível dificuldade de determinação do seu conteúdo jurídico, que tal princípio possui um aspecto pluridimensional.

José Carlos Simões Loureiro⁴⁷ explica que, no plano da indeterminação e pluralidade, a eficiência pode ser enfrentada pelos prismas da eficácia, otimização, celeridade e economia. Emerson Gabardo⁴⁸ indica, por sua vez, que a eficiência pode ser analisada sob as dimensões da racionalidade, da produtividade, da celeridade e da economicidade. Já Alexandre Santos de Aragão, mais direto, conceitua a eficiência como “um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado”.⁴⁹

Mesmo como um princípio indeterminado, Raquel Cavalcanti Ramos Machado⁵⁰ delinea sua essência como o ato de perseguir resultados excelentes, na via administrativa, utilizando-se de potencialização temporal e qualificação das ferramentas empregues. Interessa para este estudo a noção de “qualidade dos meios empregados”. Romeu Felipe Bacellar Filho⁵¹ ensina que é necessário adequar o conteúdo dos princípios a partir de parâmetros constitucionalmente definidos. Dito isso, aplicando a técnica da adequação, associando a qualidade de meios – como integrante do dito princípio – aos artigos 6º e 196, tem-se a eficiência sanitária enquanto uma das dimensões da eficiência.

A (2) eficiência sanitária deve ser entendida, substancialmente, como faceta do princípio da eficiência que autoriza a Administração Pública, na garantia e proteção de direitos, adotar meios capazes e indispensáveis para a democratização, universalização e efetividade das ações e serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, devendo agir de maneira simplificada para, diante das demandas sociais que implicam em uma judicialização excessiva e na tutela desigual da saúde, atingir os fins constitucionalmente definidos com a melhor qualidade possível.

Uma noção, no mínimo equivocada, da supremacia do interesse público permitiu uma interpretação da eficiência que conferisse ao Estado “prerrogativas” para a persecução de seus “objetivos”, muito embora a mesma interpretação não se aplique em

⁴⁶ Para uma proposta conceitual nesse sentido, ver: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. **Cuestiones Constitucionales**: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 39, p. 131-167, jul. /dic. 2018.

⁴⁷ LOUREIRO, José Carlos Simões. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**: algumas considerações. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015.

⁴⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 27-30.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 237, p. 1, jul. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

⁵⁰ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Eficiência administrativa e dignidade do cidadão. In: MELO, Felipe Reis; MENDONÇA, Maria L. C. de Araújo; SCHNEIDER, Yuri (Coords.). **Direito e Administração Pública II**. Flóriana: CONPEDI, 2014, p. 154.

⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, 193-197.

benefício do cidadão.⁵² Todavia, Raquel Machado ensina que em resposta ao princípio da eficiência a Administração tem procurado concretizar instrumentos que viabilizem suas atividades, mas isso não gera otimização no que diz respeito aos serviços públicos prestados.⁵³ Por esse ângulo, concebe-se a eficiência sanitária como norma constitucional principlógica implícita, a ser aplicada em favor dos cidadãos usuários do sistema público de saúde, como fundamento para a tutela administrativa em matéria de saúde, a gerar impactos positivos na vida dos cidadãos brasileiros.

O (3) direito fundamental à boa administração está, historicamente, vinculado à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.⁵⁴ A Carta de Nice reconheceu, no artigo 41, o direito à boa administração, em um movimento eivado de significados e de compromissos com a proteção e segurança dos direitos e liberdades dos indivíduos. Vanice Lírio do Valle⁵⁵ explica que este fenômeno ocorreu, sobretudo, por influência da “tradição constitucional de importantes Estados-Membros no sentido da proteção a direitos fundamentais e a reverência à centralidade da pessoa, nos compromissos constitucionais de países reconstitucionalizados ao final do século XX.”

Apesar de a Carta de Nice representar, mundialmente, um marco na positivação do direito à boa administração, isso não significa que tal direito não constasse no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que implicitamente. A Constituição de 88, caracteristicamente democrática e social, já surge ladeada pela noção do direito à boa administração. Em vários pontos revela, sem confusões, que a preocupação constituinte se dirigiu a preservação do bom funcionamento do Estado e de seu aparato administrativo. Os fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º), os direitos e garantias individuais e sociais (arts. 5º e 6º), a previsão de controles interno e externo (art. 70), bem

⁵² Sobre o referido princípio, ver: GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁵³ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Eficiência administrativa e dignidade do cidadão. In: MELO, Felipe Reis; MENDONÇA, Maria L. C. de Araújo; SCHNEIDER, Yuri (Coords.). *Direito e Administração Pública II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 146.

⁵⁴ HACHEM, Daniel; VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileño. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, 2019, p. 50. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5700>>. Acesso em: 10 dez. 2018; VALENCIA-TELLO, Diana Carolina; HACHEM, Daniel. La buena administración pública en el siglo XXI: análisis del caso colombiano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.15, n.33, p.101-130, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1326>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁵⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. 2010. 254 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-doutorado em Administração, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, p. 109. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE%20VALLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

como a expressa cláusula de adequação dos serviços públicos (art. 175, IV) constituem verdadeiros corolários do direito fundamental então discutido.

Juarez Freitas,⁵⁶ em sua obra, explicita que a obrigação irrecusável de uma boa administração constitui direito fundamental, que vincula a atuação do administrador à totalidade de princípios dispostos na Constituição de 1988. Nota-se, pois, que o direito à boa administração alberga uma variedade de outros direitos, explícitos e implícitos na Constituição e na legislação infraconstitucional. Se, por um lado, parece espinhoso a delimitação medular de tal direito, de outro, é factível perceber sua pluridimensionalidade.

Por outra ocasião, Juarez Freitas⁵⁷ prenuncia que no conceito desenhado encontram-se os direitos “[...] à administração pública sustentável [...], dialógica [...], preventiva, precavida e eficaz [...]”. Assim sendo, o direito à boa administração é base notável da tutela administrativa sanitária, vez que esta busca criar, na seara do SUS e da concreção do direito à saúde, o acesso universal, igualitário e integral, nos termos da Lei nº 8.080 de 1990 e da própria Constituição.

A boa administração é, no âmbito do Sistema Único de Saúde, alicerce para a construção de práticas cooperativas e abertas, devendo o Estado sanitário, pela polissemia do direito à saúde, estar aberto para ouvir as demandas dos cidadãos e, posteriormente, contemplar “[...] a necessidade de concretização de um direito fundamental social, baseado no princípio da fraternidade, que implica na necessidade de ir além, muitas vezes, do direito individual para garantir o direito de todos”⁵⁸

O direito à boa administração espelha, ainda, no contexto do sistema público de saúde, instrumento de (i) equilíbrio entre os mandamentos constitucionais de igualdade e liberdade; (ii) de reconhecimento de pretensões dentro das possibilidades estatais; (iii) de desconstrução de paradoxos, firmando uma gestão de saúde com caráter protetivo; e, por último, (iv) de proteção da cidadania.

Acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Antonio Caçando Trindade⁵⁹ clarifica que sua fonte material repousa sobre a ideia universal da proteção jurídica dos seres humanos. Explica, igualmente, que num plano de organização, os (4) tratados podem ser enquadrados dentro dos sistemas global e regional de proteção, contando

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração pública. **NOMOS, Revista do Programa de Pós-graduação da UFC**, vol. 35, n. 01, jan/jul., 2015, p. 198-199. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁵⁸ MARTINI, Sandra Regina; MACHADO, Clara. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 04, n. 2, p. 779, 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁵⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 37.

com uma estruturação bem delineada, havendo, do mesmo modo, instrumentos de garantia de tais documentos.

A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos causa controvérsia no Direito pátrio. O Supremo Tribunal Federal – STF, até 2008, sustentou a tese da *legalidade* dos tratados. Tal entendimento foi superado, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466-343/SP, firmando-se a tese de que os tratados de direitos humanos ostentam feição de *suprallegalidade*, mas sem embargos, o tratado submetido ao procedimento do art. 5º, § 3º, inserido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004, receberá índole *constitucional*.⁶⁰

Felipe Klein Gussoli, noutro entender, defende o caráter *supraconstitucional* dos tratados humanísticos,⁶¹ ou seja, para o autor as disposições internacionais merecem local de superioridade com relação à Constituição. No mesmo sentido é a percepção de Celso Duvivier de Albuquerque Mello,⁶² para quem a norma internacional sempre prevalece sobre a constitucional, não podendo ser sequer ser revogada.

Ainda há um outro posicionamento, com maior aceitação na doutrina brasileira, que pugna pela *constitucionalidade* dos tratados, tendo em vista o § 2º, do art. 5º, da Constituição. Valério Mazzuoli⁶³ pontua que “[...] segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais.”

Em que pese os diversos posicionamentos e o conflito entre a doutrina e a jurisprudência brasileiras, aproxima-se nesta pesquisa da tese de *supraconstitucionalidade* dos tratados internacionais de direitos humanos, pois há, sem questionamentos, maior proteção a direitos e garantias individuais e sociais, protegendo-os inclusive contra potencial retrocesso do Direito interno. Felipe Gussoli, de modo adequado, informa que o Direito interno e o Direito internacional dos direitos humanos estão alinhados por conta das normas desenhadas na Constituição brasileira,⁶⁴ da cláusula de abertura material.

Urge destacar que alguns tratados de direitos humanos que o Brasil ratifica fazem previsão expressa do direito à saúde e sua proteção, são eles: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969) e o Protocolo Adicional à Convenção

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁶¹ GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

⁶² MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2-29.

⁶³ MAZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

⁶⁴ GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no direito administrativo brasileiro**. 2018. 329 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018, p. 41.

Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), no artigo 12, declara: "os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental"⁶⁵ o item 2, do refiro artigo, complementa afirmando que os Estados-partes deverão adotar as medidas necessárias para assegurar tal direito.

A Convenção Americana de Direito Humanos (1969), no artigo 26, estipula que os Estados-parte são obrigados a comprometerem-se e adotarem normas que busquem, na medida do possível, a implementação de direitos que decorrem de normas sociais.⁶⁶

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), no artigo 10, assinala: "toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social"⁶⁷ devendo ainda os Estados a reconhecerem como bem público.

Considerando a configuração *supraconstitucional* dos Tratados citados, de modo particular no que se refere à saúde, é coerente a percepção de que, além de imporem à Administração Pública brasileira o dever de efetivação de tal direito, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estimulam e legitimam a atuação administrativa criativa, cooperativa e dialógica, no sentido de contemplar novas formas de resolução de conflitos sanitários e proteção da saúde, para assim diminuir a judicialização e seus impactos.

5. CONCLUSÃO

A conformação do direito à saúde constitui solo copioso para o surgimento de conflitos. Sem dúvidas, nos últimos anos, o Sistema Único de Saúde – SUS, enquanto política pública, tem sido afetado pela judicialização excessiva, que altera, reconfigura e redireciona os rumos do sistema desenhados pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 8.080/1990.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.** 1966, p. 01. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/?post_type=post&s=PACTO+INTERNACIONAL+DIREITOS+ECONOMICOS+SOCIAIS+E+CULTURAIS>. Acesso em: 11 dez. 2018.

⁶⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

⁶⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador".** 1988, p. 01. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso: 11 dez. 2018.

Dessa forma, o Poder Judiciário passa a atuar como uma outra via de acesso ao direito à saúde e, por decorrência de limitações da capacidade institucional e pelo policentrismo dos problemas inerentes à política pública de saúde, há de se reconhecer a existência de um espaço aberto para decisões controversas, violadoras da universalidade e da igualdade no SUS.

Assim, é importante reconhecer que a Administração Pública, numa perspectiva juridizante, deve atuar de modo criativo a garantir o direito à saúde, sobretudo o fornecimento de medicamentos, para os cidadãos brasileiros. Nesse cenário, falar em criatividade significa instituir procedimentos administrativos que permitam a avaliação e resolução de problemas resultantes da implementação da política pública ora discutida, desaguando em atos necessários para a proteção da saúde, equalizadores das dimensões objetivas e subjetivas.

Por essa conjectura, elabora-se uma ideia de tutela administrativa que não corresponde à possibilidade de fiscalização da Administração Indireta pela Direta, mas que se refere a uma noção de proteção administrativa proceduralizada dentro do SUS. A tutela administrativa sanitária é concebida como o poder-dever administrativo que conduz à proteção da saúde, por intermédio da análise e avaliação de questões problemáticas envolvendo tal direito, numa lógica interna ao SUS.

A tutela sanitária sustenta-se na Constituição de 1988 e em suas disposições, especificamente na dignidade humana, na eficiência sanitária, no direito à boa administração, bem como encontra guarida nos Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A prática da tutela, nos termos elaborado neste trabalho, poderá contribuir para (i) o aumento do protagonismo da Administração Pública no âmbito do direito à saúde e do SUS, sobretudo na questão do fornecimento de medicamentos, que possui um fluxo de mudanças dinâmico; (ii) legitimar as decisões administrativas pelo fornecimento ou não de determinado tratamento, vez que haverá verificação dos limites clínicos, jurídicos, orçamentários e sociais do pleito formulado pelo cidadão; (iii) o equilíbrio das dimensões objetiva e subjetivas do direito à saúde; (iv) reforçar a estrutura e a autonomia do Sistema Único de Saúde – SUS, elidindo decisões contrárias às diretrizes de universalidade e igualdade; (v) criação de uma cultura do diálogo e do exercício da cidadania; e, por último, (vi) contribuir para o processo de desjudicialização do SUS.

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 237, p. 1-6, jul. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 5, n. 1, p.83-108, 1 jan. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934/35005>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, p.107-126, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BERTOTTI, Bárbara Mendonça; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A integração da iniciativa privada ao sistema público de saúde brasileiro: limites e possibilidades. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 239-265, jul./dic. 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. A Administração Pública concertada. In: **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords). Lisboa: Centro de Investigação de Direito Público, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2018. Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 de set. de 2017. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017_comp.html>. Acesso em: 16 out. 2018

BRASIL. Siga Brasil. Senado Federal. **Siga Brasil painéis: Orçamento Federal**. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução

extrajudicial de conflitos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/59730/40602>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. A participação social no planejamento das políticas públicas urbanas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 4, n. 1, p. 7-21,ene./jun. 2017.

CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Novas perspectivas para o direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 30, p. 109-130, out/dez, 2007.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo; MORAES, Filomeno. Planejamento social na Administração Pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017.

CASSESE, Sabino. Le trasnformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 1, p. 27-40, 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm> Acesso: 11 dez. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da tutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 96, p. 28-40, ago. 1969. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32209>>. Acesso em: 05 set. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181819>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do direito administrativo. **Revista jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, vol. 40, nº 1, p. 13-34, jan/jun., 2015. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/122>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do

Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019.

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, vol. 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/49>>. Acesso em: 10 out. 2018.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração pública. **NOMOS, Revista do Programa de Pós-graduação da UFC**, vol. 35, n. 01, jan/jul., 2015, p. 195-217. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no direito administrativo brasileiro**. 2018. 329 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. **Cuestiones Constitucionales**: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 39, p. 131-167, jul. /dic. 2018.

HACHEM, Daniel; VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileño, **Revista digital de Derecho Administrativo**, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 47-75. Disponível em: <<https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5700>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want*: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa: RIL**, vol. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105>. Acesso em: 02 nov. 2018.

LOUREIRO, José Carlos Simões. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**: algumas considerações. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Eficiência administrativa e dignidade do cidadão. In: MELO, Felipe Reis; MENDONÇA, Maria L. C. de Araújo; SCHNEIDER, Yuri (Coords.). **Direito e Administração Pública II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56027/35009>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

MARTINI, Sandra Regina; MACHADO, Clara. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 04, n. 2, p. 774-796, 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MARTINS, Mary Anne Fontenele; GALATO, Dayani. Irregularidades dos medicamentos comercializados no Brasil: uma análise das notificações e das medidas sanitárias de 2012 a 2017. **Vigilância Sanitária em Debate**: sociedade, ciência e tecnologia, Rio de Janeiro, [s.l.], vol. 6, n. 4, p.23-33, 2018. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1165>>. Acesso em: 02 set. 2018.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEZZAROBA, Orides; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: A reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54099/35013>>. Acesso em: 05 set. 2018.

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE (BAHIA). Instituto de Saúde Coletiva da UFBA. **Judicialização na saúde: panorama aponta aumento de 727% nos gastos da União**. 2017. Disponível em: <<https://analisepoliticaemsauda.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb-6626c67f/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 1966. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/?post_type=post&s=PACTO+INTERNACIONAL+DIREITOS+ECONOMICOS+SOCIAIS+E+CULTURAIS>. Acesso em: 11 dez. 2018.

PAMELA TENREYRO, María. **Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado**: mas allá del mito del repliegue. Trad. Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VALENCIA-TELLO, Diana Carolina; HACHEM, Daniel. La buena administración pública en el siglo XXI: análisis del caso colombiano. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.15, n.33, p.101-130, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1326>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 2010. 254 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-doutorado em Administração, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE%20VALLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa tratada pelo planejamento público. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul/set, 2011. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/212>>. Acesso em: 02 set. 2018.



Quando o estado de coisas é constitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário

When the state of affairs is unconstitutional: about the judiciary position in the incarceration problem

MAIRA ROCHA MACHADO ^{1,*}

¹ Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP (São Paulo, São Paulo, Brasil)

maira.machado@fgv.br

<https://orcid.org/0000-0003-1303-5790>

Recebido/Received: 25.07.2018 / July 25th, 2018

Aprovado/Approved: 26.10.2020 / October 26th, 2020

Resumo

O objetivo do presente texto é realizar uma análise documental de relatórios, decisões judiciais e pesquisas que contribuam a refletir sobre o papel desempenhado pelo poder judiciário no enfrentamento do problema carcerário. Para tanto, o texto parte do contexto latino-americano, revelando as semelhanças da situação das prisões brasileiras com inúmeras outras do continente, o que nos convida a refletir sobre as possibilidades de intercâmbio e aprendizado com as experiências de outros países. Diante disso, o artigo sistematiza e compara as decisões das cortes constitucionais colombiana e brasileira que declararam o estado de coisas constitucional dos sistemas prisionais desses países. E, em seguida, discute os limites da decisão colombiana e o que podemos aprender

Abstract

This paper presents the results of a documental analysis in reports, judicial decisions and academic research concerning the role of the judiciary power in the incarceration problem. It departs from the Latin American context to reveal the similarities between Brazilian prison conditions and many others in the continent. This scenario invites us to focus on the possibilities of mutual learning among our countries. In view of that, the paper systematizes and compares Supreme Court decisions from Colombia and Brazil that declares the “unconstitutional state of affairs” of their prison systems. And then discusses the limits of the Colombian decision and what we can learn from this experience to rethink about ways to deal with the prison problem in Brazil. To expand this analysis to the lower courts, the last part of

Como citar esse artigo/How to cite this article: MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é constitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.60692.

* Professora da Graduação e do Mestrado Acadêmico da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP (São Paulo-SP, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. E-mail: maira.machado@fgv.br.

com ela para refletir sobre o problema carcerário no Brasil. Debruça-se também sobre o potencial dos pedidos formulados pelos autores da ADPF 347 para promover o desencarceramento e enfrentar, no longo prazo, o problema carcerário. Para não restringir essa análise dos tribunais superiores, a parte final do artigo focaliza as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo em ações civis públicas sobre o problema carcerário. E, por fim, aponta questões em aberto para novas pesquisas.

Palavras-chave: encarceramento; separação de poderes; estado de coisas constitucional; ações civis públicas; América Latina.

the article exams São Paulo Appeal Court (TJSP) decisions in public civil actions concerning the incarceration problem.

Keywords: *incarceration; separation of powers; unconstitutional state of affairs; public civil action; Latin America.*

*“O problema carcerário é puramente de investimento do estado. Deveria o Judiciário simplesmente libertar os presos que representam risco à população para solucionar um problema do Executivo?”***

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** O problema carcerário no contexto latino-americano; **3.** As decisões na Colômbia e no Brasil; **4.** As fissuras no modelo cristalizado de separação de poderes; **5.** A repercussão no TJSP; **6.** Considerações finais; **7.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trecho em epígrafe, entre vários outros da mesma entrevista, coloca diretamente em questão o papel do poder judiciário diante do assim chamado “problema carcerário”.¹ Vocaliza um modo ainda bastante difundido de observar as pessoas privadas de liberdade, ao distinguir “os presos que representam risco” do conjunto da “população”, e o modo como dividimos as tarefas em matéria de penas. Este texto se debruça sobre esse segundo ponto, ainda que, como se verá, esteja de várias formas relacionado a essa clivagem histórica entre um “nós” e um “eles”.

** Trechos de entrevista de Patrícia Álvares Cruz, Juíza de Direito, Corregedora do Departamento de Inquéritos Policiais, ao jornal Folha de São Paulo em 12.03.2018.

¹ Praticamente todo o conteúdo da entrevista em epígrafe convida à reflexão sobre as percepções de magistradas e magistrados sobre as condutas criminalizáveis e sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal. O presente texto se limita apenas a um deles. Mas diversos outros pontos podem e devem ser escrutinados e confrontados com o estoque de conhecimento disponível no campo do direito e das ciências sociais.

Aqui, esse modo difundido de observar a divisão de tarefas em matéria de penas será denominado “modelo cristalizado de separação de poderes”. De acordo com essa formulação, que tem sido útil para refletir sobre uma série de questões no campo criminal, o que ocorre nas prisões é problema do executivo, a qualidade e a quantidade da pena imposta são problema do legislativo, e ao judiciário cabe ater-se à aplicação da lei para não decidir em função das opiniões pessoais das magistradas e magistrados.

Como se vê na entrevista em epígrafe, mas também em discursos públicos e decisões judiciais sobre diferentes temas, esse modelo cristalizado ainda corresponde ao modo como diversas pessoas que atuam no sistema de justiça criminal compreendem suas atividades profissionais. Nesse modelo cristalizado, muitos atores intervêm mas nenhum deles se percebe como responsável pelos resultados produzidos coletivamente. A ideia de “separação de poderes” associa-se então a uma enorme engrenagem em que “cada um faz o seu” e se observa como indiferente em relação ao conjunto da obra.

Mas é possível observar também, sobretudo nos últimos anos, o surgimento de fissuras nesse modelo, isto é, o surgimento de outras formas de observar o problema carcerário e o modo como os três poderes, individual e conjuntamente, podem contribuir tanto para agravá-lo quanto para solucioná-lo (ou minimizá-lo).

A ADPF 347 sobre o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro constitui um exemplo eloquente dessa fissura.² Não pelo resultado tímido do julgamento da medida cautelar, mas sim por três ordens de fatores, que serão discutidas aqui: pela força comunicativa da declaração do estado de coisas inconstitucional de nosso sistema prisional, pelo modo como essa afirmação está reverberando em outros tribunais e, sobretudo, pelo teor dos pedidos formulados pelo autor da ação, o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, que direcionam nossa atenção aos mecanismos jurídicos que estão a nossa disposição para enfrentar o problema carcerário.

Também em 2015, poucas semanas antes do julgamento da ADPF 347, o STF deu provimento ao RE 592.581/RS, por unanimidade, com repercussão geral, estabelecendo que o judiciário pode impor obrigações ao executivo, promovendo medidas e executando obras em estabelecimentos prisionais, com vistas a dar efetividade ao princípio da dignidade humana e assegurar às pessoas em privação de liberdade o respeito à sua dignidade física e moral.³ Essa decisão afasta explicitamente a utilização

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 mar. 2018. Em diante, ADPF 347.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS**. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em 28 de março de 2018. Em diante, RE 592.581.

do argumento da “separação de poderes” que vinha sendo sistematicamente mobilizado pelos tribunais para atribuir a responsabilidade pelo problema carcerário ao poder executivo.

Diante desse quadro, o objetivo do presente texto é realizar uma análise documental de relatórios, decisões judiciais e pesquisas que nos ajude a observar o alcance e as implicações do modelo cristalizado de separação de poderes e das fissuras que estão surgindo. Buscar-se-á explorar um modo de abordar o problema carcerário que focaliza *as interações* entre legislativo, judiciário e executivo em matéria de gestão da pena. Atenta-se aqui aos três poderes, ciente que outras instâncias – a mídia, a própria dogmática, os movimentos sociais – também poderiam beneficiar e ser beneficiados por este tipo de abordagem. Como em qualquer outra estratégia de pesquisa, não conseguimos observar tudo ao mesmo tempo e, por isso, esse texto elege o judiciário, em suas interações sobretudo com o executivo, como porta de entrada. Esse mesmo tipo de abordagem contaria outras histórias a partir do legislativo ou do executivo.

Na formulação proposta aqui, pensar nessas interações é pensar nas concepções que cada um tem do outro, concepções que pautam, e muitas vezes condicionam, a forma como cada um de nós atua. Ao focalizar as interações e as percepções mútuas, busca-se favorecer uma forma de construção coletiva em que todo mundo perde quando esvazia ou retrai seu campo de atuação, atribuindo aos demais a responsabilidade pelos efeitos que, juntos, causamos. Em outras palavras, ao atribuirmos a responsabilidade aos demais poderes lavamos nossas mãos, tornando-nos indiferentes ao resultado global, aos efeitos que são produzidos com a nossa participação (ainda que indiferente). Esse tipo de abordagem nos convida a observar justamente os mecanismos de atribuição de responsabilidade externa e também de isenção de responsabilidade interna diante do problema carcerário.

Para avançar sobre essas questões, esse artigo está dividido em seis partes. Apesar da introdução, a seção 2 dedica-se a apresentar o problema carcerário no contexto latino-americano. Como se verá, a situação das prisões brasileiras guarda uma série de semelhanças com inúmeras outras do continente, o que nos convida a levar a sério as possibilidades de intercâmbio e aprendizado com as experiências de outros países. Justamente em virtude disso, a seção 3 sistematiza e compara as decisões das cortes constitucionais colombiana e brasileira que declararam o estado de coisas inconstitucional dos sistemas prisionais desses países. Em seguida, a seção 4 discute os limites da decisão colombiana e o que podemos aprender com ela para refletir sobre o problema carcerário no Brasil. Essa seção debruça-se também sobre o potencial dos pedidos formulados pelos autores da ADPF 347 para promover o desencarceramento e enfrentar, no longo prazo, o problema carcerário. Para não restringir essa análise aos tribunais superiores, a seção 5 busca avançar a reflexão sobre o lugar do poder judiciário em face do problema carcerário focalizando as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo em

ações civis públicas. A seção final sintetiza o percurso do texto e aponta questões em aberto para novas pesquisas.

2. O PROBLEMA CARCERÁRIO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Na Colômbia e no Brasil, como em diversos outros países latino-americanos, a gravidade da situação penitenciária vem sendo sistematicamente denunciada⁴. “*Bombas de tempo que podem explodir a qualquer momento*” - assim Sergio García Ramírez, jurista mexicano e juiz da IACRH, descreve a situação das prisões do continente diante do “maltrato absoluto dos reclusos, da irracionalidade dos castigos que se infligem murros adentro, do despreparo e sevícia dos funcionários (...).”⁵

E não é de hoje. O historiador peruano Carlos Aguirre, em seu estudo sobre as prisões na América Latina, analisa a recepção do penitenciarismo na primeira metade do século XIX como um “novo padrão de encarceramento” que combinava um desenho arquitetônico com uma “rotina altamente regimentada de trabalho e instrução, um sistema de vigilância permanente sobre os detidos, um tratamento supostamente humanitário e o ensino da religião aos presos”⁶. No decorrer desse período, foram construídas penitenciárias no Rio de Janeiro, Santiago do Chile, Lima, Quito e Buenos Aires, fortemente inspiradas em modelos provenientes dos Estados Unidos da América. Isoladas nas grandes capitais do continente, a construção de penitenciárias “não foi seguida pela implementação de mudanças similares no resto do sistema carcerário de cada país”⁷. A pesquisa de Aguirre revela que a reforma penitenciarista fracassou no continente latino-americano tanto por “impedimentos administrativos e gerenciais” quanto pela própria “estrutura sócio-política destas nações”: “[a]s sociedades latino-americanas pós-independência foram, em graus diversos, configuradas por estruturas

⁴ Sobre a gravidade da situação penitenciária na América Latina, ver CARRANZA, Eliás. Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito. In CARRANZA, Eliás (coord.). **Criminalidad, cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe**. México Siglo XXI Editores, 2009, p. 53-126. César Leal refere-se a um “quadro tenebroso” que se encontra “[v]isível em quase toda América Latina e no Caribe” e “tem sido objeto de denúncias feitas por organismos internacionais de defesa dos direitos humanos e por notáveis penitenciaristas”. Cf. LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos**: viagem pelos caminhos da dor. 1 ed. 2^a reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 100.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Equador**. Sentença de 7 de setembro de 2004, voto de Sergio García Ramírez, p. 17. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf> Acesso em 27 de março de 2018.

⁶ AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (orgs.). **História das prisões no Brasil**. v. 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 40.

⁷ AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (orgs.). **História das prisões no Brasil**. V. 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 42.

hierárquicas excluientes, racistas e autoritárias que, por trás da fachada de liberalismo e democracia formal, mantiveram formas opressivas de dominação social e controle laboral que incluíam a escravidão, a peonagem e a servidão. Direitos fundamentais de cidadania foram negados a amplos setores da população⁸. E, nesse contexto, “o castigo era visto, geralmente, como um privilégio e um dever em mãos dos grupos dominantes dentro de seus esforços por controlar os grupos turbulentos, degenerados, racialmente inferiores, incapazes de civilizar-se e que, portanto, não mereciam a proteção de seus direitos civis e legais.”⁹

Não há razões para acreditar que esse quadro se alterou desde então. Nas últimas décadas foi, ademais, fortemente agravado pelo crescimento vertiginoso da população prisional em todo continente. Entre 2000 e 2015, registra-se um crescimento de 80% na população prisional da América Central e de 145% nos países da América do Sul.¹⁰ Os dados referentes à densidade penitenciária – relação entre o número de vagas e de pessoas presas – são igualmente alarmantes para toda a região, com a maioria dos países apresentando “superpopulação crítica”, isto é, com densidades iguais ou superiores a 120%¹¹. Em relatório publicado em 2011 sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, considerando o respeito pelos direitos dos presos um dos maiores desafios para os Estados membros da OEA, documenta no relatório *“the existence of serious structural shortcomings that gravely affect non-derogable human rights, such as the right to life and to humane treatment (...).”*¹²

Para vários autores, o sistema prisional que construímos ao longo dos últimos dois séculos ilustra exemplarmente o abismo entre, de um lado, as práticas políticas e institucionais e, de outro, a profusão de normas internacionais, constitucionais, leis, “regras mínimas”, “princípios básicos”, decretos e regulamentos. Explorando este abismo entre o conjunto normativo e o cotidiano das cárceres na América Latina, Uprimny e Guzmán referem-se à existência de uma *“tensión o paradoja: si bien hemos avanzado considerablemente al lograr un marco jurídico que ofrece garantías constitucionales a las*

⁸ AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (orgs.). **História das prisões no Brasil**. V. 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 71.

⁹ No mesmo período, os países europeus viveram um decréscimo de 21%. Vide WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List**. 11th edition. Institute for Criminal Policy Research, 2015. Disponível em <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf> Acesso em 27 de março de 2018.

¹⁰ Os dados de densidade penitenciária copilados por Carranza referem-se ao ano de 2007. Carranza, Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito, p. 63.

¹¹ INTER-AMERICAN COMISSION OF HUMAN RIGHTS. **Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas**. 2011, p. 2. Disponível em <<http://www.oas.org/en/iachr/pdl/docs/pdf/ppl2011eng.pdf>> Acesso em 27 de março de 2018.

*personas privadas de la libertad, persiste una precariedad gravísima en el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población reclusa del país*¹².

A questão que surge então é: no contexto prisional latino-americano, como dar concretude a essas garantias fundamentais? Qual o grau de barbárie exigido para incidir a proibição de uma pena cruel? Quais precisam ser as condições de vida em prisão para se reconhecer a agressão à integridade física e moral das pessoas em privação de liberdade?

Refletindo sobre o “conjunto de dispositivos constitucionais [que] procura amenizar o impacto da prisão nos direitos fundamentais do acusado”, Dimoulis indica que essas normas desenvolvem efeitos em três direções: “impõem ao legislador a criação de normas concretizadoras”, “endereçam mandamentos diretos aos órgãos estatais que atuam nos casos de prisão” e permitem a verificação da “constitucionalidade de normas legais sobre o tratamento dos presos”. De acordo com Dimoulis, o conjunto de normas estabelecendo proibições – de penas cruéis, de agressões à integridade física, maus-tratos, etc. – gera ao menos três tipos de efeitos: impõem ao legislador a criação de normas concretizadoras, permitem o controle de constitucionalidade da produção legislativa e, dirigidas diretamente aos órgãos estatais que atuam no campo prisional, podem gerar múltiplas formas de responsabilização dos agentes implicados¹³. Nos dois últimos casos, a concretização das normas depende diretamente da atuação dos órgãos jurisdicionais.

O “estado de coisas inconstitucional” vem acrescentar a esse rol uma quarta possibilidade de impulsionar a concretização das normas que garantem os direitos fundamentais dos acusados e das pessoas em privação de liberdade. Não se trata aqui de questionar a constitucionalidade de leis ou de responsabilizar agentes públicos pelo descumprimento sistemático de um conjunto de normas, mas sim reconhecer a gravidade e a amplitude das violações de direitos, a responsabilidade partilhada por vários entes estatais e a necessidade de implementação de estratégias complexas, de curto, médio e longo prazo, para cessar essas violações. Às experiências colombiana e brasileira que buscam dar concretude a esse instituto dedica-se a próxima seção.

¹² YEPES, Rodrigo Uprimny. GUZMÁN, Diana Esther. Las Cárcel en Colombia: entre una Jurisprudencia Avanzada y un Estado de Cosas Inconstitucionales. In: SEGURA, Juan David Posada (coord.). **III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos**. Medellín: Universidad de San Bueno Ventura, 2010, p. 145-164. No mesmo sentido, (...) sabemos que no todo el derecho coincide con la realidad, y la realidad penitenciaria suele ser el ejemplo más grave de esa discrepancia Carranza, CARRANZA, Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito. In CARRANZA, Elías (coord.). **Criminalidad, cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe**. México: Siglo XXI Editores, 2009, p. 61. Ver, ainda, Leal ao discorrer sobre o “divórcio entre as normas e a realidade” no campo prisional: LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos**: viagem pelos caminhos da dor. 1 ed. 2^a reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 117.

¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 52-54.

3. AS DECISÕES NA COLÔMBIA E NO BRASIL

O “estado de coisas inconstitucional” constitui uma figura desenvolvida pela Suprema Corte Colombiana em 1997 (SU-559)¹⁴ que vem sendo utilizada nos casos de violações de direitos fundamentais que compartilham três características: (i) são “o resultado de uma causa estrutural ou histórica” que (ii) “não pode ser atribuída a um único ente mas ao Estado em seu conjunto” e que (iii) “exige a adoção de medidas de longo prazo”¹⁵. Desde então, diversas violações sistemáticas de direitos fundamentais foram analisadas pela Corte Colombiana à luz do “estado de coisas inconstitucional”, permitindo que a Corte ampliasse e sofisticasse seu âmbito de atuação nesses casos.¹⁶ Percebida como “um dos aportes fundamentais do constitucionalismo colombiano à jurisprudência e à discussão internacional sobre a proteção dos direitos humanos”¹⁷, a figura do “estado de coisas inconstitucional” vem sendo intensamente debatida no Brasil.¹⁸

¹⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia 559/97**. Bogotá, 6.11.1997. Disponível em <<http://www.constitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>> Acesso em 27 de março de 2018.

¹⁵ ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (eds.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005, p. 283-328.. A caracterização dessa figura aparece em termos um pouco distintos em Garavito: “afetam um número amplo de pessoas”, “envolvem várias entidades estatais consideradas responsáveis por falhas sistemáticas de políticas públicas” e “implicam ordens de execução complexas, mediante as quais o juiz instrui várias entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger toda a população afetada”. GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493.

¹⁶ Páez sustenta que a ideia do ECI é mais um produto do neoconstitucionalismo. Ademais, ele sugere uma definição funcional do ECI no contexto judicial colombiano: “La doctrina del ECI se instituyó como una solución que adopta el juez constitucional ante la constatación de que las causas de una desprotección generalizada de derechos fundamentales obedece a causas estructurales del Estado, frente a lo cual dicta órdenes a las autoridades administrativas tendientes a dar remedio a la situación inconstitucional y que obedecerán al entendimiento que el tribunal tenga sobre las fallidas o inexistentes políticas públicas que debería aplicarse para garantizar los derechos fundamentales violados.”. Cf. PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 1, p. 243-264, out. 2012, p. 243-244.

¹⁷ GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 435.

¹⁸ Para José Rodrigo Rodriguez, o “estado de coisas surreal de nossas prisões, aliás, é típico das sociedades latino-americanas, em especial da brasileira”, sendo que a decisão cautelar do STF foi uma “benvinda inovação na maneira pela qual os poderes do Estado se relacionam entre si”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de Coisas Surreal. **JOTA**. 25 de setembro de 2015. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>> Acesso em 27 de março de 2018. Trata-se de uma resposta contundente ao artigo de Raffaele De Giorgio, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, que discorre sobre os riscos da ideia de “estado de coisas inconstitucional” DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. O Estado de São Paulo. 19 de setembro de 2015. Disponível em <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral/estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>> Acesso em 27 de março de 2018. Ver, ainda, LAGE, Daniel; BRUGGER, Andrey. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 2, p. 193-240, 2017.

Diante dos objetivos desse texto, essa seção buscará apresentar e comparar alguns aspectos das decisões proferidas pela Suprema Corte Colombiana e pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro¹⁹. Em que pesem as notáveis diferenças entre as duas decisões, ambas coincidem em declarar o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional e a dirigir as intervenções para alteração deste quadro tão somente para o sistema político, em particular, para o poder executivo. Especialmente no caso brasileiro, os pedidos dos subscritores da ação que buscavam enfrentar a cultura do encarceramento no interior do sistema de direito criminal, foram negados. O mesmo ocorreu em nova decisão da Suprema Corte Colombiana em que a ação buscava também medidas de desencarceramento.

As diferenças entre as decisões dos dois países são de várias ordens.²⁰ Em primeiro lugar, a decisão colombiana (T-153/1998)²¹ já pode ser observada a partir do que pode alcançar: há documentos governamentais relatando as “ações de cumprimento da sentença”, bem como debates e estudos acadêmicos sobre seu significado, seu aporte e seus limites. No Brasil, diferentemente, apenas a medida cautelar da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347/2015)²² foi julgada e, até a conclusão desse texto, o mérito da ação ainda não havia sido submetido a julgamento. Em virtude disso, esse texto atém-se a observar o modo como as Cortes Constitucionais recepcionaram a questão da violação sistemática dos direitos dos presos e sobre o que decidiram intervir (ainda que cautelarmente, no caso brasileiro). No caso colombiano, a permanência do “estado de coisas inconstitucional”, apesar do cumprimento de grande parte das ordens impostas pela sentença, ensejou novas ações, julgadas pela Suprema

¹⁹ A comparação entre as duas experiências é abordada em detalhe, porém com outro enfoque, em SANTOS, Helena; Vieira, José; DAMASCENO, Luana; CHAGAS, Tainá. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. Quaestio Iuris.* Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, p. 2595-2612, 2015.

²⁰ Sobre o contexto colombiano, conferir: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social:* como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

²¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela n. 153/98.* Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. Disponível em <<https://app.vlex.com/#vid/43561621>> acesso em 27 de março de 2018. Esta decisão será indicada, em diante, como T-153.

²² De acordo com Soares, esta ADPF teve como embrião científico a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e, em especial, a tese de doutorado de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, sob orientação de Daniel Sarmento, “Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional”. Assim, sedimentada a mencionada tese, a citada Clínica sustentou a existência de violações sistemáticas dos direitos humanos da população carcerária brasileira, vez que visualizou, diante da jurisprudência colombiana, a possível aplicabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no ordenamento jurídico nacional [...] a atuação do PSOL na propositura da ADPF 347 se deu em decorrência da falta de legitimidade jurídica da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) para ajuizá-la”. SOARES, Renata Araújo. **O Estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário:** diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública. 152 pp. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2018. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26696/1/Estadocoisasinconstitucional_Soares_2018.pdf Acesso em: 07 jul. 2020.

Corte em 2013 e 2015, em relação as quais conta-se ainda com escasso material de análise²³.

As decisões das Supremas Cortes Colombiana e Brasileira, em 1998 e em 2015, reconhecem o “estado de coisas inconstitucional” dos respectivos sistemas penitenciários. Apoiam-se em relatórios, documentos, dados sobre a relação entre número de presos e vagas, bem como em inspeções realizadas por autoridades públicas. As decisões ilustram o que adjetivam como “absolutamente subumanas”, “uma vergonha para o Estado”, “situações infernais de superlotação”²⁴ e, ainda, “situação vexaminosa” e “assustadora”²⁵ com descrições sobre as formas de violação dos direitos dos presos. A decisão colombiana menciona prisões em que as pessoas dormem no chão, inclusive nos banheiros; celas construídas para abrigar uma pessoa e que contavam com 3 a 6 pessoas, a depender do pavilhão; celas de madeira e papelão, construídas pelas próprias pessoas em privação de liberdade, em que mal se pode respirar diante do sufocante calor. A decisão brasileira agrega a esta narrativa a ausência de “condições adequadas para a existência humana”: celas imundas, sem iluminação e ventilação, áreas de banho e sol com esgotos abertos, ausência de acesso a água, lugares em que a comida é servida em sacos plásticos, além da ausência de fornecimento de material de higiene básica. Sem acesso à educação, trabalho ou qualquer forma de ocupação, “convivem com as barbáries promovidas contra si”: “massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento”, e “tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha”. Descreve também as violações específicas aos direitos das pessoas trans, a ausência de separação das pessoas por idade, tipo de delito e natureza da prisão (cautelar ou definitiva), bem como o número insuficiente e o despreparo dos agentes penitenciários.²⁶ Como a Corte Colombiana, conclui que o “quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio”, mostrando-se similar em diferentes regiões do país.

As decisões elencam também as normas constitucionais, bem como as internacionais, penais, processuais e penitenciárias que são sistematicamente transgredidas por esse estado de coisas. A Corte Colombiana descreve esse quadro normativo, bem

²³ Agradeço ao Professor Libardo José Ariza por chamar minha atenção para estas ações, facilitar acesso aos materiais disponíveis e fornecer esclarecimentos essenciais à compreensão sobre as duas novas sentenças. Por prudência, não me atrevo a analisar diretamente as decisões colombianas, apoio-me, nesse texto, nas reflexões produzidas pelo Professor Ariza e outros juristas colombianos que se debruçaram, em especial, sobre a sentença de 1998.

²⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 37.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 22 e 26.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 25-26.

como a jurisprudência da Corte, como “letra morta”.²⁷ As narrativas, em ambos os casos, concluem afastando qualquer elemento de novidade. O quadro é amplamente conhecido pelo poder público e pela população.²⁸

As decisões das Supremas Cortes Colombiana e Brasileira, em 1998 e em 2015, reconhecem o “estado de coisas inconstitucional” dos respectivos sistemas penitenciários. Apoiam-se em relatórios, documentos, dados sobre a relação entre número de presos e vagas, bem como em inspeções realizadas por autoridades públicas. As decisões ilustram o que adjetivam como “absolutamente subumanas”, “uma vergonha para o Estado”, “situações infernais de superlotação”²⁹ e, ainda, “situação vexaminosa” e “assustadora”³⁰ com descrições sobre as formas de violação dos direitos dos presos. A decisão colombiana menciona prisões em que as pessoas dormem no chão, inclusive nos banheiros; celas construídas para abrigar uma pessoa e que contavam com 3 a 6 pessoas, a depender do pavilhão; celas de madeira e papelão, construídas pelas próprias pessoas em privação de liberdade, em que mal se pode respirar diante do sufocante calor. A decisão brasileira agrega a esta narrativa a ausência de “condições adequadas para a existência humana”: celas imundas, sem iluminação e ventilação, áreas de banho e sol com esgotos abertos, ausência de acesso a água, lugares em que a comida é servida em sacos plásticos, além da ausência de fornecimento de material de higiene básica. Sem acesso à educação, trabalho ou qualquer forma de ocupação, “convivem com as barbáries promovidas contra si”: “massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento”, e “tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha”. Descreve também as violações específicas aos direitos das pessoas trans, a ausência de separação das pessoas por idade, tipo de delito e natureza da prisão (cautelar ou definitiva), bem como o número insuficiente e o despreparo dos agentes penitenciários³¹. Como a Corte Colombiana, conclui que o “quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio”, mostrando-se similar em diferentes regiões do país.

As decisões elencam também as normas constitucionais, bem como as internacionais, penais, processuais e penitenciárias que são sistematicamente transgredidas por esse estado de coisas. A Corte Colombiana descreve esse quadro normativo, bem

²⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 70.

²⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 37.

²⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 37.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 22 e 26.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 25-26.

como a jurisprudência da Corte, como “letra morta”³². As narrativas, em ambos os casos, concluem afastando qualquer elemento de novidade. O quadro é amplamente conhecido pelo poder público e pela população³³.

As decisões enfatizam também que a violação sistemática dos direitos dos presos está diretamente associada à “inação das autoridades” que “apesar de muitas solicitações e críticas” não desenvolvem qualquer “política oficial para modificar a raiz da gravíssima situação carcerária do país”³⁴. O voto do Ministro Marco Aurélio discorre longamente sobre a “responsabilidade do poder público”, indicando expressamente que essa responsabilidade deve ser atribuída aos três poderes, tanto na esfera federal quanto estadual. “Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo”, diz o Ministro³⁵. Ao lado do problema de “formulação e implementação de políticas públicas”, mencionado pela decisão colombiana, o Ministro Marco Aurélio acrescenta problemas de “interpretação e aplicação da lei penal”³⁶. Mais especificamente, em relação à responsabilidade do poder judiciário, o Ministro menciona o elevado número de presos provisórios, que ao final são absolvidos ou condenados a sanções não prisionais, e de pessoas que permanecem presas após o término do tempo determinado na sentença. Diante disso, conclui que o “conjunto de soluções [...] deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos”³⁷. De modo bastante mais tímido, pelas razões expostas a seguir, a decisão colombiana indica também que o problema não está apenas nas mãos do executivo, especialmente do Ministério da Justiça, e que portanto “distintas

³² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 70.

³³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 37.

³⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 72.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 27.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 26.

³⁷ Em comentário sobre a decisão, Mendes e Branco argumentam em sentido semelhante, considerando que o STF teria decidido a partir da identificação de “uma falha estrutural comum aos três Poderes no enfrentamento do problema carcerário”. Os autores legitimam tal tipo de decisão, dado que não violaria a separação de poderes, pelo contrário, “o desrespeito a um direito fundamental pela falta de sua concretização por órgãos estranhos ao Judiciário autoriza, em casos de mais aguda gravidade, que o juiz imponha as providências concretas, estimadas necessárias para que a omissão não agrave o dano que gera. Determinação dessa sorte não há de ser censurada como hostil à separação de Poderes, nem é obstada pela defesa da reserva do possível”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

áreas e órgãos do Poder Público" serão requeridas a "tomar as medidas adequadas para a solução do problema"³⁸.

A decisão colombiana, diferentemente da brasileira, organiza-se sobretudo ao redor do problema da superlotação dos presídios. Ainda que diversos outros aspectos relacionados às péssimas condições de vida em prisão, império da violência, carência de oportunidades e meios para ressocialização sejam mencionados, a superlotação é o objeto principal dos pedidos, e o centro da argumentação desenvolvida pela Corte. É a partir do problema da superpopulação que a Corte faz derivar a violação de todos direitos dos presos: direito à dignidade, a não receber tratamento ou penas cruéis, inumanas ou degradantes, direito à vida e à integridade física, direito à família (diante dos obstáculos às visitas), direito à saúde, ao trabalho, à educação e o direito à presunção de inocência, violado pela ausência de separação entre condenados e provisórios³⁹. Diante disso, a Corte determina, em primeiro lugar, a notificação das autoridades máximas, dos três poderes, sobre o estado de coisas inconstitucional das prisões colombianas. Determina também a órgãos do poder executivo a elaboração de um plano de "construção e reforma prisional" e ao governo que garanta previsão orçamentária para tanto. O plano deve ser executado em 4 anos e, nesse mesmo período, deve se concluir a separação completa dos presos condenados e provisórios. Outros pedidos mais específicos foram também concedidos pela Corte, direcionados à separação dos presos da Força Pública, a solucionar o problema da falta de pessoal especializado, a criação de centros de detenção pelo s governos estadual e municipal, bem como à investigação, por parte do Conselho Superior da Magistratura, sobre a ausência de juízes de execução suficientes em determinadas prisões. A decisão conclui ordenando ao Presidente da República que, "enquanto se executam as obras carcerárias ordenadas [...] tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e os direitos fundamentais dos internos"⁴⁰, sem especificar quais seriam ou deveriam ser essas medidas.

É possível dizer, portanto, que esta primeira decisão que declara o estado de coisas inconstitucional das prisões colombianas restringe-se a exigir a elaboração de um plano para a construção e reforma dos presídios, com vistas a resolver a questão do déficit de vagas. Convoca, sobretudo o poder executivo, a atuar no enfrentamento de problemas relacionados à separação dos presos e aos agentes prisionais; mas não se pronuncia sobre o modo como o próprio Poder Judiciário poderia atuar para reduzir o número de pessoas em privação de liberdade. Sem uma intervenção sobre

³⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 74.

³⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 73.

⁴⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 79-80.

a atuação do Poder Judiciário, as vagas obtidas com o plano de construção podem rapidamente se tornar insuficientes, como de fato ocorreu no caso colombiano. Esta questão será abordada a seguir, mas antes abordaremos a decisão brasileira que, apesar de ter sido provocada a intervir sobre a atuação do Judiciário, não acatou os pedidos dessa natureza.

Dos oito pedidos cautelares formulados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, seis dirigem-se diretamente ao poder judiciário e, particularmente, ao sistema de direito criminal. Para os autores da ação, equacionar o gravíssimo problema prisional no país exige não apenas a construção de novas vagas – ao redor de 200 mil –, mas a interpretação das normas constitucionais em matéria de aplicação e execução de penas à luz das “dramáticas condições do sistema prisional do país”⁴¹. Os pedidos cautelares demandam que os juízes (a) motivem expressamente as razões que impedem a concessão de medidas cautelares não prisionais; (b) realizem audiências de custódia em até 24 horas após a prisão; (c) considerem o quadro dramático do sistema prisional na concessão de cautelares, na aplicação e na execução da pena; (d) apliquem, “sempre que for viável”, penas alternativas à prisão, com vistas a preservar a proporcionalidade e a humanidade da pena; (e) abrandem os requisitos temporais para fruição de benefícios e direitos dos presos e (f) reduzam o tempo de prisão a ser cumprido, quando as condições de cumprimento são significativamente mais severas do que as impostas na sentença. Os dois últimos pedidos, não direcionados ao Judiciário, dirigem-se à (g) realização de “mutirões carcerários”, pelo Conselho Nacional de Justiça para revisar os processos de execução com vistas a adequá-los aos pedidos ‘e’ e ‘f’, acima e (h) a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) para os governos estaduais utilizarem na construção, reforma e aprimoramento dos sistemas penitenciários.

Entre os pedidos direcionados ao poder judiciário, apenas a determinação de realização de audiências de custódia (item b) foi deferida pela Corte. Os dois pedidos que poderiam gerar o desencarceramento (e e f) foram negados por unanimidade (pedido f) e por nove votos a 1 (pedido e). Os demais (a, c e d) foram negados por maioria apertada (seis votos contra quatro). O último pedido, relacionado à liberação de verbas do Funpen também foi concedido.

O pedido definitivo da ADPF, que ainda está pendente, além de confirmar as medidas cautelares acima, requer a elaboração de um plano nacional, pelo Governo Federal, visando à superação do estado de coisas constitucional. Com propostas e metas específicas, bem como com a previsão dos recursos orçamentários necessários, os autores da ação demandam que o plano seja submetido a amplo debate público

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015, p. 68. Disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

antes de ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal. Demandam também que, após a elaboração do plano nacional, seja exigido dos governos estaduais a elaboração de planos estaduais, a serem também debatidos publicamente e deliberados pelo STF. Por fim, os autores demandam que a implementação do plano seja monitorada pelo STF “em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil”⁴².

As duas decisões coincidem em alocar a questão prisional como uma demanda de “minorias”, em relação às quais as cortes constitucionais têm a “missão” de defender⁴³. A decisão brasileira destaca, neste ponto, que se trata de “uma pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes”⁴⁴. E mesmo em face dessa “missão”, e do pleno reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, as decisões não se atreveram a reconhecer as normas constitucionais que proíbem as penas cruéis, o tratamento desumano ou degradante e que garantem a integridade física e moral das pessoas em privação de liberdade. Como se viu, até o momento não foram tomadas medidas que implicassem em alterações concretas das condições de vida das milhares de pessoas que vivem sob o “estado de coisas inconstitucional”.

No caso colombiano, Ariza aponta que a sentença buscou resolver o problema das prisões por intermédio da construção e reforma, em um período de 4 anos, sem adotar qualquer ordem que pudesse remediar os problemas dos indivíduos que ali estavam enquanto o plano era implementado. E se pergunta “como é possível que ao mesmo tempo se reconheça que a prisão viola direitos fundamentais e se exija que os presos permaneçam estoicamente nela?”⁴⁵ A mesma indagação vale para a decisão brasileira no pedido cautelar. Para Ariza, essa postura paradoxal da Corte Colombiana é possível graças à definição da realidade carcerária como um problema histórico “que permite um uso indolente do tempo vital das pessoas que estão em prisão”⁴⁶. De acordo com o balanço do autor, sete anos após a sentença, a resposta da Corte se traduziu

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015, p. 72.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 21.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 21.

⁴⁵ ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (eds.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005, p. 312 (tradução livre).

⁴⁶ ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (eds.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005, p. 313 (tradução livre).

em aumento significativo do sistema penitenciário, com a criação de novas vagas, “sem que tenha se produzido uma modificação paralela das condições de reclusão”⁴⁷.

A partir das taxas de superlotação colombianas entre 1997 e 2009, Uprimny e Guzmán observam uma redução importante nos anos 2000 e 2001 – em que a taxa esteve ao redor de 16%, em face dos 45% do ano de 1997. Para os autores, a diminuição “parece dever-se às ações empreendidas pelo Estado” em cumprimento à sentença 153/1998. No entanto, afirmam os autores, “logo voltaram a endurecer as políticas punitivas”, ocasionando novo aumento na taxa que em 2009 alcançou quase 39%⁴⁸. Isto é, aumentaram-se as vagas mas não no mesmo ritmo de aumento do número de pessoas presas. Não por outra razão, a Corte Colombiana voltou a declarar o estado de coisas inconstitucional das prisões do país em 2013 e 2015.

No Brasil, o julgamento definitivo da ADPF 347 coloca o STF diante da oportunidade de, para além de reconhecer a calamidade do quadro fático, dar concretude e extrair consequências das normas constitucionais que expressamente proíbem esse estado de coisas. Para tanto, como indicam os subscritores da ação, a decisão precisaria reconhecer a responsabilidade do próprio poder judiciário sobre esse estado de coisas, e dirigir-se às magistradas e magistrados que atuam nas audiências de custódia, nas varas criminais e nas varas de execução.

4. AS FISSURAS NO MODELO CRISTALIZADO DE SEPARAÇÃO DE PODERES

A breve síntese das decisões sobre o estado de coisas inconstitucional no Brasil e na Colômbia oferece pontos importantes para a reflexão proposta aqui. Em primeiro lugar, a experiência colombiana permite observar que a atribuição de responsabilidade ao poder executivo determinando a criação de novas vagas sanou o déficit, temporariamente, mas não alterou as condições de vida das pessoas em prisão e tampouco a engrenagem de encarceramento que seguiu em expansão. A decisão da Suprema Corte e suas implicações concretas no sistema prisional colombiano colocam diretamente em questão um dos componentes centrais do modelo cristalizado de separação de poderes⁴⁹, sintetizado na epígrafe deste texto: “o problema carcerário é puramente

⁴⁷ ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (eds.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005, p. 284 (tradução livre).

⁴⁸ YEPES, Rodrigo Uprimny. GUZMÁN, Diana Esther. Las Cárcel en Colombia: entre una Jurisprudencia Avanzada y un Estado de Cosa Inconstitucionales. In: SEGURA, Juan David Posada (coord.). **III Simposio Inter-nacional Penitenciario y de Derechos Humanos**. Medellín: Universidad de San Buen Ventura, 2010, p. 157.

⁴⁹ Sobre o caso da Colômbia, Bustamante Peña considera, por outro lado, que a posição daquele Tribunal não configura “ativismo judicial”, mas “faz parte da consolidação do Estado de direito e da separação de poderes, que se vê complementada pela colaboração harmônica dos poderes públicos, neste caso, através de uma declaração de imobilidade institucional, que pretende entregar ferramentas e pressão judicial sobre o Governo

de investimento do estado". Não é. O investimento pode efetivamente ocorrer, as vagas podem efetivamente ser criadas, e o problema permanece.

No caso do Brasil, os autores da ação buscaram justamente provocar uma fissura nesse modelo, convocando o poder judiciário a assumir responsabilidade pelo problema carcerário no âmbito das decisões que são tomadas cotidianamente pelo sistema de justiça criminal⁵⁰. Os pedidos foram negados cautelarmente mas ofereceram um rol de possibilidades, muito concretas, para promover o desencarceramento. E o fizeram, sobretudo, instando o judiciário a pautar o processo decisório sobre as penas (cautelares ou definitivas) nas características do caso concreto⁵¹.

Conforme a análise proposta aqui, essa convocação ao judiciário para decidir em função do caso concreto opera-se, na ADPF 347, por dois caminhos. O primeiro, bastante conhecido mas muito fragilmente implementado, refere-se à "individualização da pena", isto é, à plena consideração da biografia da pessoa no momento da tomada da decisão. Os pedidos *a* e *b*, sobre a motivação expressa para a não concessão de medidas cautelares não prisionais e a implementação das audiências de custódia, instam o judiciário a chamar para si a responsabilidade de conhecer a pessoa presa em flagrante e, diante dela, sendo o caso de conversão do flagrante, pensar primeiro na aplicação de cautelares não prisionais. E, havendo impedimento em sua utilização, expressá-lo integralmente na decisão. O pedido *d*, igualmente, sobre a aplicação de penas alternativas à prisão, coloca em relevo a necessidade de observar a proporcionalidade da pena,

para sair da crise". BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. 2011. Maestría (Estudios Políticos) – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2011. Disponível em: http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado_de_cosas_inconstitucional.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020. (tradução livre).

⁵⁰ Como sustenta a tese de Campos que se atrela à própria proposição desta ADPF: "Não se trata da inéria de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vem se mantendo incapazes e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos". CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. 248 pp. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/ arquivo.php?codArquivo=8742. Acesso em: 07 jul. 2020.

⁵¹ Saliente-se que a utilização de uma ideia concebida fora do Brasil atraiu críticas concernentes à sua capacidade de mudar a situação carcerária brasileira. Nesse sentido: "Do ponto de vista dogmático, não é tarefa simples explicar a inserção do ECI no direito constitucional brasileiro. A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida.". MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019, p. 31-32.

decidindo-a em função do crime concretamente praticado (pessoa e fatos) e não do crime abstratamente previsto em lei.

O segundo caminho refere-se à convocação ao judiciário para considerar as circunstâncias concretas de cumprimento da pena que estão prestes a impor. É o que se depreende dos pedidos *c* e *f*, que demandam a consideração do “quadro dramático do sistema prisional na concessão de cautelares, na aplicação e na execução da pena” e a redução do “tempo de prisão a ser cumprido, quando as condições de cumprimento são significativamente mais severas do que as impostas na sentença”. Trata-se aqui de convocar o judiciário a se comprometer com a decisão que está tomando. Uma decisão que não se limita a meramente chancelar a escolha do legislador ao definir a pena prevista em lei. E, sobretudo, a se comprometer com uma decisão que não se completa no texto da sentença mas que gera uma série de efeitos no mundo, para a pessoa condenada, para seu entorno familiar e para a sociedade como um todo.

Como se viu, esses pedidos foram negados, por diversos motivos. Além de considerações sobre os limites do pedido cautelar, destaca-se nos votos considerações sobre os limites impostos pela lei. Interessante notar que os pedidos *c* e *f*, de certa forma semelhantes, tiveram placares muito diferentes. Quando se trata de “levar em consideração o quadro dramático” (pedido *c*), o placar foi 6 a 4 (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Lewandowski e a Ministra Carmen Lucia). Mas quando essa consideração aparece associada à redução do tempo de prisão a ser cumprido (pedido *f*), o pedido foi negado por unanimidade. Nesse pedido, e no pedido *e*, sobre o abrandamento dos requisitos temporais para fruição de “benefícios”, a concessão do pedido implicaria interpretar as penas mínimas estabelecidas em lei (tanto nos tipos penais quanto nos chamados “benefícios”) à luz das normas constitucionais que estabelecem a individualização da pena e que proíbem as penas cruéis.⁵²

Ainda que negados esses pedidos em caráter liminar, as considerações sobre o “quadro dramático do sistema prisional” e as condições concretas de cumprimento das penas voltaram a aparecer na argumentação do tribunal.

No HC 118.533/MS, que afasta a natureza hedionda do tráfico privilegiado, essas considerações aparecem no voto do Ministro Barroso e depois ocupam o centro dos debates, estimulando os Ministros Fachin e Teori, bem como a Ministra Rosa Weber a readjustarem seus votos pela concessão do HC⁵³. O voto do Ministro Barroso menciona

⁵² Sobre a questão da individualização da pena, ver a discussão sobre os efeitos das penas mínimas no processo sancionatório no Brasil e no Canadá, bem como sobre a decisão do STF no RE 597.270/RS que confirma a Súmula 231 do STJ que impede a redução aquém do mínimo quando se reconhece a incidência de circunstâncias atenuantes em MACHADO, Maíra Rocha. Entre a lei e o juiz: Os processos decisórios na definição de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 126, p. 181-222, 2016.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 118.533/MS**. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320> (acesso em 26 de março de

a tendência do STF em atenuar o rigor dos crimes hediondos em caso de tráfico privilegiado, permitindo o regime diferente do fechado, a pena restritiva de direito e a liberdade condicional. E aduz que essa tendência está associada ao “fracasso da guerra às drogas” e à “situação do hiperencarceramento que aflige a todos nós que vivemos no Brasil [...]”⁵⁴. No mesmo sentido, o Ministro Fachin afirma que o tema tem “impacto inegavelmente imenso sobre o sistema carcerário” e que, portanto, “transcende este julgamento específico deste HC”⁵⁵. Nos debates, Lewandowski cita dados do Infopen e afirma “a situação é dramática. É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo deve considerar que é esse”⁵⁶. E, mais a frente, evoca o “estado de coisas inconstitucional” e o princípio da individualização da pena para motivar sua decisão⁵⁷.

Mais recentemente, considerações sobre as condições de vida em prisão e o estado de coisas inconstitucional desempenharam papel relevante no julgamento do HC Coletivo 143.641/SP.⁵⁸ Em 20 de fevereiro de 2018, o STF concedeu, por maioria⁵⁹, ordem em favor de “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentam a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças” determinando que a prisão preventiva seja substituída por prisão domiciliar.⁶⁰ O voto

2018). Ordem concedida conforme voto da relatora Carmen Lucia, acompanhada de Barroso, Gilmar Mendes e Lewandowski. Vencidos Fux, Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram, Fachin, Teori e Rosa Weber.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 21-22.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 61

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 60

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 91 e 93.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator no Habeas Corpus n.º 143.641/SP**. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>> Acesso em 27 de março de 2018.

⁵⁹ A maioria foi formada por Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello, com divergência somente de Fachin, para quem análises concretas e individualizadas seriam necessárias para a verificação da medida a ser tomada em prol da criança. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em 29 de março de 2018.

⁶⁰ “Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, exceituados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou

do relator, Ministro Lewandowski, único disponibilizado pelo STF até a conclusão desse texto, refere-se diversas vezes ao julgamento da ADPF 347 para embasar a inadequação do sistema carcerário para as pacientes.

O HC Coletivo, impetrado por Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso, Hilem Oliveira, advogadas do Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu), alicerça-se (i) nas privações que a prisão preventiva impõe às mulheres – programas de pré-natal e atendimento a recém nascidos e lactentes, além de privar as crianças até 12 anos de condições adequadas ao seu desenvolvimento; (ii) na precariedade das condições de vida em prisão, especialmente inadequadas às necessidades femininas e aos exercícios dos direitos reprodutivos – o que constitui tratamento desumano, cruel e degradante, nos termos do art. 5º, III, da Constituição Federal e faz com que a prisão provisória extrapole os limites constitucionais da intervenção do poder punitivo sobre o indivíduo; e, ainda, (iii) na existência de uma política criminal discriminatória, nos termos do art. 5º, XLI, da Constituição, pelo desproporcional impacto sobre as mulheres e suas famílias⁶¹.

Foge absolutamente aos propósitos desse texto realizar um balanço sobre o sentido e a direção da jurisprudência do STF no campo criminal⁶². Como indicado na introdução, esse texto preocupa-se em identificar fissuras no modelo cristalizado de separação de poderes em matéria de penas. De acordo com a leitura proposta aqui, os pedidos da ADPF 347 e as decisões do HC 118.533/MS e agora do HC coletivo 143.641/SP, de diferentes maneiras, rompem com a lógica de atribuição de responsabilidade externa e, ademais, convocam o poder judiciário a incorporar aos seus processos decisórios as peculiaridades e características das pessoas e das circunstâncias concretas de

mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 143.641/SP. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, p. 33.

⁶¹ COLETIVO DE ADVOGADOS DE DIREITOS HUMANOS. **Habeas Corpus Coletivo com pedido liminar.** 8 de maio de 2017, p. 3. Disponível em <<https://cadhu.wordpress.com/2018/02/27/leia-a-integra-do-habeas-corpus-coletivo-do-cadhu-peticao-inicial-documentos-amici-curiae-e-decisoes/>>. Acesso em 28 de março de 2018.

⁶² Suficiente apontar aqui a decisão do STF no HC 126.292/RJ que estabeleceu o entendimento segundo o qual a pena poderia ser executada a partir da condenação em segunda instância. Vale lembrar que, nesse julgamento, o Ministro Lewandowski manifestou sua “perplexidade diante do fato [dessa decisão] ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminentíssimo Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** n.º 126.292/RJ. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de maio de 2016, p. 98. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 27 de março de 2018.

cumprimento de pena em nosso país. Como se viu no decorrer desta seção, em diferentes contextos, o problema carcerário não é percebido como um problema “puramente do executivo”, ainda que a lei infraconstitucional seja percebida como obstáculo importante para a plena apropriação das tarefas decisórias em matéria de penas.⁶³

De fissuras no STF, contudo, não podemos inferir fissuras semelhantes nas instâncias inferiores. Ao contrário. Em documento produzido pelo IDDD em 2017, a “edição de súmulas vinculantes que pacifiquem os entendimentos consolidados pelo STF” e a “criação de mecanismos urgentes que garantam o cumprimento das súmulas do STJ” aparecem entre as propostas para reduzir a “superlotação prisional e melhorar o sistema penitenciário”. De acordo com o Instituto, “obrigar os tribunais a cumprirem a jurisprudência do STJ e do STF é um passo fundamental para democratizar o acesso à justiça e aliviar a superlotação das prisões”⁶⁴. No mesmo sentido, pesquisa sobre a argumentação utilizada pelo TJSP antes e depois da declaração de inconstitucionalidade da norma que proibia penas alternativas para tráfico privilegiado revelou que o tribunal encontrou novas vias para seguir negando a substituição da pena de prisão nesses casos⁶⁵.

Para avançar sobre esse ponto, a próxima seção debruça-se sobre o modo como o problema carcerário vem sendo compreendido e recepcionado no TJSP. Focaliza a atuação do tribunal em ações civis públicas e em pedidos de suspensão de decisões de primeira instância direcionados à Presidência do Tribunal, a partir dos resultados obtidos nas pesquisas de Carolina Ferreira e outras (2015) e Luciana Zaffalon Cardoso (2017). Em seguida, com vistas a identificar se, e de que modo, as decisões do STF estão reverberando no Tribunal de Justiça de São Paulo, a parte final da próxima seção revisita esses dois conjuntos de decisões após o julgamento da ADPF 347 e do RE 592.581.

5. A REPERCUSSÃO NO TJSP

Muito antes da declaração do estado de coisas inconstitucional, diversos atores já provocavam o poder judiciário a assumir sua responsabilidade sobre o problema

⁶³ Nesse sentido, conforme Dantas “[e]mbora essas decisões sejam consideradas ativistas, é importante destacar que elas normalmente não envolvem grandes questionamentos acerca da existência ou conteúdo dos direitos fundamentais em disputa. Na maioria dos casos, a grande questão jurídica é saber como concretizar direitos em face da reiterada inéria e omissão estatal”. Cf. DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016, p. 173.

⁶⁴ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário.** 2017, p. 15. Disponível em <<http://www.iddd.org.br/index.php/2017/02/02/propostas-para-reduzir-a-superlotacao-e-melhorar-o-sistema-penitenciario/>> Acesso em 27 de março de 2018.

⁶⁵ MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 604-629, abr. 2018.

carcerário por intermédio de ações civis públicas⁶⁶. Nessas ações o “problema carcerário” assume diversos contornos e se concretiza em diferentes tipos de pedido: transferência de presos, vedação de envio de novos presos a unidades superlotadas, interdição de unidades, reformas estruturais, fornecimento de recursos básicos (como colchões, água potável) e serviços de saúde, oferta de ensino fundamental e médio, além de realização de estudos de impacto ambiental e de vizinhança antes da construção de novas unidades. Inúmeros aspectos dessas ações revelam-se de enorme interesse para uma pesquisa sobre o papel do poder judiciário no enfrentamento do problema carcerário. Essa seção, contudo, limita-se a traçar um panorama do modo como esses casos vêm sendo decididos pelo TJSP, particularmente no tocante ao modelo cristalizado de separação de poderes e às fissuras geradas pela ADPF 347 e pelo RE 592.581 julgadas pelo STF em 2015.

Pesquisa realizada por Carolina Ferreira e outras em decisões do TJSP, entre 2009 e 2012, permite observar diversas estratégias argumentativas de isenção de responsabilidade interna e atribuição de responsabilidade externa (ao executivo). O conjunto de decisões analisadas versa predominante sobre obrigações de fazer: respeito ao limite de vagas do estabelecimento prisional (em casos de presos provisórios, condenados e de internação de adolescentes), interdição do estabelecimento, realização de reformas e exigência de laudos ambientais para a construção de novos estabelecimentos. Entre as obrigações de não fazer, a pesquisa identificou pedido de não alojar pessoas acima da capacidade do local, sob pena de multa diária.⁶⁷

No conjunto de decisões de mérito analisadas, a pesquisa identificou que o TJSP tende a reverter as decisões procedentes tomadas em primeira instância. De acordo com a pesquisa, “(e)n quanto o juiz de primeiro grau decide pela procedência total ou parcial em 39 casos contra 11 pela improcedência, no TJSP a relação se inverte, havendo 22 casos de procedência total ou parcial contra 26 de improcedência”.⁶⁸

A análise qualitativa indica que os principais argumentos mobilizados pelo TJSP nessas decisões referem-se à incompetência do juízo cível para tratar de questões relacionadas a presídios e à afronta ao princípio da separação de poderes. As duas linhas

⁶⁶ A primeira apelação em ação civil pública julgada pelo TJSP versando sobre o problema carcerário disponível no site do tribunal data de 21/11/2007.

⁶⁷ Para um panorama completo dos dados quantitativos e qualitativos produzidos pelas pesquisadoras, ver FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Maíra Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coords.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 439-467. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>> Acesso em 28 em de março de 2018.

⁶⁸ FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Maíra Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coords.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 451. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>> Acesso em 28 em de março de 2018.

argumentativas são reveladoras do que denominamos aqui modelo cristalizado de separação de poderes. Na raiz da primeira linha está a compreensão de que transfeências de presos e interdições são questões “de natureza administrativa” e de competência do juiz de execução e da corregedoria de presídios. Em um dos acórdãos citados na pesquisa, o argumento aparece nos seguintes termos: “Há dúvida quanto a poder um juiz *interferir dessa forma* na esfera de atuação de outro; ainda que em atribuição administrativa, os presídios são fiscalizados por um juiz de direito a quem a lei atribuiu a adequação dos presídios à lei. (...) Causa *desconforto* a interferência do juízo no dia a dia do presídio, este de responsabilidade do Diretor do Presídio sob fiscalização do Juiz Corregedor Permanente. (grifos meus)”⁶⁹. Essa passagem nos ajuda a visualizar a dimensão que pode tomar o modelo cristalizado: entre diferentes órgãos, no interior do próprio poder judiciário, pode-se funcionar por isenção de responsabilidade. Se há provas dos fatos sobre os quais versa a ação civil pública, significa que os órgãos diretamente competentes não cumpriram suas obrigações legais. Com este tipo de argumento, evita-se adentrar a questão substantiva em jogo, em razão dos “desconfortos” que tal atuação pode gerar.

No tocante à segunda linha argumentativa, a pesquisa identificou duas correntes. A primeira considera que o Judiciário não pode interferir em decisão governamental, com base em interpretação do art. 2º da CF segundo a qual compete ao Executivo “a função de executar as leis, fica(ndo) claro que ao Poder Judiciário não compete dizer quanto e como executar suas funções”⁷⁰. A pesquisa apresenta diversas decisões que ilustram o argumento segundo o qual “a superlotação carcerária é uma questão pertinente apenas ao Poder Executivo e, por consequência, todas as medidas relacionadas ao problema, como a transferência de presos, promoção de reformas e desativação de unidades também estariam no âmbito da discricionariedade administrativa”⁷¹.

Já a segunda corrente admite a atuação do Judiciário nesses casos, desde que seja para garantir a legalidade dos atos administrativos. Em alguns casos, esta argumentação aparece associada ao princípio da dignidade da pessoa humana e outras convenções internacionais de proteção de direitos humanos. É o que se observa, por exemplo, em trecho de acórdão citado na pesquisa que afirma: “respeito, dignidade

⁶⁹ TJSP, **Apelação Cível 0000787-16.2008.8.26.0142**, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Lineu Peinado, j. 08.02.2011.

⁷⁰ TJSP, **Agravo de Instrumento 187686-24.2012.8.26.0000**, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, j. 19.09.2012.

⁷¹ FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Maíra Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coords.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 456. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>> Acesso em 28 em de março de 2018.

humana e condições de ressocialização aos presos são obrigações do Estado e dever do Judiciário exigir a efetivação desses Direitos”⁷².

Esses posicionamentos são minoritários, prevalecendo argumentos que afastam a responsabilidade do Poder Judiciário no enfrentamento do problema. A pesquisa conclui indicando que, no TJSP, as ações civis públicas, especialmente no tocante à transferência de presos e à interdição de estabelecimentos “encontra grandes resistências em se efetivar como estratégia de minimização ou alteração do problema prisional”⁷³.

Outra pesquisa, concluída recentemente, acrescenta novos elementos a esse quadro de resistências às estratégias jurisdicionais de alteração do problema prisional.

Em tese de doutorado sobre o sistema de justiça paulista, Luciana Zaffalon Cardoso apresenta os resultados de um levantamento sobre as decisões tomadas pela Presidência do TJSP para suspender os efeitos de decisões judiciais de primeira instância tomadas contra a administração pública⁷⁴. Essa competência está prevista em diversos diplomas normativos e vem sendo debatida pelos tribunais superiores e pela doutrina⁷⁵.

Em sua tese, Luciana Cardoso analisou 487 decisões referentes a pedidos de suspensão nas gestões de Ivan Sartori (2012 – 2013) e Renato Nalini (2014 – 2015). De acordo com os resultados da pesquisa, os temas em que há acolhimento dos pedidos de suspensão são sensivelmente concentrados, e os pedidos relacionados ao problema carcerário estão entre eles. No período coberto pela pesquisa, chegaram ao tribunal

⁷² TJSP, **Embargos Infringentes 9092747-45.2002.8.26.0000/50000**, 3^a Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 06.12.2011.

⁷³ FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Maíra Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coords.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 466. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>> Acesso em 28 em de março de 2018.

⁷⁴ CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2204/browse?value=Cardoso%2C+Luciana+Zaffalon+Leme&type=author>> Acesso em 23 mar. 2018.

⁷⁵ Ver, em especial Lei 8437/92, e também Lei 7347/85, art. 12, § 1º, Lei 8437/92, art. 4º, §§ 1º ao 9º, Lei 9407/97, art. 16, Lei 12016/09, art. 15, §§ 1º ao 5º. A medida de suspensão de segurança é considerada um instrumento de proteção do interesse público diante da concessão de um provimento jurisdicional que cause grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, por meio do qual a pessoa jurídica de direito público interessada ou o Ministério Público requerem ao presidente do Tribunal competente a suspensão da execução da decisão, sentença ou acordão proferido. Não tem natureza recursal, mas a finalidade de cessar os efeitos de uma liminar ou sentença até o trânsito em julgado. Sobre sua natureza (jurídica ou política), legitimidade e competência de julgamento, ver, entre outros, STF, RE 798740 AgR, rel. p/ acórdão min. Marco Aurélio, 1^a Turma, j. 01/09/2015; STF, AgRgSS 432-DF, DJU 12.2.1993, Min. Sepúlveda Pertence; Súmula 626 do STF. E, ainda, VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

15 pedidos nessa temática e em 13 deles a decisão de primeira instância foi suspensa atendendo aos pedidos do Governo do Estado de São Paulo.

Nove dos 15 casos referem-se diretamente ao quadro de superlotação e condições de vida insalubres em Centros de Detenção Provisória, Penitenciárias e unidades da Fundação Casa⁷⁶. De acordo com a pesquisa, a Presidência do TJSP suspendeu as decisões de primeira instância favoráveis aos pedidos com fundamentação concisa – de 5 a 8 páginas – que seguem “rigorosos padrões de repetição”⁷⁷. Basicamente, argumentam que a decisão de primeira instância exige aportes financeiros que “implica embaraço ao adequado exercício das funções da Administração”, que representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, *sem causa legítima*, o adequado exercício das funções da Administração e que o “déficit de vagas (...) é um problema antigo e alcança todo o Estado de São Paulo (...) o que sugere análises e ponderações de todo o sistema” e não de unidades isoladas. O quarto argumento sistematicamente utilizado nessas decisões refere-se ao alinhamento “com a jurisprudência do Pretório Excelso”, especificamente a decisão da Ministra Ellen Gracie, nos seguintes termos: “no caso em tela, encontra-se presente a possibilidade de grave lesão à segurança pública, uma vez que a decisão, cujos efeitos se pretendem suspender, impede o encaminhamento de novos presos ao estabelecimento penal, circunstância que poderá *colocarem risco a integridade física e patrimonial dos cidadãos*, bem como que a transferência dos detentos, exigirá um dispêndio financeiro imediato por parte do Estado, que, por certo, não tem previsão orçamentária, o que comprometeria a execução do orçamento estadual (SL 93, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 08/05/2006).” (grifos meus)⁷⁸.

Além dessa decisão – em que a Ministra opõe, como na epígrafe desse texto, “detentos” e os “cidadãos”, afirmando que às custas da integridade física e moral dos primeiros busca-se não colocar em risco a integridade física e patrimonial dos últimos – outro precedente do STF aparece reiteradamente nas decisões do TJSP analisadas acima. Trata-se do Recurso Extraordinário 422.298/2006, de relatoria do Ministro Eros Grau, que registra textualmente: “a forma como o Estado-membro vai garantir o direito

⁷⁶ Os outros casos tratam de direito à saúde da população prisional, interdição temporária de unidade prisional e realização de estudos de impacto ambiental para a instalação de novos presídios.

⁷⁷ CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. p. 224. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2204/browse?value=Cardoso%2C+Luciana+Zaffalon+Leme&type=author>> Acesso em 23 mar. 2018.

⁷⁸ Todas as citações desse parágrafo foram extraídas de CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. p. 225-226. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2204/browse?value=Cardoso%2C+Luciana+Zaffalon+Leme&type=author>> Acesso em 23 mar. 2018.

à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública”⁷⁹.

No entanto, em 12 de agosto de 2015, no Recurso Extraordinário 592.581 relatado pelo Min. Lewandowski, em que houve reconhecimento de repercussão geral, o STF firma nova posição, nos seguintes termos: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes” (RE 592.581, p. 56).

De maneira explícita, o STF submete o argumento da separação de poderes, na formulação cristalizada que discutimos aqui, ao respeito à integridade física e moral das pessoas em privação de liberdade⁸⁰. Diante dessa guinada jurisprudencial, realizamos novo levantamento nas decisões da Presidência do TJSP e nos acórdãos do mesmo tribunal no âmbito de ações civis públicas, com vistas a identificar se, e de que modo, o RE 592.581 repercutiu nas decisões do Tribunal sobre o problema carcerário.

No tocante à Presidência do Tribunal, a busca no biênio 2016-2017 resultou em 223 decisões, das quais 4 referem-se ao problema carcerário. Nas quatro as decisões de primeira instância foram suspensas. Três delas impediam o ingresso de novos presos em unidades e a quarta sobrestava a construção de unidade prisional em razão da ausência de estudo de impacto ambiental e de vizinhança, bem como de licenças de instalação e operação.⁸¹ A fundamentação das 3 primeiras decisões é idêntica, apoia-se no argumento do “problema antigo” que alcança “a quase totalidade dos estabelecimentos do Estado” e que portanto não pode ser solucionado “isoladamente”, na ausência de previsão orçamentária e no precedente da Ministra Ellen Gracie de 2006, citado acima.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 422.298/PR**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 07 de agosto de 2006.

⁸⁰ Sobre essa decisão ver STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A integridade física e moral dos presos: a intervenção do poder judiciário na política carcerária e a decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 592.581. **EJLL-Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 16, n. 2, p. 655-666, 2015.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2189616-04.2016.8.26.0000**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: MM Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Andradina. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 19 set. 2019; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2233862-51.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerida: MMA. Juíza de Direito da 1º Vara da Comarca de Garça. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 22 jan. 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2127551-36.2017.8.26.0000** Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerido: MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 24 jul. 2017. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2085454-21.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requeridos: MM. Juízes de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente e 2ª Vara da Comarca de Mongaguá. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 31 de maio de 2017.

As quatro decisões não mencionam o RE 592.581/2015, mas também não mobilizam diretamente os argumentos relacionados à separação de poderes cristalizada, explicitamente afastados naquela decisão.

Já o levantamento realizado seguindo os critérios de coleta de acórdãos utilizado na pesquisa de Carolina Ferreira e outras, indicado acima, revela que tanto o RE 592.581 quanto a própria ADPF 347 começaram a reverberar nas decisões do Tribunal. Entre as 26 decisões em ações civis públicas julgadas nos anos de 2016 e 2017 sobre o problema carcerário e disponibilizadas no site do tribunal, 11 (onze) mencionam explicitamente o RE e/ou a ADPF. Mais especificamente, 9 (nove) decisões mencionam ambas, uma menciona apenas o RE e uma menciona só a ADPF.

Entre essas 26 decisões, cinco se referem a questões ambientais e uma ao tema das faltas disciplinares e não serão consideradas no levantamento a seguir. Das 20 restantes, 14 decisões consideraram procedentes total ou parcialmente os pedidos realizados pelos autores da ação: adequação da população carcerária aos limites físicos do presídio, seja através de redução do número de presos ou de não admissão de novos reclusos; garantia de acesso à saúde, através da implementação ou manutenção de equipes médicas nos estabelecimentos prisionais; garantia de acesso à educação, através do oferecimento de ensino fundamental e médio em um presídio feminino; realização de reformas nos edifícios em questão; e, por meio do provimento de uma liminar de tutela de urgência, a oferta de água potável e colchão aos presos.

Dentre essas 14 decisões favoráveis, há quatro que não mencionam a ADPF ou RE e se baseiam em outros argumentos, como a observância de normas constitucionais já existentes e de normativas internacionais, conjugadas com a grave violação de direitos fundamentais - como a dignidade da pessoa humana. E indicam que não se trata de “ingerência indevida” mas de “cumprimento do dever constitucional”⁸². Merece destaque uma decisão que anula a sentença de primeira instância - que havia julgado improcedente o pedido do Ministério Público de não admitir novos detentos em unidade superlotada e realizar obras emergenciais – e determina nova instrução probatória. Nessa decisão, o relator indica que está de acordo com a posição do juiz de primeiro grau, segundo a qual “não poderia o Judiciário imiscuir-se nos assuntos relacionados

⁸² Nesse sentido, discorre o Des. Antonio Cortez: “De fato, não mais prevalece o dogma absoluto da incensurabilidade dos atos da Administração Pública pelo Judiciário, assim como não se admite a mera sobreposição de um juiz valorativo judicial ao do administrador. (...) Reconhecer e garantir a efetividade de direitos não implica ingerência indevida do Poder Judiciário na área de atuação de outro Poder, mas efetivo cumprimento de seu próprio dever constitucional, que há de ser exercido mesmo contra o Estado.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 0029550-40.2010.8.26.0309. Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 30 set. 2016, p. 6.

à política pública penitenciária". Mas, diante do RE 592.581, diz o relator: "curvo-me ao posicionamento firmado pelo C. STF (...)⁸³"

Mas há também uma decisão que menciona a ADPF e o RE e nega os pedidos formulados na ação. No acórdão em questão, destaca-se o trecho em que se reconhece que o STF "já sinalizou para o conjunto do Poder Judiciário a necessidade de observância da inafastabilidade de jurisdição nesse tipo de controvérsia" mas que, por outro lado, a decisão proferida na ADPF tem "caráter provisório" e "restrito alcance" tendo em vista que somente os pedidos sobre as audiências de custódia e FUNPEN foram concedidos⁸⁴.

Por último, vale pontuar que, das nove decisões que não mencionam nem o RE nem a ADPF, cinco determinam ou mantém a decisão desfavorável aos autores da ação. São de três pedidos de remoção de presos para outros estabelecimentos prisionais, por conta de superlotação e más condições dos estabelecimentos (um deles também requer a interdição da cadeia pública em questão); um pedido sobre assistência de saúde; e um de construção de nova unidade de internação da Fundação Casa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A epígrafe deste texto parece reconhecer a existência do problema carcerário mas vincula-o "puramente" ao poder executivo, isto é, à ampliação do sistema prisional por intermédio da construção de novas vagas. A experiência colombiana escancara o fracasso desse tipo de estratégia.

Este texto procurou mostrar que essa forma de compreender o problema carcerário subtrai o papel central que o poder judiciário pode e deve desempenhar tanto no curto prazo – modificando diretamente a situação das pessoas em privação de liberdade, como no caso do recém julgado HC coletivo – quanto no médio e longo prazo – por intermédio das medidas de desencarceramento elencadas pelos autores da ADPF 347. Ainda que negados cautelarmente esses pedidos, foi possível observar que a declaração do estado de coisas constitucional está reverberando em outras decisões do STF e também do TJSP.

Abre-se aqui uma ampla agenda de pesquisas sobre a extensão e o alcance das fissuras que o STF está provocando no modelo cristalizado de separação de poderes em matéria de penas. Ao lado do monitoramento da repercussão dessas decisões em outros tribunais e nos anos que estão por vir, é imprescindível repertoriar também se,

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão em Apelação nº 0004883-94.2014.8.26.0326**. São Paulo, 19 mai. 2016.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão em Agravo de Instrumento nº 2068844-75.2017.8.26.0000**. Relator: Des. Luciana Bresciani. São Paulo, 24 ago. 2017.

e de que modo, estão reverberando nas decisões tomadas cotidianamente nas audiências de custódia, nas sentenças condenatórias e no decorrer do processo de execução.

Do levantamento realizado neste texto não é possível inferir que as decisões de 2015 do STF – ADPF 347 e RE 592.581 – tenham se tornado um divisor de águas no modo como o TJSP decide os recursos em ações civis públicas ou nos pedidos de suspensão dirigidos à Presidência do Tribunal. Mas, como se viu, estão provocando o Tribunal a levar as “dramáticas condições carcerárias” em consideração, a “se curvar” ao entendimento do STF ou, ao menos, a indicar os limites da decisão cautelar. A menção frequente a essas decisões, nos dois anos subsequentes, não pode ser negligenciada. Ao contrário, pode indicar, se lidas com otimismo, que as fissuras no modelo cristalizado de separação de poderes em matéria penal estão encontrando eco até mesmo em instâncias historicamente refratárias a assumir sua parcela de responsabilidade pelo problema carcerário.

7. REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In: MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (orgs.). **História das prisões no Brasil**: volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 35-77.
- ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (eds.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005, p. 283-328.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Junho/2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 118.533/MS**. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320> (acesso em 26 de março de 2018).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 126.292/RJ**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de maio de 2016, p. 98. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 27 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.** Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 422.298/PR.** Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 07 de agosto de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS.** Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em 28 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator no Habeas Corpus n.º 143.641/SP.** Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em 27 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2189616-04.2016.8.26.0000.** Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: MM Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Andradina. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 19 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2233862-51.2017.8.26.0000.** Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerida: MMA. Juíza de Direito da 1º Vara da Comarca de Garça. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 22 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2127551-36.2017.8.26.0000** Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerido: MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 24 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2085454-21.2017.8.26.0000.** Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requeridos: MM. Juízes de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente e 2ª Vara da Comarca de Mongaguá. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 31 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão nº 0029550-40.2010.8.26.0309.** Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 30 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão em Agravo de Instrumento nº 2068844-75.2017.8.26.0000.** Relator: Des. Luciana Bresciani. São Paulo, 24 ago. 2017.

BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas.** 2011. Maestría (Estudios Políticos) – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2011. Disponível em:

<http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado_de_cosas_inconstitucional.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. 248 pp. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8742. Acesso em: 07 jul. 2020.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa**: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2204/browse?value=Cardoso%2C+Luciana+Zaffalon+Leme&type=author>> Acesso em 23 mar. 2018.

CARRANZA, Elías. Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito. In: CARRANZA, Elías (coord.). **Criminalidad, cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe**. México: Siglo XXI Editores, 2009, p. 53-126.

COLETIVO DE ADVOGADOS DE DIREITOS HUMANOS. **Habeas Corpus Coletivo com pedido liminar**. 8 de maio de 2017. Disponível em <<https://cadhu.wordpress.com/2018/02/27/leia-a-integra-do-habeas-corpus-coletivo-do-cadhu-peticao-inicial-documentos-amici-curiae-e-decisoes/>>. Acesso em 28 de março de 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia 559/97**. Bogotá, 6 de noviembre de 1997. Disponible em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>> Acesso em 27 de março de 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela n. 153/98**. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. Disponível em <<https://app.vlex.com/#-vid/43561621>> acesso em 27 de março de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Equador**. Sentença de 7 de setembro de 2004, voto de Sergio García Ramírez, p. 17. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf> Acesso em 27 de março de 2018.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constitucaoeigarantiaodedireitos/article/view/12258>. Acesso em: 03 jul. 2020.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. Estadão, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 27 mar. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Maíra Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In: MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coords.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 439-467. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>>. Acesso em 28 em de março de 2018.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf. Acesso em: 03 jul. 2020.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário**. 2017. 20p. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/2017/02/02/propostas-para-reduzir-a-superlotacao-e-melhorar-o-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 27 mar. 2018.

INTER-AMERICAN COMISSION OF HUMAN RIGHTS. **Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas**. 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/pdl/docs/pdf/ppl2011eng.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

LAGE, Daniel; BRUGGER, Andrey. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 193-240, jul./dez. 2017.

LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos**: viagem pelos caminhos da dor. 1 ed. 2^a reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

MACHADO, Maíra Rocha. Entre a lei e o juiz: Os processos decisórios na definição de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 126, p. 181-222, dez, 2016.

MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 604-629, abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo,

v. 15, n. 2, e1916, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 jul. 2020.

PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 1, p. 243-264, out. 2012. Disponível em: <https://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2018/04/RDPI-1.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil. In: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza. (Org.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 21-38

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de Coisas Surreal. **JOTA**, 25 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>. Acesso em: 27 mar. 2018.

SANTOS, Helena; Vieira, José; DAMASCENO, Luana e CHAGAS, Tainá. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris, Rio de Janeiro**, v. 8, n. 4, p. 2595-2612, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941>. Acesso em: 03 jul. 2020.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, p. 145-185, maio 2017.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. O encarceramento em massa em São Paulo. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 83-106, jun. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 jul. 2020

SOARES, Renata Araújo. **O Estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário**: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública. 152 pp. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2018. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26696/1/Estadocoisasinconstitucional_Soares_2018.pdf Acesso em: 07 jul. 2020.

STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A integridade física e moral dos presos: a intervenção do poder judiciário na política carcerária e a decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 592.581. **EJL-Espaço Jurídico: Journal of Law**, Chapecó, v. 16, n. 2, p. 655-666, ago. 2015.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List**. [s.l.]: Institute for Criminal Policy Research, 2015. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf. Acesso em: 27 mar. 2018.

YEPES, Rodrigo Uprimny. GUZMÁN, Diana Esther. Las Cárcel es en Colombia: entre una Jurisprudencia Avanzada y un Estado de Cosas Inconstitucionales. In: SEGURA, Juan David Posada (coord.). **III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos**. Medellín: Universidad de San Buena Ventura, 2010, p. 145-164. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/memoriasiiisimposiointernacional.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Instruções para autores

*Instructions for authors**

1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado [neste link](#). Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".

poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. IDIOMAS

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no [registro ORCID](#). Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

5.5.4.5. Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.6. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-curriculum, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-curriculum do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparéncia e a probidade. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos árabicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um

parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. REDAÇÃO

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas,

bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. CONFLITO DE INTERESSES

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. OUTRAS INFORMAÇÕES

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@hinc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.