

SÉRIE DIREITO E DESENVOLVIMENTO – VOLUME 1

# Visões do Direito e Desenvolvimento

*Organização* Mario Schapiro

A SÉRIE PESQUISA DIREITO GV TEM COMO OBJETIVO PUBLICAR PESQUISAS E TEXTOS DEBATIDOS NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. A SELEÇÃO DOS TEXTOS É DE RESPONSABILIDADE DA COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES.

**SÉRIE DIREITO E DESENVOLVIMENTO**

**VOLUME 1 – VISÕES DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO**

Mario Schapiro

*(Organização)*

ESTA OBRA ESTÁ LICENCIADA SOB A LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL (CC BY-NC 4.0), EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DA FONTE.



EDITORA-CHEFE

**CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI**

EDIÇÃO

**LYVIA FELIX**

PREPARAÇÃO

**MONALISA NEVES**

REVISÃO

**CAMILLA MEDEIROS**

PROJETO GRÁFICO

**ULTRAVIOLETA DESIGN**

EDITORAÇÃO

**GLOBALTEC EDITORA LTDA.**

CAPA

**RITA M. DA COSTA AGUIAR**

Visões do direito e desenvolvimento / Mario Schapiro (organização) – São Paulo : FGV Direito SP, 2020.  
132 p. – (Coleção Pesquisa Direito GV. Série Direito e Desenvolvimento, v. 1)

ISBN: 978-65-87355-01-6

1. Direito e desenvolvimento econômico. 2. Políticas públicas. 3. Direitos civis. 4. Conflitos ambientais. 5. Campanhas eleitorais. I. Schapiro, Mario Gomes. II. Fundação Getulio Vargas.

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por: Cristiane de Oliveira CRB SP-008061/O  
Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

**FGV DIREITO SP**

**COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES**

RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR

BELA VISTA – SÃO PAULO – SP

CEP: 01330-000

TEL.: (11) 3799-2172

E-MAIL: PUBLICACOES.DIREITOSP@FGV.BR

DIREITOSP.FGV.BR

## APRESENTAÇÃO

O que é ou pode ser o Direito e Desenvolvimento? Este livro condensa cinco interessantes contribuições que procuram, por meio de pesquisas qualitativas, apresentar uma visão contemporânea e contextualizada dessa ampla agenda de pesquisa. Nas prateleiras das bibliotecas, aprendemos que o Direito e Desenvolvimento reúne uma miríade de trabalhos que procuram associar ambos os termos desta equação – o direito e o desenvolvimento. Tais trabalhos, no entanto, mudam a posição das variáveis. Por vezes, o Direito é entendido como a variável dependente, ou seja, a variável a ser explicada. Outras tantas, é o desenvolvimento que se torna objeto de análise pelas lentes do Direito.

No primeiro caso, quando o Direito é a variável dependente, a contribuição acadêmica assume uma lente realista e procura compreender como as instituições jurídicas se manifestam no ambiente de um país em desenvolvimento. Pertencem a esse campo pesquisas interessadas no funcionamento das cortes, dos poderes políticos, e também pesquisas sobre o modo de atuação da regulação econômica. Em comum, esses trabalhos têm o fato de levar em conta os cenários de fragilidade institucional, deficiências na capacidade estatal e alargada desigualdade, que costumam conformar os países dotados de menores taxas de desenvolvimento econômico e humano.

A equação também pode ser invertida, isto é, o desenvolvimento pode ser entendido como a variável dependente e o Direito, como a variável independente. Com isso, o trabalho dos pesquisadores é compreender o papel que o Direito exerce na produção de bem-estar social e econômico. Exemplo disso é o trabalho de Katharina Pistor e Phillip Wellons (1998, p. 5)<sup>1</sup> sobre o papel do Direito no desenvolvimento dos bem-sucedidos países asiáticos. Os autores assinalam que o Direito desempenhou dois papéis na trajetória desses países: (i) substantivo e (ii) procedimental. O papel substantivo diz respeito à alocação das decisões econômicas. Tais decisões podem ser alocadas pelo Direito para os agentes privados, configurando um arranjo de mercado, ou podem ser alocadas para o Estado, o que configura um capitalismo de Estado. Essa decisão substantiva está associada, por sua vez, ao

1 PISTOR, Katharina; WELLONS, Phillip. *The role of law and legal institutions in Asian economic development, 1960-1995*. [s.l.]: Oxford, 1999.

segundo papel desempenhado pelo Direito na configuração dos arranjos de economia política – o papel procedimental. Trata-se da maneira pela qual são tomadas as decisões públicas. Tais decisões podem ser vinculadas à lei, ou seja, controladas *ex ante*, ou podem ser discricionárias e, assim, sujeitas a um menor controle legislativo. Em síntese, o Direito constitui o desenho e o modo de implementação das políticas de desenvolvimento.

O reconhecimento de ambos os campos, quais sejam, o Direito como variável explicadora do desenvolvimento e o desenvolvimento como fator de explicação do Direito, abre um terreno fértil e relevante de análise, estudo e contribuições acadêmicas. De um lado, inserir o Direito no debate do desenvolvimento permite introduzir parâmetros de avaliação que ultrapassam a dimensão meramente econômica e alcançam a qualidade da governança, chegando a questões decisivas sobre o modo de exercício e de controle do poder político e econômico. De outro lado, trazer o desenvolvimento para os debates sobre o Direito pode oferecer uma ancoragem de realidade capaz de traduzir os constrangimentos e os custos políticos e econômicos que são constitutivos das políticas públicas.

O entrelaçamento de ambas as variáveis dessa complexa equação é mais do que necessário no panorama da pesquisa em Direito no Brasil. A trajetória do país revela os dramas, as oportunidades e as tensões de uma nação em desenvolvimento. Entre tantos exemplos possíveis, figura o caráter compromissário e conflitivo engendrado pela Constituição de 1988. A um só tempo, a Constituição celebrou um pacto social de desenvolvimento, atribuiu funções ativas para o Estado e estabeleceu um papel de relevo para o sistema de justiça e para os órgãos de controle. O desenvolvimento e seus conflitos distributivos são, por assim dizer, um tema da Constituição, um tema dos tribunais e um tema do Direito.

Interessados nessas relações, nos conflitos econômicos e humanos que caracterizam países em desenvolvimento e, notadamente, nos desdobramentos vivenciados pelo Direito no país, os autores deste livro apresentam uma valiosa contribuição para uma visão diferente, instigante e necessária do Direito brasileiro. As contribuições de Ana Beatriz Passos, Janaina Nascimento Silva e Ana Côrtes tomaram o Direito como variável explicadora e procuram, assim, avaliar seus impactos no bem-estar social e econômico. Passos analisou como o Direito tem contribuído para as políticas de redução de danos nas vias urbanas; Silva avaliou como o manejo do Direito de propriedade impactou a vida das populações ribeirinhas nas obras de Belo Monte; Côrtes

procurou desvelar de que modo o Direito tem sido mobilizado para ampliar o rol de direitos das pessoas trans; Guilherme Saraiva e Pedro Marques Neto inverteram a equação e perguntaram como funcionam realmente o Direito e as instituições jurídicas em determinados setores do país; Saraiva olhou para a comissão de orçamento do Congresso, e Marques examinou o papel do judiciário na organização eleitoral e, conseqüentemente, na democracia.

Plurais e consistentes, esses trabalhos são fruto das dissertações de mestrado de seus autores. Os temas provocam o Direito, levando-o para o cotidiano das políticas públicas, da efetivação de garantias e mostrando também os limites existentes na realização da democracia material projetada na virada da Nova República. Os artigos também deslocam a agenda do desenvolvimento e convidam para uma reflexão sobre questões muitas vezes relegadas, seja pelas métricas de crescimento, seja pelas definições abrangentes de desenvolvimento humano. Vale a leitura!

**Mario Schapiro**

Professor em tempo integral da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

## **SOBRE O ORGANIZADOR**

### **MARIO SCHAPIRO**

PÓS-DOCTOR PELA NEW YORK UNIVERSITY. DOUTOR E MESTRE EM DIREITO ECONÔMICO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) E GRADUADO EM DIREITO PELA MESMA FACULDADE. PROFESSOR EM REGIME DE TEMPO INTEGRAL NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). FOI COORDENADOR DO PROGRAMA DE Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da FGV DIREITO SP DE 2015 A 2019.

## **SOBRE OS AUTORES**

### **ANA BEATRIZ GUIMARÃES PASSOS**

MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). BACHAREL EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP). ADVOGADA, PESQUISADORA E ASSESSORA TÉCNICA NA SECRETARIA MUNICIPAL DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO (SMDHC/PMSP).

### **ANA DE MELLO CÔRTEZ**

DOCTORANDA EM DIREITO PÚBLICO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). PESQUISADORA PERMANENTE NO NÚCLEO DE JUSTIÇA E CONSTITUIÇÃO DA FGV DIREITO SP. BACHARELA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

### **JANAINA NASCIMENTO SILVA**

MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). PÓS-GRADUADA EM DIREITO AMBIENTAL E GESTÃO ESTRATÉGICA DA SUSTENTABILIDADE PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP).

### **GUILHERME SARAIVA GRAVA**

MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). BACHAREL EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP). ADVOGADO, PESQUISADOR E PROFESSOR EM SÃO PAULO.

### **PEDRO MARQUES NETO**

DOCTORANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP), COM PERÍODO DE INTERCÂMBIO NA UNIVERSIDADE MCGILL, CANADÁ. BACHAREL EM DIREITO PELA USP.

# SUMÁRIO

<b>1. QUAL O PAPEL DO DIREITO NA DEFINIÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA? O CASO DOS LIMITES DE VELOCIDADE NAS VIAS MARGINAIS DE SÃO PAULO</b>	<b>11</b>
<i>ANA BEATRIZ GUIMARÃES PASSOS</i>	
<b>2. O CONFLITO SOCIOAMBIENTAL DOS RIBEIRINHOS ESQUECIDOS: OS “VELHOS” NO MAR DE BELO MONTE</b>	<b>35</b>
<i>JANAINA NASCIMENTO SILVA</i>	
<b>3. EM BUSCA DE DIÁLOGO E RECONHECIMENTO NO STF: A ATUAÇÃO COMO <i>AMICUS CURIAE</i> NOS CASOS RELATIVOS A PESSOAS TRANS</b>	<b>53</b>
<i>ANA DE MELLO CÔRTEZ</i>	
<b>4. DIREITO, DESENVOLVIMENTO E TRANSFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A COMISSÃO MISTA DE ORÇAMENTO ENTRE OS ANOS DE 1988 E 2015</b>	<b>77</b>
<i>GUILHERME SARAIVA GRAVA</i>	
<b>5. SUPERVISÃO JUDICIAL DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL</b>	<b>99</b>
<i>PEDRO MARQUES NETO</i>	



# CAPÍTULO 1

## QUAL O PAPEL DO DIREITO NA DEFINIÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA? O CASO DOS LIMITES DE VELOCIDADE NAS VIAS MARGINAIS DE SÃO PAULO

Ana Beatriz Guimarães Passos

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E OBJETIVOS DA PESQUISA

#### 1.1. INTRODUÇÃO

A velocidade constitui elemento de destaque em nossa cultura, muitas vezes associada a valores positivos, como produtividade e eficiência. Todavia, quando aplicada ao trânsito, representa um dos principais fatores de risco para a ocorrência e para a gravidade de acidentes. Por esse motivo, a gestão dos seus limites vem ganhando cada vez mais espaço não só no debate mundial sobre segurança viária, mas também nas agendas internacionais dedicadas à promoção do desenvolvimento.

O presente trabalho tem como objetivo geral a realização de um estudo de caso único<sup>1</sup> que procura articular, de um lado, a regulação dos limites de velocidade nas marginais Pinheiros e Tietê, importantes vias da cidade de São Paulo, e, de outro, o uso de instrumentos jurídicos por determinados atores no intuito de questioná-la. Em relação a este aspecto, tem como enfoque a ação civil pública (ACP) ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (OAB/SP), em face da Municipalidade de São Paulo.

A pesquisa pretende contribuir com a literatura do Direito e Desenvolvimento,<sup>2</sup> examinando o período entre julho de 2015, momento

- 1 Segundo Yin (2015, p. 17), o estudo de caso representa um método que investiga um fenômeno atual, de modo profundo e em seu contexto de mundo real, além de ter o traço distintivo de que os limites entre o fenômeno e o contexto no qual se insere não são claramente evidentes.
- 2 Este texto é fruto da dissertação elaborada no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Agradeço imensamente às pessoas que me auxiliaram na sua construção, em especial, Maira Rocha Machado, Flavia Portella Püschel, Diogo Rosenthal Coutinho, Afonso Dinis Costa Passos e Guilherme Saraiva Grava.

em que a administração Fernando Haddad (PT) reduziu os limites de velocidade em tais vias, e janeiro de 2017, quando a gestão João Doria Jr. (PSDB) restabeleceu a sua elevação parcial (houve a manutenção do limite de velocidade na pista local) aos patamares anteriores, respondendo à seguinte questão: de que maneira as instituições jurídicas ofereceram instrumentos para a implementação, o fortalecimento ou a paralisação dessa política pública?

## 1.2. APRESENTAÇÃO DO TEMA – CULTURA DA VELOCIDADE E SEGURANÇA

### NO TRÂNSITO

Associada a valores como eficiência, produtividade e liberdade, a velocidade segue sendo exaltada nos dias de hoje. Mesmo assim, apesar de enaltecida, também se vincula a muitos infortúnios, adversidades e tragédias, entre os quais destacam-se os *acidentes de trânsito*,<sup>3</sup> eventos com os quais as altas velocidades guardam estreita relação.

Nesse contexto, o debate mundial sobre segurança viária, integrante da agenda de desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) para 2030<sup>4</sup> encontra na gestão dos limites de velocidade um de seus pontos centrais. O tema tem recebido maior destaque desde 2010, com a aprovação da “Década de Ação pela Segurança no Trânsito”, compromisso internacio-

- 3 Nos últimos anos, publicações médicas, grupos de ativistas e instituições ligadas à segurança viária têm recomendado que não mais se empregue o termo “*acidente*” para fazer referência às lesões ocasionadas pelo trânsito. Isso se deve ao fato de que “acidente” transmite a ideia de algo “imprevisível” e “inevitável”, quando, na verdade, grande parte de tais ocorrências revela-se “previsível” e “evitável” (DAVIS e PLESS, 2001, p. 1320). Deseja-se afastar, com isso, sua vinculação a eventos “de força maior”, “alheios à vontade”, concepções muitas vezes escondidas no vocábulo “acidente”. Aconselha-se, portanto, a substituição por palavras como *evento de trânsito*; *colisão de trânsito*; *lesão de trânsito*, etc. (RITCHEL, 2016). Levando isso em conta, a presente pesquisa emprega, sempre que possível, termos alternativos à palavra “acidente”, como os mencionados.
- 4 Trata-se da “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, compromisso firmado pela Assembleia Geral da ONU em setembro de 2015. Consiste em uma declaração composta por 169 metas e 17 objetivos, denominados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), a serem alcançados pelos Estados-membros no período de 15 anos. Abrange temas que vão desde a erradicação da pobreza até o combate às mudanças climáticas, ampliando, portanto, o escopo dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (PNUD, 2017).

nal que estabeleceu metas e recomendações para que os Estados reduzissem, entre 2011 e 2020, as estatísticas relativas à morbimortalidade<sup>5</sup> na área.

Signatário de ambos os acordos, o Brasil enfrenta grande desafio relacionado à matéria. Segundo dados do Ministério da Saúde, 45.099 mortes e 228.400 internações foram registradas somente no ano de 2013 em decorrência de acidentes de trânsito,<sup>6</sup> representando um custo de R\$ 303,5 milhões ao Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2017, p. 186). Ademais, estima-se que os gastos ocasionados por acidentes nas rodovias federais brasileiras tenham sido de R\$ 12,3 bilhões em 2014, variando, nas rodovias estaduais e municipais, entre R\$ 24,8 bilhões e R\$ 30,5 bilhões no mesmo período (BRASIL, 2017, p. 186).

Para explicar esse cenário, é possível citar elementos relativos ao comportamento humano, à infraestrutura viária, ao planejamento urbano e ao atendimento médico de emergência. Ademais, fatores jurídicos e regulatórios, atinentes sobretudo à maneira como as normas de trânsito são formuladas, implementadas e fiscalizadas no país, exercem grande influência no assunto.<sup>7</sup> Quanto a isso, do ponto de vista legislativo, e com base nas orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), a gestão dos limites de velocidade é a principal deficiência do sistema jurídico brasileiro na área da segurança viária. São duas as recomendações do Órgão em relação ao tema: (i) que os limites máximos para as vias urbanas sejam determinados nacionalmente em

- 5 O termo “morbidade” refere-se à ocorrência do evento (doença, acidente, etc.), ao passo que o vocábulo “mortalidade” diz respeito à ocorrência do óbito. “Morbimortalidade” retrata, portanto, a capacidade de produzir simultaneamente doenças e óbitos (CHIN, 2002, p. 253).
- 6 Deve ser ressaltada, porém, a divergência entre os dados do Ministério da Saúde e aqueles provenientes de outras instituições. Enquanto o primeiro Órgão fala em 45.099 óbitos em decorrência de acidentes de trânsito no Brasil em 2013 (BRASIL, 2017, p. 186), a Organização Mundial da Saúde estima, para o mesmo ano, 46.935 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015, p. 100), e o Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (Seguro DPVAT) aponta, na verdade, a ocorrência de 54.767 óbitos (SEGURADORA LÍDER DPVAT, 2013, p. 1). Observa-se, todavia, que a ordem de grandeza é semelhante.
- 7 Isso porque a segurança viária é uma questão multidisciplinar que demanda a atuação de profissionais de diferentes áreas, como Engenharia, Urbanismo, Medicina e Direito (FERRAZ *et al.*, 2012, p. 31-33). Embora não ignore essa pluralidade de fatores, a presente pesquisa aborda o tema sob a perspectiva jurídica.

valores iguais ou inferiores a 50 km/h e (ii) que a autoridade local tenha o poder de reduzi-los diante de situações específicas.

Todavia, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB – Lei n. 9.503/1997) fixa 80 km/h (e não 50 km/h) como limite máximo para perímetros urbanos, e, embora atribua competência para que a autoridade com circunscrição sobre a via possa diminuí-lo, permite a sua elevação para além do limite fixado no plano Federal (art. 61). Constatase, diante disso, que além de as políticas de controle de velocidade municipais subordinarem-se a decisões específicas das administrações que as implementam, seu caráter não é vinculativo, ou seja, podem tanto ser mantidas quanto revogadas a critério de cada gestão.

Um caso bastante emblemático para debate envolve São Paulo, a cidade mais populosa do país e também detentora da maior frota automobilística. Desde 2010, sob a administração do ex-prefeito Gilberto Kassab (2006–2012), teve início a implementação de um programa municipal de redução dos limites de velocidade nas principais vias da capital paulista, intensificado e estendido para toda a cidade no governo seguinte, de Fernando Haddad (2013–2016). A medida, contudo, adquiriu grande repercussão quando foi colocada em prática nas marginais dos rios Pinheiros e Tietê. Entre as distintas reações que se seguiram, houve o ajuizamento imediato de uma ação civil pública, fazendo com que, de pronto, o debate a respeito da gestão dos limites de velocidades nessas duas vias fosse qualificado pelo uso de instrumentos jurídicos. Na infinidade de temas e de problemas que se observam em uma cidade como São Paulo, medidas que envolvem *regulação de trânsito* não costumam, em geral, receber grande notoriedade. Dessa vez, contudo, foi diferente. A seção seguinte procura caracterizar a presente pesquisa frente ao caso da regulação dos limites de velocidade em São Paulo, descrevendo alguns dos principais fatos que o envolvem.

### **1.3. DELIMITAÇÃO DO TEMA – ESTUDO DE CASO: REGULAÇÃO DOS LIMITES DE VELOCIDADE NAS VIAS MARGINAIS DE SÃO PAULO**

Em 21 de julho de 2015, apenas um dia depois da entrada em vigor dos novos limites de velocidade nas vias marginais, a OAB/SP ajuizou ação civil pública requerendo a sua anulação, alegando a desproporcionalidade da atitude da Prefeitura, que obrigara os motoristas a trafegarem em velocidades que, no seu entender, eram muito baixas para a capacidade das Avenidas, que seriam consideradas de natureza *expressa*. O município, por sua vez,

afirmava cumprir diretriz da OMS voltada à melhoria da segurança viária. Posteriormente, a política também foi tema de um projeto de decreto legislativo na Câmara dos Vereadores e assunto muito presente nas campanhas à chefia do Poder Executivo no ano de 2016. Com a vitória de candidato que prometera revogá-la, os limites de velocidade foram aumentados em janeiro de 2017, o que levou sua discussão novamente ao Poder Judiciário.

Embora a dissertação de Mestrado que deu origem a este capítulo aborde as três unidades de análise mencionadas, ou seja, (i) as ações civis públicas ajuizadas pela Ordem dos Advogados do Brasil/São Paulo e pela Associação dos Ciclistas Urbanos de São Paulo, ambas em face da Municipalidade de São Paulo; (ii) o Projeto de Decreto Legislativo apresentado pelo vereador Eduardo Tuma (PSDB); e (iii) os programas de governo dos candidatos que disputaram a prefeitura da capital paulista nos anos de 2012 e 2016, o presente texto concentra-se no exame dos embates que envolvem a primeira ação civil pública, proposta pela OAB/SP em face da Municipalidade de São Paulo.

Objetiva-se, assim, estudar o papel do Direito como um arranjo institucional dotado de elementos aptos a estabelecer, fortalecer, ou, então, paralisar determinada política pública.<sup>8</sup> Essa ideia é desenvolvida por Coutinho (2015, p. 465-467), que descreve algumas funções a serem exercidas pelo Direito e seus operadores em políticas públicas, quais sejam: (a) Direito como objetivo; (b) Direito como vocalizador de demandas; (c) Direito como ferramenta; e (d) Direito como arranjo institucional.

Diante da existência de uma literatura<sup>9</sup> que relata as diferentes funções que os instrumentos pertencentes ao Direito podem exercer no processo de desenvolvimento e na execução de determinada política pública, este trabalho faz uso da formulação teórica produzida no campo para aplicá-la ao caso

8 Com esse propósito, utiliza-se, aqui, o conceito de política pública apresentado por Bucci, segundo o qual:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [...]” (BUCCI, 2006, p. 39).

9 Destaca-se, aqui, a literatura de Direito e Desenvolvimento e de Direito e Políticas Públicas.

da regulação dos limites de velocidade nas vias marginais, considerada à luz das diretrizes internacionais da ONU. Parte-se da constatação de que, em sua fase inicial, o Direito e Desenvolvimento adotou fórmulas “simplistas” e “universalistas” fundadas no lema do “*one-size-fits-all*”,<sup>10</sup> e que, nos últimos anos, esse cenário tem se alterado, levando os acadêmicos e os formuladores de políticas a avaliar e debater soluções para a “qualificação institucional dos países em desenvolvimento” (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 65). Sob esse ângulo, o caso estudado é trazido para servir de reflexão sobre como uma medida juridicamente simples, embasada em recomendações internacionais, pode ter uma implementação complexa em âmbito local. A regulação de trânsito em uma metrópole como São Paulo pode servir para o debate mais abrangente acerca da dificuldade de se promover reformas institucionais em ambientes distintos, tópico atualmente sob exame pela literatura do campo, uma vez que:

Hoje é bastante evidente que para além de um bom direito e desenvolvimento, descrito pelos livros e relatórios, há o direito em ação, sujeito a interfaces políticas, tradições culturais e práticas sociais. Sabe-se, portanto, que os transplantes institucionais e a adesão às boas práticas não só não garantem os resultados esperados, como também podem ensejar efeitos colaterais adversos [...]. A vitalidade da agenda de direito e desenvolvimento passa por uma compreensão de que as intervenções mais promissoras tendem a ser aquelas que favoreçam processos de experimentação, de autodescoberta e de diálogo horizontal. (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 66)

- 10 Trubek comenta as distintas versões dos projetos colocados em prática pelo campo: “Seu grande atrativo – e sua maior fraqueza – eram o universalismo e a simplicidade. Essas ideias subordinavam o direito a uma grande ideia de desenvolvimento e à melhor maneira de atingi-lo, fosse por meio do Estado ou do mercado, via socialismo ou capitalismo. Elas nos diziam o que era e o que não era importante; o que precisava ser mudado e o que poderia ser deixado em paz. Sua mensagem e orientação eram universais: cada plano produzia receitas que poderiam ser usadas em qualquer lugar, de tal modo que para pôr em prática o direito e desenvolvimento não era preciso dominar toda a complexidade e heterogeneidade de dezenas de sistemas jurídicos distintos. Não havia escassez de fórmulas gerais para aplicar, melhores práticas para difundir, reformas prontas para transplantar” (TRUBEK, 2009, p. 220).

## 2. A INTRODUÇÃO DA POLÍTICA DE REDUÇÃO DE VELOCIDADE NAS VIAS MARGINAIS

### 2.1. JUSTIFICATIVA E PROPOSTA APRESENTADA PELO MUNICÍPIO

Além de famosas pela importância que têm para a cidade de São Paulo, as marginais Pinheiros e Tietê sempre foram notáveis por um aspecto trágico: o elevado número de acidentes ocorridos em suas vias, especialmente antes da presença de instrumentos voltados à fiscalização dos motoristas (SILVA, 1989). Contudo, mesmo depois de sua instalação e da introdução do CTB, em 1998 elas ainda representavam as vias com o maior número de acidentes da Capital Paulista. Considerando-se a sua somatória, registraram-se, em 2014, 1.180 acidentes com vítimas nas marginais, os quais resultaram em 1.399 pessoas feridas e 73 mortes (CET; PREFEITURA DE SÃO PAULO; SPTRANS, 2015).

Tendo em vista que, em 2010, a administração do prefeito Gilberto Kassab (2006–2012) havia dado início a uma política de redução dos limites de velocidade nas principais ruas e avenidas do município, a qual estava sendo gradualmente intensificada e estendida para as demais vias da capital pela gestão de Fernando Haddad (2013–2016),<sup>11</sup> as informações relativas às marginais no ano de 2014 serviram como justificativa<sup>12</sup> para que o Poder Executivo atuasse naquelas localidades:

Tais dados embasam a necessidade de agir não apenas para proteger os pedestres, para os quais serão tomadas outras medidas complementares, mas com foco na redução das vítimas entre os ocupantes de veículos [...]. A decisão sobre os limites de velocidade não é questão de senso comum, mas de apurado senso

11 As iniciativas adotadas pelo Poder Executivo neste período se inseriram no Programa de Proteção à Vida (PPV), política pública criada em 2013 e coordenada pela CET em parceria com a Secretaria Municipal de Transportes. Entre as medidas destinadas à melhoria da segurança viária do PPV, incluíram-se: (a) redução e regularização da velocidade máxima das principais ruas e avenidas do município; (b) priorização aos pedestres e aos modos ativos de deslocamento; e (c) intensificação da fiscalização (CET, 2015b).

12 Verifica-se, ademais, que a meta estipulada pela Década de Ação pela Segurança no Trânsito da ONU, bem como o sucesso alcançado por outras cidades que haviam implementado medidas dessa natureza, também fundamentaram as iniciativas em questão (CET, 2015c, p. 24; CET, 2015a).

técnico. Esse senso técnico é construído a partir do conhecimento acumulado e disponível na área de Engenharia de Tráfego e da própria Física, que estabelece relações claras entre velocidades praticadas e acidentes viários, numa relação proporcional direta. Se um dia as vias Marginais já foram vias que bordeavam o aglomerado urbano, hoje essa realidade mudou, a via corta o tecido urbano, é utilizada por seus cidadãos em deslocamentos diários e é preciso que a Autoridade Municipal, a quem cabe a gestão do trânsito, tome medidas para proteger seus cidadãos. (CET, 2015a, p. 2)

A política proposta pela prefeitura foi de reduzir os limites de velocidade considerando os diferentes tipos de pista existentes nas vias marginais: *expressas* e *locais*, na Pinheiros, e *expressas*, *centrais* e *locais*, na Tietê. As pistas *expressas* não possuem interferências, servindo para a realização de percursos mais longos e ultrapassagens, permitindo o emprego de velocidades maiores. As *locais*, por sua vez, dispõem de inúmeras intervenções (acessos a pontes, lotes, chegadas e saídas para o restante do sistema viário, e presença de ônibus), demandando velocidades reduzidas. Já as *centrais* funcionam como transição entre as *expressas* e as *locais* (CET, 2015a, p. 4).

## 2.2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA INTRODUIR A POLÍTICA

A política de redução de velocidade nas vias marginais Pinheiros e Tietê passou a vigorar na segunda-feira, 20 de julho de 2015. Os instrumentos jurídicos utilizados para tanto foram portarias editadas pelo diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário (DSV), responsáveis por dar publicidade aos equipamentos de fiscalização e aos códigos dos locais monitorados. Sob os números 201 a 206 de 2015,<sup>13</sup> todas têm igual conteúdo, diferenciando-se

13 A referência a tais instrumentos jurídicos não foi encontrada na página da CET/SP. Somente obteve-se a informação de que estas foram as portarias responsáveis pela instituição da política pública em questão por meio da Manifestação protocolada pelo Município de São Paulo nos autos da ação civil pública movida pela OAB/SP. Conforme se lê no seguinte trecho: “Dito isto, resta avaliar se as Portarias nos. 201, 202, 203, 204, 205 e 206/2015 – DSV/GAB editadas pela autoridade competente, o diretor do Departamento de Operações do Sistema Viário – DSV, em 17/07/2015, e publicada no Diário Oficial da cidade de São Paulo em 18/07/2015, observaram o princípio da proporcionalidade e os seus subprincípios” (OAB/SP, 2015, p. 110, grifos nossos).

tão somente em função dos anexos que as acompanham, pois é neles que vêm definidos os locais específicos dos radares, bem como os limites permitidos para cada trecho (SÃO PAULO, 2015). Legalmente, as portarias são fundamentadas no art. 24, II e III, do CTB; e nos arts. 2º, p.u., e 4º, § 2º, ambos da Resolução n. 396/2011 do Contran. Simultaneamente à edição e à publicação das portarias, procedeu-se à troca das placas indicativas dos limites de velocidade nas vias, garantindo-se, com isso, a regulamentação da medida por meio de sinalização, conforme determina o § 2º do art. 61 do CTB.

Ressalta-se que, apesar de cumpridos os requisitos jurídicos necessários, a Prefeitura de São Paulo não parece ter seguido as demais recomendações internacionais antes de adotar programa voltado à gestão da velocidade. Nesse sentido, dois pontos chamam atenção. O primeiro refere-se ao fato de que não houve divulgação a seu respeito para a população, ou seja, não foram realizadas campanhas de publicidade na imprensa,<sup>14</sup> limitando-se o Executivo à colocação de cartazes nas vias, alguns indicando as datas em que os novos limites entrariam em vigor e outros destacando o elevado número de acidentes de 2014 no local.<sup>15</sup> O segundo, por sua vez, deve-se à circunstância de que os radares começaram a multar no mesmo dia em que a medida teve início, de modo que os usuários não tiveram um período de transição para se acostumar aos novos limites estabelecidos (PINHO, 2015). Eventualmente, a adoção dessas práticas poderia ter amenizado, ao menos em parte, as reações negativas verificadas, inclusive conquistando apoio e compreensão de certa parcela da população acerca dos benefícios proporcionados pela política.

- 14 De acordo com a Organização Pan-Americana de Saúde (2012, p. 75): “Utilizar a publicidade para influenciar emocionalmente as pessoas pode ajudar a convencê-las de que existe um problema grave a ser resolvido. Quando a comunidade ficar convencida de que a questão da velocidade é importante, as pessoas estarão preparadas para aprender mais sobre ela e apoiar ações para diminuir o problema [...]. A comunidade precisa entender por que se busca o respeito aos limites de velocidade, quais são os seus benefícios e por que é necessário modificar seu comportamento”.
- 15 Segundo Jilmar Tatto, secretário de Transportes à época, a redução dos limites de velocidade é “uma questão de salvar vidas. [...] *não é uma questão de convencimento*, é uma questão da dignidade da vida das pessoas” (PINHO, 2015, grifos nossos). A partir dessa fala, o secretário parece deixar claro que não houve, de fato, uma preocupação em divulgar à sociedade os objetivos e a importância da política de acalmamento do tráfego implementada nas vias marginais, já que esta não se trataria de uma questão de persuasão.

Algumas questões se seguiram à implementação da política, tais como: (a) a alteração dos limites de velocidade seria, de fato, a melhor opção para se prevenir os acidentes?; (b) em caso positivo, quais seriam os limites ideais para tais vias?; (c) a quem caberia essa decisão? A medida também produziu opiniões distintas, o que lhe conferiu enquadramentos variados. De um lado, “pegadinha”; “armadilha” e “fonte de arrecadação” apareceram, em geral, sintetizadas sob o lema “*indústria da multa*” (O ESTADO DE S. PAULO, 2016), enquanto, de outro, “*política salva vidas*” e “*exemplo internacional*” resumiram os seus aspectos positivos (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, 2016). Em função disso, a população se manifestou por meio de abaixo-assinados, charges, redes sociais, artigos ou comentários na imprensa. É importante destacar que o posicionamento em relação ao tema variou conforme a faixa etária, a classe social, o modo predominante de transporte utilizado, entre outros fatores (MONTEIRO, 2015). Em razão de seu enfoque, o presente trabalho volta-se às discussões e às tentativas de interferência na política articuladas por meio da ação civil pública proposta pela OAB/SP em face do Município.

### **3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

#### **3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS – ATORES E INTERESSES ENVOLVIDOS NO PROCESSO**

Diante das muitas reações que a política de redução de velocidades nas vias marginais de São Paulo provocou, a primeira efetivamente qualificada por meio de um instrumento jurídico ocorreu quando a OAB/SP ajuizou ação civil pública em face da Prefeitura Municipal. A opção por ingressar com ação contrária à redução dos limites de velocidade implementada nas marginais dos rios Pinheiros e Tietê foi levada ao Conselho por Marcos da Costa, presidente da entidade. Assinada por ele em conjunto com Maurício Januzzi e Marcelo Figueiredo, respectivos presidentes da Comissão de Estudos Viários e de Estudos Constitucionais do Conselho, a petição inicial requereu a condenação da Prefeitura à obrigação de fazer, sendo esta a de “respeitar os limites anteriores à edição da nova ‘regulamentação’, sob pena de multa diária a ser fixada pelo juízo em caso de descumprimento” (TJ/SP, 2015, p. 20). Apresentou, ainda, pedido de antecipação de tutela para o imediato retorno aos limites anteriores. A ação foi distribuída à 11ª Vara da

Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, passando a tramitar sob o n. 1027687-48.2015.8.26.0053.

Com o propósito de refletir sobre o processo que discute a política pública relativa à redução dos limites de velocidade nas vias marginais, o primeiro aspecto a ser considerado diz respeito às diferentes posições sustentadas em relação à política pública estudada, sendo tais perspectivas apresentadas por sujeitos que se manifestam em distintos momentos de sua tramitação. Assim, foram identificados cinco atores (entre partes, juízes e terceiros): (1) a OAB/SP; (2) o Município de São Paulo; (3) a Associação Comercial de São Paulo; (4) o Ministério Público do Estado de São Paulo; e (5) o Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

A parte autora da ação, ou seja, quem provoca o Poder Judiciário, conforme mencionado, é a *Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (ou OAB/SP)*. Em relação a este ator, cumpre lembrar que o órgão máximo da OAB no plano nacional é o seu Conselho Federal, com sede em Brasília, o qual dispõe de inúmeras prerrogativas. Como se trata, no caso, de um assunto com interesse fundamentalmente local (art. 57 do Estatuto da OAB), a representação em juízo foi feita pela seccional correspondente (a de São Paulo), que é a maior do país. Ao propor a ação estudada, o órgão desejava obter, por meio de intervenção do Judiciário, a revogação da política de redução dos limites de velocidade nas vias marginais, fato que poderia ser rapidamente alcançado se fosse concedida a tutela cautelar. Sua participação no processo se dá com a apresentação das seguintes peças: *petição inicial*; *réplica*; *agravo de instrumento* e *agravo regimental*.

No polo passivo, por sua vez, encontra-se a *Municipalidade (ou Prefeitura) de São Paulo*, representada pelo seu procurador, o advogado João Tonnera Junior. Em sentido contrário ao da OAB/SP, a Prefeitura tem interesse no indeferimento da ação, sobretudo no pedido da cautelar, uma vez que sua concessão significaria um revés na implementação da medida. Além disso, considerando o seu caráter polêmico, seria possível imaginar que uma derrota em primeira instância poderia significar, também, maior dificuldade na reversão da decisão desfavorável em sede recursal, perante o Tribunal de Justiça. No curso do processo, a Prefeitura protocolou *manifestação* em primeira instância (art. 2º da Lei n. 8.437/1992) e opôs *embargos de declaração* da decisão que julgou o agravo de instrumento na segunda instância.

A *Associação Comercial de São Paulo (ACSP)* participa do processo como terceira interessada, tendo solicitado seu ingresso para intervir na qualidade

de *amicus curiae*. Fundada em 1894, tem o fim estatutário principal de “defender e de fortalecer as atividades empresariais dentro dos princípios da livre iniciativa” (art. 1º, *caput*, do Estatuto Social). Essa modalidade de participação – a figura do *amicus curiae* em sede de ações como a ACP – não estava regulamentada no Código de Processo Civil (CPC) vigente à época em que o processo examinado foi proposto (Lei n. 5.869/1973). Encontrava-se prevista, contudo, no Novo Código de Processo Civil, aprovado naquele ano de 2015, mas ainda em seu período de vacância. A legitimidade do ingresso deste ator no processo não foi debatida nos autos até a data final considerada pelo presente trabalho. Nas suas manifestações (o *pedido de intervenção como amicus curiae e a réplica*), a associação posiciona-se em consonância à OAB/SP, contrariamente à redução dos limites de velocidade nas vias marginais.

O Ministério Público de São Paulo (MP/SP) atua no caso como fiscal da lei (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985), o que é feito por meio da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo. Suas manifestações são assinadas por dois promotores distintos ao longo do processo, sendo possível notar certa mudança de posicionamento da entidade com o passar do tempo. Primeiro, o parecer da instituição mostra-se mais cauteloso, indicando que, por não dispor de elementos suficientes para opinar quanto ao eventual acerto do pedido de antecipação da tutela formulado pela autora, prefere aguardar e analisar melhor a situação. Contudo, embora mantenha oficialmente a posição de fiscal da lei, o MP/SP passa, em determinado ponto do processo, a formular pedidos (aditamento da petição inicial; cancelamento das multas aplicadas no trânsito e produção de provas, por exemplo), como se parte fosse – mesmo sem que a OAB/SP tenha desistido oficialmente da ação.

Já o *Poder Judiciário*, no âmbito do juízo da 11ª Vara da Fazenda, é representado por três magistrados diferentes, que proferem duas decisões (*decisão interlocutória de incompetência da Justiça Estadual e decisão de indeferimento da tutela antecipada*), além de praticar os demais atos necessários ao andamento e à tramitação do processo (*despachos*). No Tribunal de Justiça, a 3ª Câmara de Direito Público apreciou o *agravo de instrumento*, o *agravo regimental* e os *embargos de declaração*.

Apesar de cinco atores integrarem a ação civil pública sob análise, os principais debates são aqueles travados entre a OAB/SP e a Municipalidade. Portanto, conferiu-se, neste primeiro momento, destaque ao contraditório entre elas. Foram consideradas, para tanto, as seguintes peças: *petição inicial* e

*réplica* formuladas pela OAB/SP, e *manifestação*, protocolada pela Prefeitura. Essa perspectiva de enfoque é relevante para a pesquisa sobretudo diante da constatação de que, como sustentam Rodriguez, Püschel e Machado, quando uma ação é apresentada ao Poder Judiciário, as partes envolvidas precisam traduzir suas demandas em termos jurídicos. Em outras palavras, concluem os autores, “a linguagem jurídica pode ser utilizada para expressar interesses sociais dirigidos ao Poder Judiciário em forma de casos” (RODRIGUEZ, PÜSCHEL e MACHADO, 2012, p. 45).

### **3.2. PETIÇÃO INICIAL, MANIFESTAÇÃO E RÉPLICA: COMO A OAB/SP E O MUNICÍPIO TRADUZIRAM SUAS DEMANDAS JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO?**

Para estruturar esta seção do trabalho, identificaram-se, após a leitura e o fichamento das peças mencionadas, os elementos centrais de convergência e de divergência entre as partes, verificando quais itens foram trazidos ao processo por ambas e quais o foram apenas por uma delas. Como resultado desse procedimento obtiveram-se vinte ideias centrais, aqui classificadas como *argumentos*. Cada argumento recebeu uma denominação específica, sendo agrupados em duas categorias distintas em razão das semelhanças dos assuntos tratados: 1. *Argumentos iniciais*; 2. *Questões sobre a política pública*.

Posteriormente, dentro dessa segunda classe, foram mais uma vez organizados em blocos específicos, dada a identidade temática: 2.1. *Razoabilidade e proporcionalidade*; 2.2. *Regulação do tema pela legislação-CTB e diretrizes internacionais*; e 2.3. *Participação da sociedade civil*. A Tabela 1, a seguir, retrata a divisão efetuada.

**TABELA 1 – ARGUMENTOS DA OAB/SP E DA MUNICIPALIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

<b>CATEGORIA</b>	<b>ARGUMENTOS</b>
1. ARGUMENTOS INICIAIS	1. LEGITIMIDADE ATIVA DA OAB/SP
	2. COMPETÊNCIA PARA JULGAR A CAUSA – JUSTIÇA ESTADUAL <i>VERSUS</i> FEDERAL
	3. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CASO CONCRETO

(CONTINUA)

CATEGORIA		ARGUMENTOS
2. QUESTÕES SOBRE A POLÍTICA PÚBLICA	2.1. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	4. ASSOCIAÇÃO ENTRE VELOCIDADE E ACIDENTES 5. APLICAÇÃO DA MEDIDA À REALIDADE DE SÃO PAULO 6. POPULAÇÃO BENEFICIADA 7. ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS AO MUNICÍPIO PARA ATUAR EM SEGURANÇA NO TRÂNSITO 8. CUSTO-BENEFÍCIO DA POLÍTICA PÚBLICA 9. IMPACTOS NA FLUIDEZ DO TRÁFEGO 10. IMPACTOS NA LIGAÇÃO COM AS RODOVIAS 11. IMPACTOS NA SEGURANÇA PÚBLICA 12. IMPACTOS AO MEIO AMBIENTE 13. IMPACTOS NA ARRECADAÇÃO DE MULTAS
	2.2. REGULAÇÃO DO TEMA PELA LEGISLAÇÃO – CTB E DIRETRIZES INTERNACIONAIS	14. CLASSIFICAÇÃO DAS VIAS E ENQUADRAMENTO DAS MARGINAIS (ART. 60 DO CTB) 15. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA REGULAR OS LIMITES DE VELOCIDADE DAS VIAS PÚBLICAS (ART. 61 DO CTB) 16. OBSERVÂNCIA ÀS CONDIÇÕES OPERACIONAIS DE TRÂNSITO (ART. 62 DO CTB) 17. ADAPTAÇÃO DA POPULAÇÃO A NOVAS REGULACOES DE TRÂNSITO 18. AUSÊNCIA DE LEI QUE OBRIGUE O CUMPRIMENTO DE DIRETRIZES INTERNACIONAIS
	2.3. PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL	19. DISCUSSÃO DA POLÍTICA NO CONSELHO MUNICIPAL DE TRÂNSITO E TRANSPORTE 20. NECESSIDADE DE MAIOR PARTICIPAÇÃO POPULAR – VIOLAÇÃO DE DIPLOMAS NORMATIVOS

Fonte: Elaboração da autora.

### 3.3. EFEITOS DA ACP DA OAB/SP NA POLÍTICA PÚBLICA

A propositura de ação civil pública pela OAB/SP em face do Município se deu com o objetivo de revogar a política de controle de velocidade implementada em julho de 2015 nas vias marginais de São Paulo.

Como a tramitação dos processos no Poder Judiciário não costuma ser célere, um aspecto estratégico para a entidade seria a obtenção da medida de caráter liminar. Todavia, a questão processual relativa à competência de foro predominou na discussão inicial do caso,<sup>16</sup> levando-o à segunda instância e atrasando a apreciação da tutela de urgência, que somente foi julgada 1 ano e 5 meses depois do ajuizamento da ação. Considerando não haver mais urgência, o pedido foi indeferido pela juíza responsável.

Diante disso, desde a propositura da ACP o contexto que envolve o caso se alterou. Isso ocorreu tanto em relação ao próprio papel dos atores – como mencionado, tem-se uma posição mais ativa do MP em suas manifestações, acompanhada de uma eventual divisão da OAB/SP sobre o posicionamento em relação à ação –<sup>17</sup> quanto à mudança da Administração Municipal e dos rumos da própria política, conforme será visto mais adiante.

- 16 A Prefeitura de São Paulo deteve-se, inicialmente, sobre a competência da Justiça Estadual para conhecer e julgar a ação, trazendo esse ponto como preliminar de sua manifestação. Alega que, mesmo depois da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 3026/DF, persistia a competência da Justiça Federal, especificamente para processar causas em que fosse parte a OAB ou órgão a ela vinculado. Isso teria fundamento constitucional (art. 109 da CF/1988), motivo pelo qual deveria ser reconhecida a incompetência absoluta do Juízo Estadual, remetendo-se os autos à Justiça Federal, conforme determinado pelo art. 113, *caput*, e § 2º, do CPC/1973 (TJ/SP, 2015a, p. 98-100).
- 17 Mauricio Januzzi, presidente da Comissão de Direito Viário da OAB/SP e um dos advogados que assinou a petição inicial da ação civil pública da entidade, declarou que mudou de posição quanto ao caso, passando a concordar com a redução dos limites de velocidade nas marginais depois de todas as evidências e pesquisas divulgadas. A isso, o presidente da OAB/SP respondeu que respeitava a posição do colega, mas que ele não falava em nome da Ordem (AMÂNCIO, 2016). Embora não seja possível dizer se se trata de questões relacionadas, ou se a OAB/SP não teria mais interesse na causa em razão da troca na Chefia do Poder Executivo, cumpre observar que a entidade não se manifestou mais na ACP desde novembro de 2016, nem ao menos para recorrer da decisão que indeferiu a concessão da tutela de urgência.

## 4. MUDANÇA DE GESTÃO E NOVO PROJETO PARA AS VIAS MARGINAIS

### 4.1. CANDIDATURA VITORIOSA EM 2016 E PROPOSTA PARA AS MARGINAIS

#### 4.1.1. ASPECTOS GERAIS

Saiu vitorioso, ainda no primeiro turno de 2016, o candidato do PSDB, João Doria. Eleito com 53,29% dos votos válidos pela coligação Acelera, São Paulo, ele fora um dos que havia previsto em sua proposta de governo a revisão da política de redução de velocidades implementada nas marginais, indicando, também, possíveis adaptações para outras vias municipais: “Implantar nas marginais os limites de velocidade estabelecidos pelo *Código Nacional de Trânsito* e estudar as soluções técnicas mais adequadas para as demais vias da cidade [...]” (DORIA e COVAS, 2016, p. 34 e 35, grifos nossos).

Questionado no dia seguinte ao resultado das urnas se manteria tal promessa de campanha, foi enfático ao afirmar que, já na segunda semana de governo – tempo necessário apenas para a troca da sinalização –, as vias marginais voltariam aos limites que tinham antes de julho de 2015. Referindo-se, na verdade, à previsão do *Código de Trânsito Brasileiro*, as pistas expressas permitiriam, segundo o prefeito eleito, o tráfego a 90 km/h, com valores iguais a 70 km/h e 60 km/h, respectivamente, nas pistas centrais e locais. No tocante aos acidentes, acreditava ser uma “falácia” vincular a sua queda à política implementada por Haddad (O ESTADO DE S. PAULO, 2016).

Diferentes reações se seguiram à vitória do psdbista. Especificamente em relação ao tema debatido pela pesquisa, aqueles que vislumbravam na redução da velocidade algo positivo e imaginaram que ela seria alterada, ao menos em seus aspectos centrais, ficaram insatisfeitos com o resultado. Grupos de ativistas, principalmente voltados à defesa da mobilidade ativa, organizaram algumas manifestações com o lema “*Nem 1 cm a menos, nem 1 km/h a mais*” (CIDADEAPÉ, 2016) – em referência, respectivamente, à luta pela continuidade na construção das ciclovias e pela manutenção e ampliação das políticas de acalmamento do tráfego. Em passeio com alguns deles pela ciclovia da Avenida Faria Lima, na zona sul da cidade, João Doria deu indicações de que talvez pudesse preservar os limites de velocidade nas pistas locais das vias marginais a 50 km/h (FOLHA DE S.PAULO, 2016), o que já sinalizava uma flexibilização em relação aos discursos de campanha.

Entretanto, com tantas pessoas descontentes, comemorações pela perspectiva de revogação da política também acompanharam a vitória do pre-

feito. Rapidamente foi criado um evento comemorativo no *Facebook* convocando os motoristas a trafegarem novamente a 90 km/h nas marginais a partir de janeiro de 2017. Havia certa ansiedade para que, entre as outras promessas de sua plataforma, esta efetivamente se concretizasse.

Uma vez definida a equipe de João Doria para a área dos Transportes, a nova gestão pôde anunciar, enfim, seu projeto para tais vias.

#### 4.1.2. O PROGRAMA MARGINAL SEGURA

O *Programa Marginal Segura* foi apresentado ao público em coletiva de imprensa convocada ao final de dezembro de 2016,<sup>18</sup> e previa duas datas distintas no mês de janeiro de 2017 para que suas medidas entrassem em vigor: as primeiras, no dia 2, destinavam-se à adaptação das vias, e, no dia 25, à alteração dos limites de velocidade.<sup>19</sup> Assim, primeiramente, seriam implantadas as ações de *operação, sinalização, orientação, educação e fiscalização de trânsito*.

Entre outras, eram anunciadas: (a) campanhas de comunicação; (b) parcerias com escolas estaduais; (c) ampliação da fiscalização por câmeras e por radares-pistola; (d) maior orientação aos motoristas; (e) revisão e intensificação da sinalização; (f) extinção das “pegadinhas”, pois as variações de velocidade seriam sinalizadas de maneira mais visível e intensa; (g) colocação de faixas com mensagens educativas nas pontes sobre as marginais – a título exemplificativo, “*atenção, não usar o celular ao dirigir*”; e (h) intensificação do uso dos 22 painéis eletrônicos para a sinalização de segurança e colocação de mais dez carretas sinalizadoras para tanto. Também integravam os planos do Executivo intervenções voltadas à coibição de ambulantes e de pessoas em situação de risco, bem como à melhoria nos atendimentos de emergência.<sup>20</sup>

18 Cumprir fazer um esclarecimento em relação a este item: o Programa Marginal Segura foi objeto de uma apresentação de *PowerPoint* na referida coletiva de imprensa, a qual foi posteriormente disponibilizada no site da CET (<http://www.cetsp.com.br/consultas/seguranca-e-mobilidade/marginal-segura.aspx>). Como não foram encontradas outras informações sobre a política pública, utilizou-se o seu conteúdo como fonte para a elaboração da presente seção.

19 Como se percebe, ao contrário do que prometera o prefeito no dia seguinte à sua vitória, a data acabou não coincidindo com a segunda semana de sua gestão.

20 Segundo a apresentação da Prefeitura, isso seria alcançado por meio da ampliação de guinchos para a remoção de veículos das vias; do deslocamento em motocicletas de equipes de socorristas do resgate dos bombeiros, para dar maior rapidez ao

Depois disso, em 25 de janeiro – data simbólica por ser aniversário de São Paulo e com menor circulação de veículos em razão do feriado –, entrariam em vigor os novos limites. Estabeleceu-se que veículos leves passariam a trafegar a velocidades iguais a 90 km/h e 70 km/h, respectivamente, nas pistas expressas e central; já nas locais, dois padrões seriam adotados: 60 km/h nas faixas da esquerda e 50 km/h nas da direita. Os veículos pesados, por sua vez, teriam como limites 60 km/h nas pistas expressas e central, e 50 km/h nas locais. É interessante observar que tanto na apresentação feita à imprensa quanto na fala do Secretário de Transportes, ao contrário do discurso da campanha, representantes do Executivo não mais se referiram à política como *aumento* das velocidades, mas como sua *readequação*:

Estamos convictos de que é possível readequar as velocidades porque as pistas das marginais foram projetadas para estas velocidades, [afirmou o futuro Secretário Municipal dos Transportes, Sérgio Avelleda]. Ressaltando que faremos todos os esforços para mitigar os demais riscos hoje presentes nas marginais. (RODRIGUES e RUSSO, 2016)

Além da alteração no enquadramento conferido à política, outras mudanças na área de transportes puderam ser vislumbradas em relação à campanha de Doria. Primeiro, a indicação de Sérgio Avelleda para a pasta dos Transportes – que passou a se chamar “Mobilidade e Transportes”, o qual, retratado pela imprensa como um “secretário ciclista”, pode ter sido uma escolha estratégica na tentativa de ganhar a simpatia do grupo (FERRAZ e RIBEIRO, 2016). Em segundo lugar, apesar de o prefeito ter caracterizado como uma “falácia” a relação entre queda de acidentes e redução de limites de velocidade, foi mantida a faixa à direita das pistas locais das vias marginais, onde há grande fluxo de pedestres, com o limite de 50 km/h implementado pela gestão anterior. Em terceiro lugar, não houve a retirada de radares das marginais e, até o momento em que este trabalho foi finalizado, o posicionamento oficial era de que não seriam feitas alterações nos limites de velocidade de outras vias municipais (STOCHERO, 2016).

atendimento; da maior articulação entre os postos de resgate dos bombeiros das marginais; e do reforço das bases da CET nas marginais.

## 4.2. EFEITOS DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2016 NA POLÍTICA PÚBLICA

Constata-se que, embora o processo judicial da OAB/SP pudesse ter sido exitoso no seu propósito de reversão da política questionada, não conseguiu de fato atingi-la – ao menos até o encerramento da presente investigação.

Foi necessária a troca na chefia do Executivo para que houvesse uma decisão e a apresentação de proposta nesse sentido. Como visto, essas aspirações foram materializadas no Programa Marginal Segura, que traçou entre seus objetivos o retorno aos limites de velocidade nas marginais por ocasião do 463º aniversário da cidade de São Paulo. Com a posse do novo governo, teve início a implementação das medidas integrantes de referida política pública, incluindo-se aquelas preparatórias à elevação dos limites de velocidade, como, por exemplo, a troca da sinalização nas vias (SOARES e PINHO, 2017).

Desse modo, parece correto dizer que a derrota eleitoral de Fernando Haddad representou um rompimento – ainda que momentâneo – nos aspectos centrais da política de acalmamento do tráfego, pois somente com a sua saída da Prefeitura houve a determinação definitiva de alterá-la.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

**A** relado a uma política pública que dependia, inicialmente, de medida bastante simples para entrar em vigor – mera troca da sinalização de trânsito em vias públicas –, inúmeros aspectos podem ser debatidos a partir deste caso, destacando-se aqueles relacionados à dificuldade de se implementar reformas jurídico-institucionais, sobretudo em cidades localizadas nos países em desenvolvimento.

Um aspecto a ser destacado diz respeito à relação que se estabelece, de um lado, entre a política pública inicialmente elaborada pelo Poder Executivo Municipal e, de outro, as diversas iniciativas voltadas à alteração e à reforma destas previsões. Assim, os dados apontam para o fato de que o resultado final da política parece representar uma combinação desses diferentes interesses, implicando uma reversão parcial das iniciativas promovidas pela Prefeitura. Ou seja, se as vias marginais não se encontram mais com os limites de velocidade estabelecidos pela gestão Haddad, tampouco houve um retorno completo à regulação anterior, conforme prometido pela campanha de Doria.

Constata-se que o recurso ao Judiciário se mostra relevante, sobretudo porque confere àqueles atores, os quais usualmente não integram as deliberações do governo ou a elaboração legislativa de políticas públicas, a possibilidade de questionar a tomada de decisões, interferindo no produto final do processo decisório. Foi por meio dessa via que, no caso estudado, entidades representativas de determinados grupos da sociedade puderam buscar exercer sua influência na gestão dos limites de velocidade.

Como sugere a literatura (TAYLOR, 2007), o próprio exercício desse direito de ação pode ser vantajoso independentemente do resultado final do processo, tanto porque representa um espaço no qual esses atores podem vocalizar e externar suas posições em relação à política quanto porque se trata de uma oportunidade de postergá-la através de decisões de caráter urgente e provisório.

Em razão de o caso selecionado ser bastante contemporâneo e os seus efeitos ainda não terem se encerrado no momento em que este trabalho foi concluído, sua natureza revela-se exploratória, procurando investigar de forma aprofundada algumas das suas manifestações já passíveis de observação. Isso faz com que o estudo seja o primeiro na área jurídica (ao menos do qual se tem conhecimento) que abrange especificamente os limites de velocidades nas vias marginais em São Paulo. Se por um lado esse caráter inovador pode ser considerado um ponto de destaque da pesquisa, ele traz também algumas limitações. Sua contemporaneidade e seu caráter exploratório restringem a possibilidade de verificação de fatos e percepções que certamente demandariam mais tempo e maior distanciamento dos eventos para que se tornassem visíveis.

Nesse sentido, talvez a maior contribuição deste trabalho tenha sido trazer à discussão a influência do Direito na definição ou na alteração de rumos de políticas públicas, particularizando para um tópico que desperta discussões apaixonadas e opiniões de todo o tipo, mas que – não se pode esquecer – associa-se a uma tragédia sanitária que anualmente ceifa a vida de mais de 45 mil brasileiros, a grande maioria jovens em idade produtiva, trazendo com ela uma carga imensa de sofrimento humano a milhares de famílias, enlutadas ou sobrecarregadas com o fardo de indivíduos incapacitados por sequelas graves, muitas vezes irreversíveis.

## REFERÊNCIAS

- AMÂNCIO, Thiago. Pedra no sapato de Haddad, OAB deve ser ‘light’ com Doria sobre marginais. *Folha de S. Paulo*, 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/10/1821080-pedra-no-sapato-de-haddad-oab-deve-ser-light-com-doria-sobre-marginais.shtml>. Acesso em: 13 out. 2016.
- BRASIL. *Saúde Brasil 2015/2016: uma análise da situação de saúde e da epidemia pelo vírus Zika e por outras doenças transmitidas pelo Aedes aegypti*. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos Não Transmissíveis e Promoção da Saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO (CET). *Redução de Velocidade – Marginais Tietê e Pinheiros*. São Paulo: Companhia de Engenharia de Tráfego, 2015a.
- COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO (CET). *Companhia de Engenharia de Tráfego*, 2015b. Acesso em: 12 nov. 2016.
- COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO (CET). *Companhia de Engenharia de Tráfego*, 2015c. Acesso em: 14 fev. 2017.
- COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO (CET). *Marginal Segura*. 2016. Disponível em: <http://www.cetsp.com.br/consultas/seguranca-e-mobilidade/marginal-segura.aspx>. Acesso em: 16 jan. 2017.
- COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO (CET); PREFEITURA DE SÃO PAULO; SPTRANS. *Redução de Velocidade nas Marginais – Apresentação do Secretário Jilmar Tatto*. Companhia de Engenharia de Tráfego; Prefeitura de São Paulo. São Paulo, SP: SPTrans, 2015.
- CHIN, James. *Manual de controle das doenças transmissíveis*. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- CIDADEAPÉ. Nem um quilômetro por hora a mais, nem um centímetro a menos – os encaminhamentos da plenária da mobilidade ativa em SP. *Cidadeapé*, 2016. Disponível em: <https://cidadeape.org/2016/10/13/nem-um-quilometro-por-hora-a-mais-nem-um-centimetro-a-menos-os-encaminhamentos-da-plenaria-da-mobilidade-ativa-em-sp/>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- COUTINHO, Diogo R. O Direito nas políticas públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DAVIS, Ronald M.; PLESS, Barry. Editorial – BMJ bans “accidents”: Accidents are not unpredictable. *British Medical Journal*, Londres, p. 1320-1321, 2 jun. 2001.
- DORIA, João; COVAS, Bruno. *Programa de Governo (2017-2020)*. São Paulo, 2016.
- FERRAZ, Antonio Clóvis Pinto “Coca”. et al. *Segurança viária*. São Carlos: Suprema, 2012.
- FERRAZ, Adriana; RIBEIRO, Bruno. Ex-presidente do Metrô será titular de Transportes em SP. *O Estado de S. Paulo*, 2016. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,ex-presidente-do-metro-sera-titular-de-transportes-em-sp,10000087166>. Acesso em: 26 nov. 2019.

FOLHA DE S. PAULO. Doria diz a ciclistas que pode manter marginal a 50 km/h. *Folha de S. Paulo*, 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/signup.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/10/1821415-de-bicicleta-doria-vai-a-faria-lima-em-sao-paulo-e-conversa-com-ciclistas.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

MONTEIRO, André. Maioria é contra redução de velocidade em São Paulo, diz pesquisa. *Folha de S. Paulo*, 22 set. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/09/1684717-maioria-e-contra-reducao-de-velocidade-em-sao-paulo-diz-pesquisa.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

OAB/SP Em sessão que marca volta do presidente Marcos da Costa, conselho da OAB SP aprova ação contra redução de velocidade nas marginais. *Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo*, 20 jul. 2015. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2015/07/em-sessao-que-marca-volta-do-presidente-marcos-da-costa-conselho-da-oab-sp-aprova-acao-contra-reducao-de-velocidade-nas-marginais.10252>. Acesso em: 26 nov. 2019.

O ESTADO DE S. PAULO. Muita multa, pouca educação. *O Estado de S. Paulo*, 17 ago. 2016. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,muita-multa-pouca-educacao,10000070006>. Acesso em: 26 nov. 2019.

O ESTADO DE S. PAULO. Doria promete revogar velocidade nas marginais na segunda semana de gestão. *O Estado de S. Paulo*, 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,doria-promete-revogar-velocidade-nas-marginais-na-segunda-semana-de-gestao,10000079812>. Acesso em: 26 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global status report on road safety*. World Health Organization (WHO). Genebra: WHO, 2015.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Gestão de velocidade: um manual de segurança viária para gestores e profissionais da área*. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2012.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. OPAS/OMS pede que prefeitos novos e reeleitos não aumentem limite de velocidade. *Organização Pan-Americana de Saúde*, 9 dez. 2016. Disponível em: [http://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5314:opasoms-pede-que-prefeitos-novos-e-reeleitos-nao-aumentem-limite-de-velocidade&Itemid=839](http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5314:opasoms-pede-que-prefeitos-novos-e-reeleitos-nao-aumentem-limite-de-velocidade&Itemid=839). Acesso em: 26 nov. 2019.

PINHO, Márcio. Velocidade nas marginais cairá no dia 20 de julho; carros já serão multados. *G1*, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/07/velocidade-nas-marginais-caira-no-dia-20-de-julho-carros-ja-serao-multados.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

PNUD. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – Dos ODM aos ODS. *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Brasil*, 2017. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015.html>. Acesso em: 18 jan. 2017.

RITCHEL, Matt. It's No Accident: Advocates Want to Speak of Car 'Crashes' Instead. *The New York Times*, 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/05/23/science/its-no-accident-advocates-want-to-speak-of-car-crashes-instead.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

- RODRIGUES, Artur; RUSSO, Rodrigo. Doria cumpre promessa e aumenta velocidade das marginais em janeiro. *Folha de S. Paulo*, 20 dez. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/12/1843035-com-ajuste-doria-anuncia-aumento-de-velocidade-nas-marginais-em-janeiro.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. O raciocínio jurídico – dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-54.
- SÃO PAULO. *Portarias nº 201 a 203-DSV/GAB, de 17 de julho de 2015*. Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário. São Paulo: Departamento de Operação e Sistema Viário, 2015.
- SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David M. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David M. *Direito e desenvolvimento – um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SEGURADORA LÍDER DPVAT. *Boletim Estatístico Ano 03, Volume 04 – janeiro a dezembro de 2013*. São Paulo: Seguradora Líder DPVAT, 2013.
- SILVA, Mauro Carvalho da. O perigo corre junto nas Marginais. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, out. 1989.
- SOARES, Will; PINHO, Márcio. Prefeitura de SP começa a trocar placas de velocidade da Marginal Pinheiros. *G1*, 17 jan. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/prefeitura-de-sp-comeca-a-trocar-placas-de-velocidade-da-marginal-pinheiros.ghtml>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- STOCHERO, Tahiane. Limite de velocidade nas marginais de SP subirá a partir de janeiro. *G1*, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/12/limite-de-velocidade-nas-marginais-subira-partir-de-janeiro.html>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais – Dados*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.
- TJ/SP. *Ação Civil Pública nº 1027687-48.2015.8.26.0053*. 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Autor: OAB/SP. Réu: Municipalidade de São Paulo. São Paulo, 2015.
- TRUBEK, David M. A coruja e o gatinho: há futuro para o “Direito e Desenvolvimento”? In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *O novo Direito e Desenvolvimento: presente, passado e futuro*. Textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. Introduction. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. Nova York: Cambridge, 2006. p. 1-18.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso – planejamento e métodos*. 5. ed. Tradução: Crísthian Matheus Herrera. Porto Alegre: Bookman, 2015.



## **CAPÍTULO 2**

### **O CONFLITO SOCIOAMBIENTAL DOS RIBEIRINHOS ESQUECIDOS: OS “VELHOS” NO MAR DE BELO MONTE**

Janaina Nascimento Silva

#### **INTRODUÇÃO**

Tratar das questões ribeirinhas no contexto de instalação e sobretudo operação da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte requer um olhar atento às diferentes dificuldades enfrentadas por essas comunidades ao longo dos anos na região do rio Xingu.

Tomando como ponto de partida tal reflexão, esclarece-se que este capítulo objetiva apresentar o resultado da pesquisa da minha dissertação de mestrado, que tinha como objeto fazer uma “categorização” dos ribeirinhos impactados por Belo Monte, levando em consideração a tradicional relação que as comunidades ribeirinhas têm com a terra. Inseridos nesse contexto, passaram a enfrentar constantes questionamentos quanto a sua identidade e propriedade.

Ao se considerar os impactos que a relação tradicional com a propriedade causa no modo de vida ribeirinho, optei por analisar a situação dessas comunidades através de categorias. Ressalta-se que essas categorias foram criadas com fins meramente didáticos, considerando as orientações da antropologia jurídica, assim como suas severas críticas quanto à possível uniformização que o uso de categorias pode trazer ao estudo acadêmico.

Isso posto, objetivando responder inicialmente ao questionamento “De que modo os conflitos relativos às violações do direito de propriedade ribeirinha estavam sendo tratados no contexto de construção e operação da UHE Belo Monte?”, a pesquisa acadêmica avançou de modo a elaborar as seguintes categorias de ribeirinhos impactados:

- a. Ribeirinhos “deslocados”.
- b. Ribeirinhos “não deslocados, porém deslocados”.
- c. Ribeirinhos “não deslocados”.

A elaboração de tais categoriais dependeu de análises jurídicas e acadêmicas, incluindo-se pesquisa de campo e entrevistas com interlocutores afetados (direta ou indiretamente) pelo empreendimento, e, no momento da

apresentação da dissertação que deu origem ao presente capítulo, refletiam a situação vivenciada pelas comunidades ribeirinhas afetadas pela construção e funcionamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

## 1. METODOLOGIA E ESTRUTURA: A ANÁLISE ETNOGRÁFICA DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

Compreendendo que a definição de comunidade ribeirinha está relacionada à manutenção de seu modo de vida, sobretudo no que tange à sua relação com a propriedade, optei por adotar uma metodologia que fosse capaz de compreender que o Direito assume uma postura estruturalmente normativa e instrumental em face dos dilemas da sociedade (LIMA e LIMA, 2012, p. 42), mas que também fosse capaz de considerar que a existência de conflitos socioambientais não poderia vir a ser solucionada de uma única maneira.

Foi por esse motivo que optei também por não tornar a pesquisa um mero compilado de leis e processos, já que assim correria o risco de deixar de lado a existência de um panorama maior, qual seja, o conflito vivenciado por um grupo social em um contexto de implantação de um “projeto de grande porte”.<sup>1</sup>

### 1.1. METODOLOGIA: CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS POR PAUL E. LITTLE

Da análise de três textos-base de Paul E. Little, (1) *A etnografia dos conflitos socioambientais: bases metodológicas e empíricas*, (2) *Ecologia política como etnografia: um guia teórico e metodológico* e (3) *Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política*, foi possível compreender que cada grupo social se relaciona de maneira particular com o meio ambiente, e por isso podem surgir disputas entre distintos grupos sociais (LITTLE, 2001, p. 113).

1 Rodolfo Stavenhagen define que esses projetos consistem em: “[...] um processo de inversão de capital público e/ou privado, nacional e internacional para a criação de uma melhoria na estrutura física de uma determinada região; transformação a longo prazo das atividades produtivas com as correspondentes mudanças no uso da terra e nos direitos de propriedade sobre a mesma; a exploração em larga escala de recursos naturais, incluindo os recursos do subsolo; a construção de centros urbanos, fábricas, instalações mineiras, centrais energéticas, refinarias, projetos turísticos, instalações portuárias, bases militares e empresas similares” (STAVENHAGEN, s.d, p. 49).

Assim, é importante destacar que a metodologia selecionada se propõe a compreender e analisar os conflitos socioambientais a partir de um procedimento básico (LITTLE, 2001, p. 125):

- a. A contextualização do caso, analisando, dentro da disponibilidade de informações, o contexto ambiental, geográfico e histórico no qual se insere o conflito socioambiental.
- b. A identificação e análise dos atores e agentes naturais.
- c. A análise sintética e global do conflito específico.

Desse modo, por meio de uma contextualização ambiental, geográfica e histórica, que deverá ser levada em conta na análise dos atores e agentes naturais envolvidos no conflito, bem como na análise sintética e global do conflito, deve-se buscar compreender da maneira mais completa possível quais foram os impactos sociais causados por determinado conflito socioambiental.

## 1.2. ESTRUTURA

Considerando que o contato com outras pesquisas acadêmicas que possuíam a mesma base metodológica foi essencial para a elaboração da minha dissertação, cabe aqui fazer menção a duas dissertações de mestrado que foram norteadoras na definição da estrutura adotada por minha pesquisa.

A primeira pesquisa acadêmica norteadora é denominada *Terras indígenas e o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Estreito: análise etnográfica de um conflito socioambiental*, e foi elaborada por Graziela Rodrigues de Almeida para a Universidade de Brasília (UNB). Teve como objetivo realizar uma análise, com base na metodologia da etnografia do conflito socioambiental, do planejamento e licenciamento da UHE de Estreito, partindo da visão de seis atores sociais sobre os possíveis impactos que a construção da usina viria a ter.

A segunda pesquisa norteadora foi a dissertação de mestrado de Rodrigo Magalhães de Oliveira, defendida na Universidade Federal do Pará (UFPA), intitulada *A ambição dos pariwat: consulta prévia e conflito socioambiental*. Responsável por apresentar o conflito socioambiental por uma perspectiva da antropologia jurídica, esse estudo permitiu compreender como a análise jurídica de um conflito socioambiental deveria trabalhar em conjunto com a análise antropológica.

Com base na análise dos supramencionados estudos adotei aqui a seguinte estrutura: em um primeiro momento, elaborei um panorama histórico e jurídico da construção e operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, contando a história do rio Xingu, o desenvolvimento da UHE Belo Monte na região, com ênfase na atuação do ator social Norte Energia; na sequência, com base na premissa “da realidade ao Direito”, analisei o Inquérito Civil n. 1.23.003.000078/2015-39, o qual, ressalto, encontrava-se, no momento da elaboração da pesquisa, ainda em pleno andamento. Partindo das perspectivas, identidade e propriedade ribeirinhas, procurei identificar quais disposições legais eram aplicáveis àquelas comunidades, em um plano nacional e internacional.

Por fim, partindo da premissa “do Direito para a realidade”, considerei as experiências que vivenciei em campo, bem como as informações coletadas durante minha estadia no município de Altamira, para então definir as categorias de ribeirinhos afetados pelo empreendimento.

Considerei de maneira individualizada como cada categoria vivenciou diferentes experiências com o conflito socioambiental gerado pela instalação de Belo Monte, as quais moldaram suas manifestações sobre identidade e propriedade, para que assim fosse possível elaborar um quadro maior, por meio do qual se permitisse analisar como as comunidades ribeirinhas foram impactadas pelo conflito vivenciado na região do rio Xingu.

## **2. BELO MONTE, UMA HISTÓRIA DE MUITAS HISTÓRIAS: REALIDADE, DIREITO E CONSTRUÇÕES EMPÍRICAS SOBRE IDENTIDADE E PROPRIEDADE RIBEIRINHAS**

Considerando a dinâmica do presente capítulo, optei por delimitar aquilo que será apresentado como resultado da pesquisa sem necessariamente passar todos os tópicos que foram abordados pela dissertação.

Destaca-se que, em um primeiro momento, após a definição da metodologia de análise dos conflitos socioambientais, foi preciso refletir sobre como aliar as decisões pertencentes ao campo jurídico aos ensinamentos da antropologia, que se mostraram, ao longo da dissertação, essenciais para a compreensão de que o estudo de comunidades tradicionais pela “ótica do Direito” deverá considerar que sempre existem dois tipos de posicionamentos: o “nosso”, formado pela sociedade em geral, e o “deles”, formado pelos membros dessas comunidades.

Assim, tanto propriedade como identidade precisaram ser tratadas de maneira contextualizada, sobretudo por meio de entrevistas, para que assim o processo de informar e representar os interlocutores ribeirinhos estivesse presente na elaboração da dissertação, evitando a criação de preconceitos antropológicos.

## 2.1. DA REALIDADE<sup>2</sup> AO DIREITO

Após a realização da contextualização do conflito socioambiental, procurando definir um panorama sobretudo histórico da construção e operação da UHE de Belo Monte, passei, dentro da orientação metodológica, a identificar e analisar os atores sociais da pesquisa acadêmica.

Em uma realidade em que a usina se encaminhava para a operação com “força total” no ano de 2019, as comunidades tradicionais que ali se encontravam passavam por um processo de reafirmação da condição de ribeirinhos, para então, nessa posição, passarem a se contrapor “aos grupos econômicos e atores institucionais que impulsionam projetos políticos que se pretendem hegemônicos mediante perspectivas desenvolvimentistas modernizadoras construídas no âmbito de Estados-Nação” (O’DWYER, 2014, p. 11).

Esse é o caso de Belo Monte e do conflito socioambiental dessas comunidades em face da Norte Energia. A visão utilitarista do empreendedor, que visa à apropriação do meio ambiente e de seus recursos naturais para viabilizar o crescimento econômico “nacional”, contrapõe-se à visão contracultural, que se propõe a repensar o modelo de apropriação da natureza, de acordo com o pluralismo social que está atrelado aos bens naturais.

Do embate entre esses posicionamentos surge a necessidade de se avaliar os riscos de violações ao modo de vida das comunidades ribeirinhas do rio Xingu, desencadeadas pelo processo de remoção compulsória iniciado para a instalação da UHE Belo Monte.

2 Para justificar o uso do termo “realidade”, tomo emprestado de Uri Montoya Uriarte a definição de realidade como algo que sempre irá superar a teoria. O que a teoria ensina não representa integralmente aquilo se encontra em campo. Assim, ao tentar aproximar o direito das proposições dos ribeirinhos, busquei representar através da minha dissertação uma forma de “nos aproximarmos da realidade que nos propomos estudar e entender” (URIARTE, 2012, p. 4).

Instaura-se, então, o Inquérito Civil n. 1.23.003.000078/2015-39 pelo Ministério Público Federal do Estado do Pará, na Procuradoria de Altamira, e as comunidades ribeirinhas passam a ter protagonismo na defesa dos próprios direitos. Elas se articulam de modo a demonstrar que seu modo de vida não deveria ter sido visto como incompatível com o avanço econômico da região e demais interesses que os grupos sociais envolvidos na operação da UHE Belo Monte possuíam com o empreendimento.

Nesse sentido, dado que o reconhecimento de indivíduos como ribeirinhos começou a ser questionado, bem como que a noção de propriedade tradicional, que inclui conceitos como dupla moradia, também foi deixada de lado durante o processo técnico de deslocamento compulsório dos afetados pela barragem, e sua consequente reparação, sobretudo pecuniária, considere-se necessário intercalar, ao longo da pesquisa, definições sobre identidade e propriedade, com o objetivo de consolidar conceitos que deveriam ser empregados para facilitar o reconhecimento e a proteção de comunidades ribeirinhas, no decurso da reivindicação por direitos na posição de comunidades tradicionais afetadas pela UHE Belo Monte.

### 2.1.1. IDENTIDADE DE COMUNIDADES TRADICIONAIS RIBEIRINHAS

Destaco neste capítulo que a identificação ribeirinha, necessária para o avanço na proteção almejada pelo Inquérito Civil e elaborada no decurso da pesquisa acadêmica em questão, é fruto de uma produção exógena, que decorreu de construções, ampliações e analogias conceituais que, contudo, muitas vezes não contaram com a participação direta de comunidades tradicionais ribeirinhas em sua elaboração, não podendo, portanto, ser consideradas como completamente fiéis à realidade vivenciada por tais comunidades.

Ainda assim, compreende-se que a identidade pelo viés antropológico busca esclarecer que inexiste um “molde conceitual” capaz de definir de maneira completa um ribeirinho (BARRETTO FILHO, 2006, p. 110).

No entanto, as comunidades ribeirinhas compartilham algumas características, que foram categorizadas inicialmente por Antônio Carlos Diegues em *O mito moderno da natureza intocada*, auxiliando no reconhecimento destas em um sentido amplo (DIEGUES, 2000, p. 87-88): modo de vida tradicional; conhecimento aprofundado da natureza e de seus ciclos; noção de território ou espaço; moradia e ocupação por gerações com vínculo ao local habitado; importância das atividades de subsistência; uso de tecnologias simples; importância da unidade familiar, doméstica ou comunal; importância

da simbologia, mitos e rituais; fraco poder político, hoje em transformação ante à contemporânea busca por representatividade e voz; autoidentificação e heteroidentificação.

Destaca-se, contudo, que, ainda que se busque um conjunto de características essenciais capazes de auxiliar no reconhecimento de determinados grupos sociais tradicionais plurais, como os ribeirinhos, sempre será possível que um indivíduo apresente certas características que não são compartilhadas por todos. Por isso, o molde conceitual, ainda que utilizado durante a pesquisa, foi aplicado com ressalvas.

Na sequência, a pesquisa passou a analisar, nos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, conceitos que se aplicariam aos ribeirinhos, partindo de determinações mais amplas, como minorias, “outros grupos” que não indígenas e tribais, bem como comunidades locais, até os conceitos de povos e comunidades tradicionais, que tomam como base as orientações da antropologia quanto à escolha de conceitos e definições de comunidades tradicionais.

No arcabouço jurídico nacional, destaco como principal instrumento responsável por fazer a previsão mais completa sobre identidade de povos tradicionais o Decreto n. 6.040/2007. Em seu art. 3, I, o Decreto n. 6.040/2007 identifica povos e comunidades tradicionais como:

Art. 3, I. [...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

No entanto, compreende-se que este ainda é um conceito amplo. A existência de menção expressa a comunidades ribeirinhas no campo legislativo é extremamente limitada, para não dizer praticamente inexistente. Tanto é assim que Alfredo Wagner de Almeida, ao analisar as terras tradicionalmente ocupadas no Brasil, constatou que os ribeirinhos são uma categoria de comunidades tradicionais que contam com limitada proteção legislativa.

Destaco ainda a descoberta de que o estado do Pará, local caracterizado por pluralismo social, com destaque para as mais variadas comunidades tradicionais que habitam seu território, é marcado pela ausência de instru-

mentos normativos locais inclusivos. E isso dificulta muito o processo de identificação e proteção das comunidades ribeirinhas na região.

### 2.1.2. PROPRIEDADE DE COMUNIDADES TRADICIONAIS RIBEIRINHAS

Considerando os ensinamentos de Henyo Barretto Filho, por meio dos quais se compreende que o espaço é aquilo que define uma comunidade tradicional, a pesquisa se propôs, de modo similar ao que foi realizado no estudo da identidade, a analisar a propriedade tradicional através das disposições nacionais e internacionais sobre o assunto.

Destaca-se que, nesse momento de análise, foi preciso considerar que as diferenças no campo civil para a aplicação de conceitos de posse e propriedade foram deixadas de lado, para se permitir a livre utilização dos termos “posse”, “propriedade”, “território” e “domínio” como sinônimos. Isso se deu porque o conceito de propriedade e apropriação dos meios de subsistência para os ribeirinhos muitas vezes difere daqueles que estamos habituados a considerar. Dessa maneira, o uso de tais termos ao longo da pesquisa foi feito de modo a facilitar a compreensão de tais dispositivos e suas consequentes determinações.

Em uma perspectiva internacional, destaquei a importância dos conceitos propostos pela Convenção 169 da OIT para a proteção dos direitos coletivos, sobretudo no que tange a sua propriedade, que deverá ser respeitada quando inserida em contextos tanto de conservação como de desenvolvimento. No caso dos ribeirinhos, vale ressaltar que eles, como comunidade tradicional, optam por um modelo de repartição intragrupo, que garante o acesso aos bens vegetais e animais, bem como o acesso à terra para aqueles que integram o grupo social (DIEGUES, 2000, p. 66).

Em termos nacionais, o direito de propriedade ribeirinha depende de uma construção, com base nas noções e conceitos dispersos que foram localizados ao longo da pesquisa. Apesar de existirem previsões acerca da defesa do multiculturalismo e pluralismo étnico em nossa Constituição Federal, de existir o dever de proteção de “populações tradicionais” no âmbito do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), através da Lei n. 9.985/2000, com a adoção de um padrão mínimo de comportamento no caso de realocação compulsória de comunidades tradicionais, e de existir a defesa da propriedade de comunidades tradicionais através do Decreto Federal n. 6.040/2007, reconhecida na forma de “territórios tradicionais”, reitera-se que a proteção legislativa dessas comunidades, de maneira mais direcionada, é limitada.

De todo modo, o que se compreendeu ao longo da pesquisa foi que a propriedade de comunidades tradicionais deverá ser resguardada, garantindo-se a proteção do modo de vida tradicional de tais indivíduos. Já a propriedade de comunidades ribeirinhas deverá ser tratada com cuidado, levando em consideração que tanto a esfera nacional como a internacional pouco abordam, em seus textos normativos, considerações, conceitos ou mesmo proteções direcionadas a essas comunidades de maneira pormenorizada.

Todas as manifestações legais consideradas pela pesquisa são aquelas utilizadas para a salvaguarda de direitos de comunidades ribeirinhas afetadas pela UHE Belo Monte. O que se constatou na prática foi que, apesar do contemporâneo exercício de se buscar compreender a propriedade partindo da visão ribeirinha, o que embasa a tomada de decisões referentes a essas comunidades e seu deslocamento compulsório, ou, ainda, reparação, no contexto de Belo Monte, deriva das determinações legais aqui selecionadas.

Desse modo, partindo dessa ressalva, a pesquisa se encaminhou para analisar o Inquérito Civil n. 1.23.003.000078/2015-39 e a remoção compulsória de maneira um pouco mais detalhada, buscando, assim, consolidar os entendimentos quanto à forma com que nosso ordenamento jurídico se comporta com relação aos ribeirinhos afetados pela UHE Belo Monte.

Merecem destaque as considerações sobre deslocamento compulsório de comunidades tradicionais, a relativização da propriedade de comunidades tradicionais, compreendida como não absoluta ante a situações de interesse social e utilidade pública, e a constatação dos impactos que a retirada de um território tem na manutenção da existência e reconhecimento de identidades tradicionais.

## **2.2. DO DIREITO À REALIDADE**

Este item teve como objetivo concluir o processo de análise e identificação dos atores sociais, agora partindo das noções que o Direito dispõe sobre comunidades tradicionais ribeirinhas, bem como as constatações realizadas no decurso do Inquérito Civil n. 1.23.003.000078/2015-39 e demais levantamentos realizados pelo Ministério Público Federal, em parceria com instituições acadêmicas como a Universidade Federal do Estado do Pará (UFPA).

Nesse sentido, partindo de duas visitas à cidade de Altamira, em novembro de 2016 e fevereiro de 2017, procurei construir um capítulo que levasse em consideração as visões e opiniões daqueles interlocutores

que foram eleitos como objeto de pesquisa, e foco da presente dissertação, os ribeirinhos.

Considerando as problemáticas que as comunidades ribeirinhas do Xingu estavam vivenciando diariamente com a instalação da UHE Belo Monte, entre as quais destaco o descaso durante o processo de licenciamento ambiental do empreendimento, com a notória falta do adequado reconhecimento à sua condição de comunidades tradicionais; a insuficiência das reparações do ponto de vista social, econômico e afetivo, com a imposição das opções de carta de crédito, indenizações ou reassentamento em áreas distantes dos rios; a ignorância dos conceitos de dupla moradia (casa do rio e casa da rua – cidade), porque o empreendedor considerava que a casa na cidade ficava abandonada, não caracterizando, assim, moradia dos ribeirinhos; e o descaso com o Termo de Autorização de Uso Sustentável (TAUS) emitido pela SPU, procurei compreender, por meio da pesquisa de campo, conceitos que estavam além das determinações acadêmicas, legais e antropológicas sobre a questão ribeirinha.

O objetivo era compreender, a partir de informações dadas pelos interlocutores, o que é identidade ribeirinha, o que é propriedade ribeirinha e o que a Norte Energia (empreendedor) e Belo Monte (empreendimento) representavam para eles. Essa foi uma forma de tentar compreender um pouco mais sobre a vida dos ribeirinhos a partir de noções, conceitos e concepções dadas por eles próprios.

### 2.2.1. ENTREVISTAS

Ante o contexto exposto, a opção pela realização de entrevistas foi essencial para compreender a realidade vivenciada pelos atores sociais em debate na pesquisa. As informações adquiridas por meio de conversas, devidamente autorizadas, e ainda assim conduzidas de maneira informal, foram essenciais em dois sentidos:

1. Para *informar*: apresentando os pontos de vista e práticas pessoais dos interlocutores no que tange aos seus conhecimentos e compreensões sobre as noções de identidade e propriedade.
2. Para *representar*: para além da informação pessoal, foi possível partir do posicionamento dos interlocutores para construir conceitos que representam a situação de pelo menos três grupos de ribeirinhos afetados pela construção de Belo Monte.

Ressalto que os interlocutores foram selecionados sem base em critérios rígidos, mas sim considerando a facilidade de contato, bem como a disponibilidade para uma conversa no período em que estive em Altamira. O contexto, no entanto, não facilitou a realização de entrevistas em larga escala. Aqueles que foram deslocados espalharam-se com suas famílias no município de Altamira, passando a habitar bairros mais remotos e periféricos. Já os que permaneceram em suas ilhas geralmente se encontram em locais onde a comunicação é dificultada pela falta de sinal telefônico, ou, ainda, estariam em localidades de difícil acesso para a realização da pesquisa.

Desse modo, considerando os fatores que influenciaram as escolhas dos interlocutores, o roteiro da entrevista realizada com os ribeirinhos afetados pela UHE de Belo Monte teve como objetivo ter um tom mais voltado para o que chamo de uma conversa. As perguntas buscaram ser diretas, sofrendo algumas alterações quando necessário para garantir o bom encaminhamento da entrevista.

Por meio dessa dinâmica, elaborei o Quadro 1, a seguir, com o perfil dos entrevistados.

### QUADRO 1 – PERFIL DOS ENTREVISTADOS

QUEM É?	LUGAR DE ONDE FALA	PERFIL DO ENTREVISTADO
ENTREVISTADO 01 – DATA: 10.02.2017	ALTAMIRA – BAIRRO BONANZA	EX-PESCADORA, COM DESCENDÊNCIA INDÍGENA, 69 ANOS. HABITAVA A ILHA DO JATOBÁ HÁ MAIS DE 10 ANOS. TRATA-SE DE UMA PESSOA QUE NÃO FOI PROPRIAMENTE DESLOCADA, MAS QUE TAMBÉM NÃO PODE RETORNAR PARA SUA ILHA. MORA ATUALMENTE EM ALTAMIRA, COM O MARIDO DOENTE.
ENTREVISTADO 02 – DATA: 11.02.2017	ALTAMIRA – BAIRRO SÃO DOMINGOS	PESCADOR, 44 ANOS, MORAVA NA REGIÃO DO PALHAL. DESLOCADO COMPULSORIAMENTE, PORQUE SUA ILHA FOI SUBMERSA, MORA NA RUA (ALTAMIRA), EM CASA ADQUIRIDA ANTES DA CONSTRUÇÃO DA UHE BELO MONTE (PONTO DE APOIO).
ENTREVISTADO 03 – DATA: 13.02.2017	SENADOR JOSÉ PORFÍRIO – ILHA DA FAZENDA	MORADOR DA ILHA DA FAZENDA POR TODA A SUA VIDA, 66 ANOS. RIBEIRINHO INDÍGENA QUE NÃO FOI DESLOCADO PELA CONSTRUÇÃO DO EMPREENDIMENTO, MAS QUE CONVIVE DIARIAMENTE COM OS IMPACTOS AMBIENTAIS E SOCIAIS OCASIONADOS PELA UHE BELO MONTE.

(CONTINUA)

QUEM É?	LUGAR DE ONDE FALA	PERFIL DO ENTREVISTADO
ENTREVISTADO 04 – DATA: 13.02.2017	SENADOR JOSÉ PORFÍRIO – ILHA DA FAZENDA	MORADOR DA ILHA DA FAZENDA, 44 ANOS. JÁ VIVEU EM OUTROS LUGARES ALÉM DA ILHA DA FAZENDA, NO BRASIL E NO EXTERIOR. ESCOLHEU A ILHA COMO SUA CASA E TRABALHOU PARA A NORTE ENERGIA NO PROCESSO DE RETIRADA DE ANIMAIS SILVESTRES DE ILHAS QUE SERIAM SUBMERGIDAS.
ENTREVISTADO 05 – DATA: 13.02.2017	SENADOR JOSÉ PORFÍRIO – ILHA DA FAZENDA	PESCADOR, 48 ANOS, MORA NA ILHA DA FAZENDA. VENDEDOR DE PEIXES ORNAMENTAIS, SOFRE ECONOMICAMENTE COM AS ALTERAÇÕES AMBIENTAIS QUE O RIO XINGU APRESENTA APÓS O BARRAMENTO FEITO PELA UHE BELO MONTE.

Fonte: Elaboração da autora.

Cabe ressaltar que a não apresentação do nome dos interlocutores ocorreu em função de uma escolha pessoal. Ainda que todos os termos de consentimento para a realização da entrevista estivessem devidamente assinados e permitissem a publicação do nome dos interlocutores, optei por garantir que todos pudessem falar com liberdade, sem que o medo de expor o nome e as verdadeiras opiniões viesse a afetar o andamento da entrevista.

### 2.3. CONSTRUÇÕES QUE VIERAM DA REALIDADE

Tendo em mente as construções aqui apresentadas de maneira resumida sobre identidade e propriedade ribeirinha, bem como os conhecimentos adquiridos em campo, através das entrevistas realizadas com os interlocutores apresentados pelo Quadro 1, elaborei categorias que formam três grupos de ribeirinhos impactados pela construção e operação de Belo Monte, com base nos impactos vivenciados em sua propriedade (aqui aplicada em seu sentido amplo, resalto):

- a. O primeiro grupo consiste na categoria de “ribeirinhos não deslocados”, que compreende aqueles indivíduos que não precisaram ser deslocados com a implementação, nem com a operação da UHE Belo Monte. Isso se deu, geralmente, porque se encontravam em áreas de influência indireta do projeto.
- b. O segundo grupo, a categoria dos ribeirinhos “não deslocados, porém deslocados”, compreende os ribeirinhos que ficaram em uma situação

de meio-termo, pois foram deslocados de suas terras (seja física e/ou economicamente) quando poderiam não ter sido. São indivíduos que vivenciam grande incerteza, porque foram impactados diretamente pelo empreendimento, mas não foram considerados entre os inseridos na área de influência direta do projeto.

- c. Por fim, definiu-se um terceiro grupo composto por “ribeirinhos deslocados”, ou seja, aqueles que, antes silenciados, passaram a assumir uma posição de protagonismo na luta por seus direitos, e encontravam-se no epicentro da disputa com outros grupos sociais, como a Norte Energia.

Cada grupo apresentou, ao longo das entrevistas, suas considerações sobre identidade e propriedade, as quais auxiliaram na construção de uma dimensão empírica sobre comunidades tradicionais ribeirinhas atingidas por Belo Monte. Com destaque para a construção de conceitos de propriedade ribeirinha “fora da caixa” ao se considerar que o modo de vida tradicional está diretamente relacionado ao ambiente ocupado, compreendeu-se por meio da pesquisa que também não há um “molde conceitual” para propriedade ribeirinha.

Há uma relação com a propriedade comum, ou seja, do grupo, que determina de que modo a dependência pelos rios e seus afluentes vai se estabelecer. Cada comunidade torna-se, então, única e, ainda assim, capaz de sofrer transformações ao longo dos anos, ante as modificações históricas, sociais, econômicas e ambientais às quais poderá se submeter. No entanto, destaco que estas são constatações acadêmicas.

Para alguns dos ribeirinhos com quem conversei, a palavra “propriedade”, tão comum em nosso cotidiano, representou uma incógnita. O rio, a água, os peixes, foram considerados como parte da propriedade, assim como também são tratados como um bem de todos. A vivência, a relação com o vizinho, a terra e as suas “coisinhas” também foram consideradas como propriedade por uma interlocutora. O barco, a roça, as criações, a casa da ilha, a casa da rua também são propriedade para os ribeirinhos.

Essas pessoas compreendem propriedade de uma maneira muito mais abrangente do que aquela definida pelo nosso Código Civil, por exemplo. A inclusão de suas terras e quintais, os barcos de pesca, a casa, além dos seus bens pessoais no conceito significa que para eles propriedade não é necessariamente igual a terra. O sentimento de pertencimento, e aqui não estou

falando de pertencimento a um lugar, mas de pertencimento das coisas, está diretamente relacionado aos bens que integram o modo de vida ribeirinho.

Compreendi, assim, que cada grupo, apesar de ter conceitos de identidade e propriedade muito parecidos, vivencia Belo Monte a seu modo. E é por esse motivo que esse capítulo defende, até o seu fim, que cada indivíduo ribeirinho seja tratado a seu modo, levando-se em consideração suas particularidades e vivências no vasto Xingu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

**D**a leitura de *O velho e o mar*, de Ernest Hemingway, retirei a inspiração para o título de minha dissertação de mestrado. Na ficção, o velho pescador luta pela vida e isso o leva até o uso limítrofe de suas forças. Na “realidade”, os ribeirinhos do rio Xingu também são como o velho. Lutam por sua sobrevivência. Em alguns momentos na base da indignação, outros na resignação, ainda assim, muitas vezes “invisíveis” em um contexto maior, que é o de garantia da manutenção do seu modo de vida tradicional.

Partindo dessa reflexão, retomo aqui a consideração de que a questão ribeirinha ainda se encontrava em incipiente processo de discussão no contexto pesquisado. Tanto é verdade que não foi possível responder à pergunta de pesquisa que me propus a responder inicialmente.

Foi necessário recuar, analisar propriedade e identidade das comunidades ribeirinhas como um primeiro passo para se criar uma base conceitual que não precisaria se adequar ao discurso “uniformizador” empregado pelo Direito. O processo de se “categorizar” as comunidades ribeirinhas precisaria, portanto, estar de acordo com os diferentes posicionamentos apresentados pelos membros dessas comunidades tradicionais. E mais: a compreensão de quem seria o velho ribeirinho afetado por Belo Monte, bem como a análise das violações dos seus direitos no processo de construção e operacionalização da usina hidrelétrica caberiam em um momento posterior de pesquisa acadêmica.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Barreto de. Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização e movimentos sociais. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 6, n. 1, p. 9-32, maio 2004.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Barreto de. *Terra de quilombo, terras indígenas, “babaquais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto*: terras tradicionalmente ocupadas. 2. ed. Manaus: GSCAUFAM, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Barreto de. *Conceito de terras tradicionalmente ocupadas* (palestra – seminário sobre questões indígenas). Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/639912](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/639912). Acesso em: 15 jun. 2019.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Barreto de; MARIN, Rosa Elizabeth Acevedo. Pescadores, ribeirinhos e indígenas: mobilizações étnicas na região do rio Xingu: resolução não negociada dos conflitos na usina hidrelétrica de Belo Monte. In: OLIVEIRA, João Pacheco de; COHN, Clarice (ed.). *Belo Monte e a questão indígena*. Brasília: ABA, 2014. p. 143-169.

ALMEIDA, Graziela Rodrigues de. *Terras indígenas e o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Estreito*: análise etnográfica de um conflito socioambiental. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2007.

BARRETTO FILHO, Henyo T. Populações tradicionais: introdução à crítica da ecologia política de uma noção. In: ADAMS, Cristina; MURRIETA, Rui Sérgio Sereni; NEVES, Walter Alves (ed.). *Sociedades Caboclas Amazônicas: modernidade e invisibilidade*. São Paulo: Annablume, 2006. p. 109-143.

CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (CNDH). *Relatório da missão do CNDH em relação à população atingida pela implementação da UHE Belo Monte*. Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2015.

DIEGUES, Antônio Carlos S. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: USP, 2000.

DIEGUES, Antônio Carlos S. Repensando e recriando as formas de apropriação comum dos espaços e recursos naturais. In: MOREIRA, André de Castro C.; DIEGUES, Antônio Carlos S. (ed.). *Espaços e recursos naturais de uso comum*. São Paulo: Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas em Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2001.

FGVces; PDRS XINGU (ed.). *Mapa dos caminhos*: deslocamentos no meio rural – fevereiro a julho 2015, 2015. Disponível em: <http://indicadoresdebelomonte.eco.br>. Acesso em: 29 nov. 2019.

HEMINGWAY, Ernest. *O velho e o mar*. [s.l.]: Livros do Brasil, 1956.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Indigenous & Tribal Peoples' Rights in Practice*: a guide to ILO Convention n. 169. ILO, 2009. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_106474.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_106474.pdf). Acesso em: 15 jun. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *O ribeirão e seu território tradicional*: regularização fundiária em terras da União. Brasília, DF: IPEA, 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160805\\_cartilha\\_spu.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160805_cartilha_spu.pdf). Acesso em: 15 jun. 2019.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Dossiê Belo Monte: não há condições para a licença de operação*. 2015. Disponível em: [http://pib.socioambiental.org/anexos/31046\\_20150701\\_170921.pdf](http://pib.socioambiental.org/anexos/31046_20150701_170921.pdf). Acesso em: 15 jun. 2019.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Kararaô vem aí: projeto tem a simpatia dos principais candidatos às eleições presidenciais*. 2002. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/noticia/5020>. Acesso em: 15 jun. 2019.

LIMA, Roberto Kant de. Antropologia jurídica. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (ed.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília; Rio de Janeiro; Blumenal: ABA; LACED; Nova Letra, 2012. p. 35–54.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico* – 2009, n. 2, p. 25–51, 2010.

LITTLE, Paul E. Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. In: BURSZTYN, Marcel (org.) *A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos socioambientais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

LITTLE, Paul E. Etnoecologia e direitos dos povos: elementos de uma nova ação indigenista. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista*. Coleção Territórios sociais. Contra Capa, [s.l.], v. 6, p. 39–47, 2002.

LITTLE, Paul E. *A etnografia dos conflitos sócio-ambientais: bases metodológicas e empíricas*. Paper apresentado em II Encontro da ANPPAS. Indaiatuba, 27 maio 2004a.

LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*. Brasília, v. 28, n. 1, 2002/2003, p. 251–290, 2004b.

LITTLE, Paul E. *Ecologia política como etnografia: um guia teórico e metodológico*. *Horizontes Antropológico*, Porto Alegre, v. 12, n. 25, p. 85–103, jun. 2006.

MOVIMENTO XINGU VIVO. *2a reunião do Conselho dos Ribeirinhos do Reservatório Xingu realizado em 13 de janeiro de 2016, no escritório do Movimento Xingu Vivo Para Sempre-Altamira-PA*, 16 jan. 2017. Disponível em: <https://www.facebook.com/movxinguvivo/posts/1171580409557579:0>. Acesso em: 15 jun. 2019.

MPF-PA. *Relatório de Inspeção Interinstitucional: áreas ribeirinhas atingidas pelo processo de remoção compulsória da UHE Belo Monte*. Brasília, DF: MPF, 2015. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/>. Acesso em: 15 jun. 2019.

NORTE ENERGIA. *Projeto Básico Ambiental (Vol 06, Item 15)*. Norte Energia, set. 2011a. Disponível em: <http://www2.defensoria.pa.def.br/portal/anexos/File/BeloMonte/PBA/Volume%20VI%20-%20Itens%2013%20a%2017/VOL%20VI%20-%2015%20-%20pacuera.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

NORTE ENERGIA. *Projeto Básico Ambiental (Vol 02, Item 4)*. Norte Energia, set. 2011b. Disponível em: <http://www2.defensoria.pa.def.br/portal/anexos/File/BeloMonte/PBA/Volume%20II%20-%20Item%2004/VOL%20II%20-%204%20-%20plano%20atend%20pop%20atingida.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

NORTE ENERGIA. *Projeto Básico Ambiental (Vol 01)*. Norte Energia, set 2011c. Disponível em: Disponível em: <http://www2.defensoria.pa.def.br/portal/anexos/File/BeloMonte/>

PBA/Volume%20I%20-%20Item%2001%20a%2003/VOL%20I%20-%201%20-%20caracterizacao.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

NORTE ENERGIA. *UHE Belo Monte*, [s.d.]. Disponível em: <http://restrito.norteenergiasa.com.br/site/wp-content/uploads/2015/01/PAPER-BELO-MONTE-DEZEMBRO.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Conflitos ambientais: saber acadêmico e outros modos de conhecimento nas controvérsias públicas sobre grandes projetos de desenvolvimento. *Revista Antropológica*, n. 36, p. 11-25, 2014.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. *A ambição dos pariwat: consulta prévia e conflito socioambiental*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2016.

SANCHES, Rosely Alvim; VILLAS-BOAS, André. Os formadores do rio Xingu: desafios para a preservação ambiental e a gestão ambiental. In: BENSUSAN, Nurit (ed.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para que e por quê*. São Paulo: Peirópolis, 2008.

SILVA, Janaina Nascimento. *Não é fácil ser verde e construir uma hidroelétrica: o processo de Licenciamento Ambiental de Belo Monte*. Monografia (Especialização em Direito Ambiental e Gestão Estratégica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: UNESCO, [s.d.].

URIARTE, Urpi Montoya. O que é fazer etnografia para os antropólogos? *Ponto Urbe*, São Paulo, v. 11, 2012.



## CAPÍTULO 3

### EM BUSCA DE DIÁLOGO E RECONHECIMENTO NO STF: A ATUAÇÃO COMO *AMICUS CURIAE* NOS CASOS RELATIVOS A PESSOAS TRANS<sup>1</sup>

Ana de Mello Côrtes

#### INTRODUÇÃO

No atual contexto político no Brasil, o Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) têm se tornado espaço de grandes disputas pela concretização de direitos fundamentais. Embora não seja considerado o ideal, o Tribunal é visto muitas vezes por organizações de movimentos sociais como a única instituição capaz de garantir direitos contramajoritários em um país com um congresso conservador como o brasileiro. Nos últimos anos, de fato, o Supremo tem decidido casos de grande impacto na vida de minorias sociais, como os relativos à alteração de nome para pessoas trans,<sup>2</sup> ao casamento homoafetivo, às cotas raciais, à violência contra a mulher e ao aborto de feto anencefálico.

No entanto, o acesso aos debates na jurisdição constitucional não é simples para as entidades da sociedade civil. Existem entraves relacionados à seletividade social do STF, como a demora na divulgação da pauta, a exigência de representação por advogado, entre outros, que afetam a possibilidade de participação de entidades que atuam com recursos humanos e financeiros limitados, mesmo por meio de mecanismos considerados formas de abrir essa arena para a população, como, por exemplo, a participação como *amicus curiae*.

A dissertação intitulada *Em busca de diálogo e reconhecimento no STF: a atuação como amicus curiae nas causas relativas a pessoas trans* se debruça sobre casos que levam especificamente direitos de pessoas trans à pauta do STF e tem como principais objetos a atuação como *amicus curiae* nessas ações, bem como as organizações que atuaram dessa maneira. Esse trabalho buscou res-

1 Artigo derivado da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), sob orientação da professora Marta Rodriguez de Assis Machado.

2 A palavra “trans” é usada aqui como termo guarda-chuva para se referir às identidades trans.

ponder quais as vantagens e quais as limitações da mobilização do Direito e da atuação como *amicus curiae* para entidades atuantes em prol dos direitos de uma minoria social, no caso, as pessoas trans. Para isso, contou com a análise documental de todo o conteúdo produzido nos autos dos processos e com entrevistas<sup>3</sup> realizadas com todas as organizações de movimentos sociais atuantes como *amicus curiae*, bem como com a maior parte dos atuantes por esse meio de forma geral.

Para além dos dados empíricos, a pesquisa se delineou em termos da literatura sobre reconhecimento, sobre movimentos sociais e especialmente sobre mobilização do Direito, o que para os casos examinados nesse trabalho significa utilização do Direito e de seus mecanismos como um meio para combater um grande obstáculo ao desenvolvimento político e social: a discriminação sistemática contra uma minoria social.

De modo geral, os principais resultados<sup>4</sup> podem ser apontados como as grandes dificuldades que se apresentaram de forma comum no caminho das entidades e as estratégias criadas por essas entidades para superá-las.

## 1. MÉTODO

Para o mapeamento das ações a examinar, embora já tendo em mente casos conhecidos tanto pelo debate público como pela atuação anterior, foi feita uma pesquisa de processos e de jurisprudência para checagem no *site* do STF com diversas palavras-chave (como “transexualidade”, “travestilidade”, “transexual”, “travesti”, “transexual\$”) verificando que são três os casos que

- 3 Agradeço imensamente às minhas entrevistadas, Gabriela Rondon (ANIS), Gisele Alessandra Schmidt e Silva (Grupo Dignidade), Juliana Cesário Alvim Gomes (Clínica de Direitos Humanos da UERJ) e Patrícia Gorisch (IBDFAM), e aos meus entrevistados, Antonio Marcos Quinupa (Transgrupo Marcela Prado) e Paulo Iotti (ABGLT e GADVS), por toda a atenção e pelas informações indispensáveis a esse trabalho. Embora, pela limitação do tamanho de um capítulo, não seja possível citar suas falas na íntegra, elas são bases para as reflexões aqui escritas e são mais profundamente exploradas na dissertação, na qual também estão disponíveis para consulta na totalidade como anexos.
- 4 Ao longo da dissertação os resultados contêm também um exame bastante detalhado da atuação de diversas entidades no STF e de características e dificuldades ímpares para cada uma delas que são, contudo, apresentadas de maneira bastante sucinta ao longo deste capítulo.

abordam especificamente pautas da população no STF: a ADI n. 4.275, o RE n. 845.779 e o RE n. 670.422.<sup>5</sup>

Nesses casos, não havia à época da realização da pesquisa qualquer decisão; por outro lado, havia diversas organizações da sociedade civil interessadas em fazer parte da discussão sobre o tema nessa arena. Desse modo, foi possível investigar a atuação pelo instituto *amicus curiae* e as estratégias de articulação promovidas pelas entidades, movendo o olhar das cortes para os agentes da mobilização, um olhar em geral pouco documentado pela literatura brasileira (MACIEL, 2011).

Dos três casos citados, o RE n. 670.422 está em segredo de justiça, assim, as peças desse processo não estão disponíveis para consulta no *site* do STF.<sup>6</sup> Foram considerados, então, para a pesquisa, que se propôs a analisar todas as informações disponíveis para o público em geral (todas as peças processuais e manifestações orais), os outros dois casos.

O pedido de ingresso como *amicus curiae* pode ser apresentado de duas formas: o pedido de ingresso e a manifestação como *amicus curiae* sobre o caso na mesma peça ou apenas o pedido de ingresso (sendo a manifestação em si protocolada posteriormente). Após essa primeira manifestação, o ministro relator decide sobre a admissão.

Por meio do mecanismo de pesquisa disponibilizado no *site* do STF, todos os pedidos de ingresso, bem como as decisões sobre eles, foram examinados. Todas as manifestações escritas consideradas para a fase documental da pesquisa estavam, portanto, disponíveis para consulta no *site* do Tribunal, e as manifestações orais foram transmitidas pela TV Justiça e estavam integralmente disponíveis na internet.<sup>7</sup>

- 5 É importante pontuar que casos decididos de maneira monocrática, aos quais não se apliquem a repercussão geral ou nos quais não haja participação de *amici curiae*, fogem ao escopo do trabalho, ainda que tratem especificamente de direitos de pessoas trans, como o HC n. 152.491, no qual o ministro Luís Roberto Barroso decidiu que duas travestis fossem colocadas em estabelecimentos prisionais de acordo com sua identidade de gênero.
- 6 Ainda que seja possível ver quais entidades atuaram como *amici curiae*, não é possível ter acesso ao pedido de ingresso e às demais manifestações de cada uma delas, da mesma forma que não estão disponíveis informações sobre pedidos de ingresso não aceitos ou sobre as decisões acerca de cada pedido de ingresso.
- 7 Manifestações orais disponíveis em: [https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57\\_Ku6c](https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57_Ku6c) e <https://www.youtube.com/watch?v=RPcIepli47g> (a partir de 1:47:00). Acessos em: 2 dez. 2019.

Uma vez que, reunidos os dados da fase documental da pesquisa, esses não foram suficientes para responder pontos essenciais quanto à atuação das entidades, surgiu a necessidade de buscar o contato direto com os atores e atrizes da mobilização. Dessa maneira, para explorar mais profundamente a perspectiva dessas pessoas atuantes (questão epistemológica) e para conhecer de forma interna as questões enfrentadas por ela (questão política) adotei a realização de entrevistas (POUPART, 2008, p. 216).

Para essas entrevistas, foi escolhida a forma semiestruturada, na qual há um roteiro de questões a serem respondidas, mas há margem para diálogo entre entrevistador e entrevistado, com a possibilidade de relance (convidar a elaborar mais ou fazer perguntas espontâneas para aprofundar as respostas).

## 2. CASO E CONTEXTO

### 2.1. CONTEXTO

Historicamente, mesmo entre o segmento LGBT, a população trans enfrentou uma realidade de exclusão, considerando que o histórico das reivindicações, das conquistas e da visibilidade se concentrou, durante muito tempo, nos interesses de homens *gays* cisgêneros (FACCHINI, 2005, p. 96).

Ainda nos dias de hoje, dentre os LGBT, as pessoas trans são as maiores vítimas de discriminação e dos crimes letais mais cruéis, de acordo com dados do Grupo Gay da Bahia (GGB). É relevante pontuar, ainda, que há subnotificação nesses casos, uma vez que as estatísticas muitas vezes consideram apenas o gênero designado no nascimento, o que aponta para mais uma faceta da falta de reconhecimento das identidades trans (AGUIÃO, 2014, p. 110).

De todo modo, em geral, órgãos oficiais nem mesmo têm como uma preocupação a produção de dados estatísticos sobre pessoas trans. A reunião desses dados costuma ficar, portanto, a cargo de organizações não governamentais afetadas tanto pela notificação quanto por dificuldades de atuação. Muitos desses dados explicitam a discriminação contra as pessoas trans. A ONG Transgender Europe,<sup>8</sup> por exemplo, aponta em seus dados o Brasil como o país mais violento do mundo para pessoas trans; a ONG carioca

8 Dados disponíveis em: <http://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/>. Acesso em: 2 dez. 2019.

Transrevolução<sup>9</sup> estima a expectativa de vida de pessoas trans em 30 anos e a Agência Brasil aponta que a discriminação leva à evasão escolar e à exclusão do mercado de trabalho (CAZARRÉ, 2015). Quanto ao mercado de trabalho, a ANTRA aponta, ainda, que 90% das mulheres trans, excluídas do mercado formal, trabalham na prostituição (FERREIRA, 2020).

Protagonistas dos dados de violência, mas muitas vezes não do movimento LGBT geral, pessoas trans muitas vezes se sentem invisibilizadas e preteridas até mesmo no meio LGBT, sentimento esse que impulsiona a articulação paralela em movimentos voltados especificamente a suas pautas (AGUIÃO, 2014, p. 156-157).

Tendo como parte da proposta compreender o papel do Direito e do Poder Judiciário na atuação de organizações de movimentos sociais, a forma de investigação dessa pesquisa se relaciona a uma agenda de pesquisa conhecida como mobilização do Direito (*legal mobilization*) (FANTI, 2017).

Essa área vem crescendo na abordagem da eficácia de estratégias envolvendo o Direito especialmente após os anos 1990, e tem como duas de suas referências Gerald Rosemberg, que defende que o Direito é incapaz de promover reformas políticas significativas, então apenas decisões que afetam diretamente demandas de determinados movimentos sociais teriam importância nesse sentido (ROSEMBERG, 1991, p. 40, 70 e 71), e Michael McCann, que entende o Direito de modo expandido, com o foco deslocado para a ação de grupos e organizações em busca de seus objetivos (MCCANN, 2010, p. 182).

A visão de McCann, segundo a qual o Direito tem impactos na mobilização dos movimentos sociais, transcendendo casos e decisões, está mais relacionada ao escopo desse trabalho. McCann (2008, p. 3) utiliza uma abordagem *bottom-up* (de baixo para cima) para mover o foco das cortes e de suas decisões para os movimentos, suas formas de articulação e de atuação. As características dessa abordagem envolvem voltar-se a agentes não oficiais do Direito e voltar o foco a grupos mais marginalizados e não detentores de poder na sociedade civil.

9 “TransRevolução convoca: ato pelo dia da Visibilidade Trans no Rio de Janeiro”. Blog do grupo TransRevolução, 27 jan. 2015. Disponível em: <http://grupotransrevolucao.blogspot.com.br/2015/01/transrevolucao-convoca-atopelo-dia.html>. Acesso em: 2 dez. 2019.

Nesse sentido, Charles Epp (1998) entende que tanto a atenção dada no Direito, quanto os avanços conquistados por esse meio em relação a direitos individuais, partem da pressão que vem “de baixo”, da organização estratégica de defensores de direitos, sendo essenciais recursos como organizações, advogados e financiamento.

Tendo em consideração as críticas sobre o possível impacto da mobilização do Direito, McCann (2006, p. 32) defende que os estudos sobre o tema mostram que as táticas desenvolvidas e as possibilidades de atuação podem ajudar os ativistas a ganhar visibilidade e influência no debate sobre seus direitos e na implementação de políticas públicas. O diálogo dessa pesquisa com esse ponto de vista é estabelecido pelo foco nos agentes da mobilização e nos seus efeitos para além da decisão. Dessa maneira, o Direito é um meio e um recurso a ser mobilizado dentre outros.

A importância dos tribunais na mobilização está, para McCann (2010, p. 184, 188–189), em dois níveis interligados: o instrumental ou estratégico (uso do Direito com ações, decisões e precedentes em busca de suas demandas) e o constitutivo (como tribunais ampliam e refinam a linguagem do Direito na sociedade).

Os casos retratados nesse trabalho apontam para a importância em ambas as dimensões. No aspecto instrumental, pode ser vista quando uma série de organizações buscam a possibilidade de atuação como *amicus curiae* como formas de defesa de direitos, levando a momentos históricos, como a primeira advogada trans a sustentar oralmente no STF (CASADO, 2017), e no aspecto constitutivo, quando a linguagem do Direito transcende seu uso no Judiciário, como acontece ao nomear campanhas pela internet como “nome social é direito” (LUCON, 2016; JONES, 2016).

As teorias clássicas dos movimentos sociais voltam-se a pontos diferentes do fenômeno e têm conceitos úteis à compreensão das possibilidades de mobilização do Direito. A Teoria de Mobilização de Recursos se volta à dimensão micro-organizacional e estratégica, a Teoria do Processo Político ao ambiente macropolítico e a Teoria dos Novos Movimentos Sociais aos aspectos simbólicos e cognitivos (ALONSO, 2009, p. 69).

No contexto da mobilização do Direito, a ideia de oportunidade política, por exemplo, a partir da Teoria do Processo Político e da noção de oportunidade de ação influenciada pelo contexto político, torna-se o conceito de oportunidade jurídica (FANTI, 2017, p. 256–257). A atuação como *amicus*

*curiae*, nesse sentido, em tese, permite o acesso de movimentos sociais, ao menos como aliados, aos debates relativos a pautas que os afetam.

Partindo do conceito de oportunidade política e dos fatores mais reconhecidos pela literatura como influências para que ela exista, Ellen Andersen (2005) estabelece fatores que podem influenciar a oportunidade. Os fatores definidos por Andersen são acesso, configuração do poder e sistemas de apoio e de oposição. Para a autora, são os enquadramentos (*frames*) que fundamentam a oportunidade, fazendo com que seja classificada ou não como jurídica.

## 2.2. CASO

Os temas dos casos em pauta no STF que foram examinados nessa pesquisa estavam em pauta em outros tribunais anteriormente. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, entre 2011 e 2015 aumentou tanto o número de transexuais que pleiteavam a mudança de seus documentos quanto aqueles que o faziam sem ter realizado cirurgia de transgenitalização (CÔRTEZ, 2019).

O Judiciário já havia se tornado o principal árbitro sobre se essas pessoas poderiam alterar seus documentos e como o fariam, uma vez que não havia definição legal específica sobre os casos e a Lei de Registros Públicos data de 1973. Nessa situação de indefinição, os entendimentos sobre a questão variavam muito e a aplicação da LRP era muitas vezes discriminatória, com diferenciações e com a criação de requisitos não previstos em lei empregados em prejuízo de um grupo, o que caracteriza a chamada discriminação direta na aplicação do Direito (RIOS, 2008, p. 89).

Duas demandas individuais de pessoas trans que estavam sendo discutidas no Judiciário chegaram ao STF como Recursos Extraordinários (uma sobre alteração dos documentos e outra sobre indenização por tratamento discriminatório). Antes disso, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade havia sido proposta sobre alteração do registro civil.

Esses casos foram estudados em um período no qual já estavam na pauta de julgamento, mas ainda não havia qualquer decisão, o que quer dizer que, pela jurisprudência do Tribunal, não seriam habilitados novos *amici curiae*.

Proposta em 2009 pela então Procuradora Geral da República Débora Duprat, a ADI n. 4.275 pleiteava a interpretação conforme a constituição da LRP, de forma que fosse aplicada com igualdade a todas as pessoas, permitindo às pessoas trans a alteração de seus documentos sem que fosse realizada

cirurgia de transgenitalização. A petição inicial foi acompanhada de manifestações da ABGLT e da ANTRA. Débora Duprat foi a primeira mulher a ocupar o cargo de PGR e em um mandato interino de apenas 22 dias não só propôs essa ADI como também uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental sobre união civil de pessoas do mesmo sexo e outra sobre a Marcha da Maconha. Além disso, alterou a posição da procuradoria ao emitir parecer favorável ao aborto de feto anencefálico (DUARTE, 2012).

Por sua vez, o RE n. 845.779 foi proposto em oposição ao acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou indenização a uma mulher trans que, impedida de usar o banheiro feminino em um *shopping center*, veio a fazer as necessidades fisiológicas nas próprias vestes. A indenização foi concedida em primeira instância, mas a decisão foi revertida no TJSC, que considerou o fato um “mero dissabor”.

### 3. ADMISSÃO COMO *AMICUS CURIAE*

#### 3.1. AS ENTIDADES

Uma das formas possíveis de classificação das entidades atuantes nos casos é o tipo de organização. A importância dessa classificação é a diversificação do debate constitucional, uma vez que entre elas existem as legitimadas a propor ações do controle concentrado de constitucionalidade e, por outro lado, aquelas que no entendimento tradicional<sup>10</sup> do Supremo não seriam legitimadas e, portanto, muitas vezes têm na atuação como *amicus curiae* sua única possibilidade de participação. São os chamados, pela professora Eloísa Machado de Almeida (2015, p. 147), atores inovadores.

A maior parte das entidades que se interessaram em atuar como *amici curiae* nos casos considerados para o trabalho podem ser chamadas de entidades militantes em suas respectivas áreas de atuação e não estariam tradicionalmente legitimadas para atuar como proponentes de ações do controle concentrado, como é o caso da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas,

<sup>10</sup> A palavra “tradicional” é utilizada aqui porque em 2018 uma decisão do Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu a legitimidade de uma organização da sociedade civil, a ABGLT, como proponente de ação do controle concentrado de constitucionalidade, uma decisão inovadora que contraria o entendimento antes consolidado pelo STF.

Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) e do Instituto de Bioética, do Transgrupo Marcela Prado e dos grupos Dignidade, Nuances e Igualdade (ANIS).

Também atuaram entidades formadas principalmente por pessoas ligadas ao Direito e atuantes em defesa de direitos por meio do âmbito jurídico, caso do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADVS) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em tese também não legitimadas a propor ações do controle concentrado.<sup>11</sup> Também entre os atores inovadores estão os grupos ligados à universidade, como o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS), que surgiram na UERJ e possuem um componente acadêmico em sua atuação.

Apenas duas organizações dentre as atuantes como *amici curiae* não podem ser consideradas atores inovadores porque já são legitimadas a propor ações de controle concentrado qualquer que seja a interpretação do Supremo. São elas a Defensoria Pública da União, um ator estatal, e o Conselho Federal de Psicologia, um conselho de profissionais.

A área de atuação das entidades, por sua vez, varia das mais focadas em direitos de pessoas trans às que se dedicam à proteção de direitos humanos em geral, passando pelas voltadas para questões de gênero ou para a população LGBT como um todo. A participação pode ser também fruto de uma parceria entre entidades acadêmicas ligadas ao Direito e à litigância estratégica, e entidades focadas na proteção dos direitos em pauta no caso. É o que acontece na parceria entre CLAM, LIDIS e a Clínica de Direitos Humanos da UERJ, e entre Nuances e Igualdade e o Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade (GEDS) da Faculdade de Direito da USP.

Um dos recursos essenciais para que a mobilização do Direito por esse meio seja possível é o acesso a atores e atrizes jurídicos com capacidade

11 O IBDFAM propôs a ADI n. 5422 acerca da cobrança de imposto de renda sobre pensão alimentícia e questionou a interpretação do artigo 103, XI, da CF pelo STF; no entanto, a legitimidade da entidade vem sendo questionada no próprio caso devido ao entendimento até então consolidado no Tribunal de que a categoria “entidade de classe” representa uma categoria profissional ou econômica específica e homogênea.

postulatória. Nos casos que discutiram direitos de pessoas trans essa representação se dá de três maneiras principais, quais sejam: a organização ser formada por advogados, a organização possuir advogados ou a organização realizar parcerias. A existência de garantias constitucionais ou de decisões favoráveis a direitos não é suficiente à mobilização do Direito, pois que esta depende diretamente da estrutura das organizações e de uma série de outros recursos, entre eles o acesso a representantes ligados à litigância estratégica (EPP, 1998, p. 18).

A experiência e a *expertise* das entidades em atuar no STF também variam muito. Algumas nunca chegaram a atuar no STF (embora a experiência da tentativa possa ter simbolizado avanços para os membros do grupo), ao passo que outras têm experiência significativa de atuação no STF, de acordo com seu âmbito de interesse.

Quanto à *expertise* de atuação, podem ser destacadas as práticas da Clínica de Direitos Humanos da UERJ, que tem grande experiência na atuação no STF e busca fazer parcerias para compartilhá-la, e da ANIS, que busca realizar formações e compartilhar seus conhecimentos a fim de qualificar outros atores e atrizes para enfrentar essa arena.

Ainda quanto aos recursos, as oportunidades de financiamento para a atuação em litigância estratégica em direitos de minorias sociais são limitadas, de modo que, entre as entidades entrevistadas, predominou a ausência do financiamento e o uso de recursos próprios, uma grande limitação para a atuação de algumas pessoas e organizações. Mesmo que não haja cobrança de taxas para atuar como *amicus curiae*, existe uma série de gastos envolvidos, como honorários advocatícios, material de escritório, viagens, entre outras (ALMEIDA, 2015, p. 88). O acesso a esses recursos é essencial para a disputa de direitos no Judiciário devido à necessidade de recursos humanos e financeiros para a atuação (EPP, 1998).

### 3.2. SISTEMAS DE OPOSIÇÃO

Um dos fatores definidos por Andersen (2005) como influenciadores da oportunidade jurídica é a existência de sistemas de apoio e oposição. Nos casos considerados, é possível observar que os sistemas de oposição não se articularam para a atuação como *amicus curiae*.

Essa particularidade significa que nesses casos houve apenas manifestações favoráveis aos direitos de pessoas trans como *amicus curiae*, o que difere de outros casos envolvendo a população LGBT como um todo, como a

ADPF132/ADI4277, sobre união estável homoafetiva,<sup>12</sup> e a ADO 26, sobre criminalização da homotransfobia.<sup>13</sup>

### 3.3. ARGUMENTOS E CRITÉRIOS

A Lei n. 9.868/1999 define como critérios para admissão como *amicus curiae* a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Contudo, esses critérios não estão especificamente definidos, o que leva à discricionariedade dos ministros na decisão sobre a admissão ou não. Essa questão é ilustrada pela experiência do Grupo Dignidade, que teve o ingresso aceito em um dos casos e negado em outro, ambos com justificativa ligada à representatividade, o que leva a inferir definição diferente do critério entre ministros.<sup>14</sup>

Nos casos em pauta, o argumento mais comumente apresentado para o ingresso no processo foi a classificação da atuação como notória, de abrangência nacional ou focada na defesa de direitos de pessoas LGBT. Outras linhas de argumentação observadas foram a afirmação do saber jurídico ou técnico da entidade, a pluralização do debate e, para os grupos auto-organizados de pessoas trans, a contribuição que essa participação pode trazer. Também, quase todos os pedidos de ingresso solicitaram a oportunidade de sustentar oralmente, que atualmente é concedida a todos os admitidos no processo (ALMEIDA, 2006).

Os argumentos empregados, bem como a forma como o pedido de ingresso é escrito, demonstram muitas vezes uma diferença na experiência na litigância estratégica por direitos humanos no STF, visto que as entidades mais experientes conhecem melhor o Tribunal e tendem a defender o cumprimento dos requisitos de representatividade da entidade e relevância

12 Nesse caso, opuseram-se a associação Eduardo Banks e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

13 Nesse caso, opuseram-se a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE), a Associação Eduardo Banks, a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM) e a Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida.

14 Especialmente no que diz respeito à brevidade e à semelhança dos argumentos considerados, a decisão não parece devidamente fundamentada. A ausência de fundamentação, segundo a professora Eloísa Machado de Almeida (2006), ensejaria a possibilidade de recorrer do despacho denegatório ainda que a previsão em lei seja a da irrecorribilidade das decisões sobre admissão como *amicus curiae*.

da matéria da forma que costumam ser interpretados pelo Tribunal (por exemplo, afirmando assertivamente a abrangência nacional de sua atuação), o que pode refletir na admissão.

Nos casos em que as participações não foram aceitas, as principais justificativas nos despachos foram tempestividade e critérios de representatividade e de âmbito de atuação, enquanto quando foram aceitas são relacionadas à pertinência temática e também ao âmbito de atuação e representatividade. Especificamente quanto à tempestividade, o entendimento sobre o prazo para o pedido de ingresso como *amicus curiae* começa na proposição da ação e termina com sua inclusão na pauta de julgamento. Isto é, o prazo não é objetivamente delimitado, levando a uma incerteza que pode ser um obstáculo à atuação (ALMEIDA, 2015, p. 91).

#### 4. TEOR DAS MANIFESTAÇÕES

A forma como organizações de movimentos sociais enquadram um problema é um dos indicadores do modo como agem e como buscam transformação social. Os quadros (*frames*) atuam como estruturas conceituais para modificar atuais crenças ou construir novas (NUNES, 2013). Os enquadramentos que fundamentam uma determinada demanda são, também, essenciais para a caracterização de uma oportunidade jurídica de atuação, surgindo a necessidade de identificá-los (ANDERSEN, 2005).

Os principais enquadramentos observados foram o direito à identidade de gênero, a igualdade, a intimidade, a saúde, a liberdade, a legalidade e o papel do STF,<sup>15</sup> mas sem grandes diferenças entre as organizações, respeitando a centralidade de um enquadramento ou de outro adotada em cada manifestação. Essa similaridade pode se dar pela forma de elaboração das manifestações, a ser explorada em uma das seções seguintes.

As relevantes exceções a esse uso similar dos enquadramentos são a adoção de uma abordagem patologizante da transexualidade pela manifestação dos grupos Nuances e Igualdade (diferentemente dos demais) e a manifestação do Transgrupo Marcela Prado, em um formato diferente e menos padronizado em termos jurídicos, que estabelece uma crítica aos padrões

15 Os enquadramentos, bem como sua utilização por cada uma das entidades, são abordados de maneira mais detida ao longo da dissertação (CÔRTEZ, 2018).

de gênero e uma exposição da experiência de pessoas trans de transgressão desses padrões.

Também foram identificadas, na pesquisa documental, as principais estratégias argumentativas utilizadas. Trata-se de elementos de persuasão utilizados na construção narrativa junto aos enquadramentos, ou seja, elementos trazidos nas manifestações junto aos argumentos, para fortalecê-los e auxiliar no convencimento. Os principais são uso de jurisprudência, retomada de argumentos de outra manifestação, falas de pessoas trans levadas ao Tribunal, exposição do posicionamento de organizações internacionais ou conselhos especializados, exposição de relatos de violência e uso do Direito comparado.

As estratégias mais relevantes<sup>16</sup> do ponto de vista da mobilização são as falas de pessoas trans levadas ao Tribunal e a retomada de argumentos de outras manifestações, que funcionam tanto como uma forma de dar visibilidade ao outro trabalho (especialmente em casos em que o ingresso da outra entidade como *amicus curiae* não foi aceito) quanto como fortalecimento dos argumentos de quem utiliza a estratégia.

## 5. A EXPERIÊNCIA

A motivação para participar do processo constitucional na discussão de casos sobre direitos de pessoas trans foi descrita, na maior parte das entrevistas, como relacionada a, dentro do eixo temático da entidade, encontrar oportunidades que existam para contribuir com a construção do debate e ocupar novos espaços.

Existe uma unanimidade entre as entidades atuantes nesses casos na ideia de que, ainda que o resultado seja parte do objetivo da atuação, não é o único. Com a tentativa de atuar como *amicus curiae* as entidades buscam visibilidade para a pauta e para sua atuação, buscam colocar seus argumentos na disputa e buscam uma transformação de parâmetros que possa repercutir até mesmo na conquista de direitos para outras minorias sociais.

Contudo, as informações recolhidas nas entrevistas realizadas levam à conclusão de que a elaboração das manifestações como *amicus curiae* e a

16 A totalidade das estratégias e a forma como foram adotadas por cada uma das entidades atuantes é abordada de forma mais detida ao longo da dissertação (CÓRTEZ, 2018).

atuação por esse meio, em geral, ficam a cargo de profissionais ligados ao Direito. No momento da elaboração em si não é comum que participem pessoas atuantes na militância e na academia, caso não sejam da área jurídica.

Esse fato é também uma consequência do que se espera e se exige de uma manifestação como essa: um documento assinado por alguém com capacidade postulatória e com conteúdo jurídico. Embora isso possa ser natural para algumas entidades, a depender de sua composição (como as compostas por juristas IBDFAM e GADVS), e embora existam exemplos de advogados também atuantes na militância, como Paulo Iotti e Gisele Alessandra Schmidt, de modo geral essa expectativa pode limitar a participação de membros de diferentes organizações e, conseqüentemente, afetar o conteúdo da manifestação elaborada que, de outro modo, poderia ser mais diverso.

A tendência que existe na forma de elaboração das manifestações pode ser correlacionada à semelhança nos enquadramentos observados nas manifestações mesmo entre organizações muito diferentes. Muitas vezes mesmo os membros da entidade que atua têm essa imagem de que a manifestação deve ser construída e fundamentada de forma bastante jurídica, inclusive relacionando isso à aceitação pelo STF. Entretanto, é relevante pontuar que as articulações construídas para essa atuação estabelecem elos que transcendem a elaboração da manifestação.

Os representantes das entidades entrevistados enxergam o STF de forma diversa, havendo os que acreditam muito ou nada nesse meio como potencial de transformação. A grande maioria, no entanto, apesar de tecer críticas ao Tribunal, o vê como um ambiente de disputa, pontuando que seria hoje o meio existente e possível para avançar em questões como a busca por direitos para pessoas trans. As variadas críticas são relacionadas à inconstância do Tribunal, à evitação de determinados temas, à demora para enfrentá-los e à seletividade em diversos sentidos, ponto que será aprofundado na próxima seção.

## **6. SELETIVIDADE DO STF**

### **6.1. ATUAÇÃO COMO *AMICUS CURIAE***

Considerando a relevância social dos temas que vêm sendo discutidos no STF, a importância dos mecanismos de participação da sociedade civil no processo constitucional se evidencia (MARONA; ROCHA, 2017). Nesse

contexto, muitas vezes atribui-se aos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas o papel de democratização do debate (GARGARELLA, 2019). Para que esse papel seja realizado, contudo, seria necessária uma pluralização dos atores tanto em perfil quanto na argumentação, de modo a fazer uma ligação entre as experiências vividas na sociedade e o Tribunal (ALMEIDA, 2015, p. 20).

Para a participação nas audiências públicas, a forma mais aceita de atuação na arena é relacionada à técnica; são esperadas manifestações focadas em dados relacionados à experiência no campo em pauta, que também são a maioria entre as exposições e cuja tecnicidade chega a ser defendida pelos próprios participantes (GUIMARÃES, 2017, p. 129, 140 e 239). De maneira semelhante, na atuação como *amicus curiae* nos casos em pauta nessa pesquisa a mesma expectativa e a mesma valorização existem, mas com relação ao discurso jurídico.

Nos casos relativos a pessoas trans a exigência de representação por advogados simbolizou, além de uma barreira para o acesso, que algumas vezes demandou diferentes formas de articulação para sua superação, um fator de influência para que as manifestações fossem elaboradas quase que somente por profissionais da área jurídica, levando a manifestações em geral formadas por argumentos jurídicos complexos, o que nem sempre é coerente com o papel de democratização que vem sendo atribuído aos *amici curiae*. A professora Eloísa Machado de Almeida (2015) afirma que é possível defender ser indevida essa exigência de representação por profissional habilitado pela OAB, tendo em vista a natureza peculiar do instituto, a ausência de prazos ou penalidades relativas às alegações, de modo que o profissional não poderia contribuir com mais do que a própria parte.

A exigência de representação por advogado é classificada por Eloísa Machado de Almeida (2015, p. 87 a 92) como uma das condições possivelmente limitadoras de acesso ao STF, bem como o prazo, devido a sua indefinição, e os custos. Além da exigência de representação, as outras condições apontadas também puderam ser vistas no caso e são obstáculos de difícil transposição, como o custo, para entidades que atuam com recursos humanos e financeiros limitados, o que leva os atores e atrizes à necessidade de muitas vezes financiarem sua participação por si próprios e à indefinição observada no STF, por exemplo, quando a pauta não é divulgada com antecedência ou é alterada em data próxima ou no próprio dia marcado (GOMES, 2016).

Na ADI n. 4.275, a questão da definição da pauta do STF foi notável diante do adiamento do julgamento por cinco vezes, o que afeta a possibilidade de deslocamentos para acompanhamento dos casos. Uma outra questão que afeta a discussão dos casos é a possibilidade de pedido de vista, como aconteceu no RE n. 670.422<sup>17</sup> e no RE n. 845.779.<sup>18</sup>

Conrado Hübner Mendes (2018) relaciona a duração de um caso no STF não a sua complexidade, relevância ou à quantidade de trabalho no Tribunal, mas sim a complexidades e instinto de cada julgador, ou mesmo a negociações nos bastidores. O professor defende que “a definição arbitrária do seu tempo decisório é mais uma faculdade que o Supremo conferiu a si mesmo e não explicou a ninguém, um dos poderes mais antidemocráticos que um tribunal pode ter”.

## **6.2. LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOSIÇÃO DE AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO**

O rol de legitimados para proposição de ações do controle concentrado de constitucionalidade foi muito ampliado com relação ao que se observava anteriormente à atual Constituição brasileira. No entanto, embora apresente uma ampla gama de legitimados, pelo menos até junho de 2018 representava uma limitação à atuação de entidades da sociedade civil, ligada ao entendimento consolidado que o STF tinha desse rol, mais especificamente na interpretação do conceito de entidade de classe de âmbito nacional, limitada àquelas de caráter econômico e profissional.

Isto é, o artigo 103 da Constituição Federal estabelece em seu inciso IX que podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”, mas não há nesse artigo ou em quaisquer outros da Constituição uma definição sobre o que são entidades de classe. Sendo assim, a jurisprudência do STF interpretou o artigo e ao longo dos anos consolidou sua interpretação no sentido de que apenas entidades que representassem classes de caráter econômico ou profissional poderiam ser consi-

<sup>17</sup> O pedido de vista do Ministro Marco Aurélio impediu o julgamento em separado do RE, que poderia garantir meses ante a possibilidade de alteração do registro civil sem cirurgia de transgenitalização para pessoas trans.

<sup>18</sup> Após o pedido de vista do Ministro Luiz Fux, o julgamento ainda não teve continuidade.

deradas entidades de classe. A interpretação vinha sendo já questionada tanto no meio acadêmico, ligado à litigância estratégica (GOMES, 2016), quanto na prática, na já mencionada experiência de entidades como o IBDFAM.

Essa interpretação é restritiva por implicar uma limitação que não consta do texto constitucional e por excluir a possibilidade de proposição por outros tipos de classe, ainda que cumpram os demais requisitos, por exemplo, uma entidade nacional representativa dos direitos das mulheres que busque a jurisdição constitucional em uma pauta relativa à violência doméstica.

Em junho de 2018, todavia, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática, reverteu o entendimento até então consolidado de que “entidades de classe de âmbito nacional” seriam apenas aquelas ligadas a categorias econômicas e profissionais, estabelecendo a defesa de que esse entendimento anterior servia para que apenas grupos que já possuem força política se utilizassem do controle de constitucionalidade, excluindo dessa forma de acesso à justiça os grupos que mais precisam dela. Assim, o ministro aceitou a proposição da ADPF n. 527, que tem como tema o direito de pessoas transgêneras a estarem alocadas de acordo com seu gênero em estabelecimentos prisionais, pela ABGLT.<sup>19</sup>

## 7. ESTRATÉGIAS DE ARTICULAÇÃO

Segundo Ellen Ann Andersen (2005, p. 7), ainda que a configuração política de um país molde as oportunidades políticas oferecidas aos movimentos, movimentos sociais podem influenciar essa configuração e forjar oportu-

<sup>19</sup> A nova interpretação proposta pelo ministro se fundamenta em três questões principais. Em primeiro lugar, o fato de não ser justificada a apreensão sobre o impacto que essa interpretação poderia ter sobre o número dos casos que chegam ao tribunal, uma vez que os casos do controle concentrado de constitucionalidade correspondem a menos de 1% deles. Em seguida, a missão institucional do STF de proteção de direitos fundamentais e a interpretação teleológica da ampliação dos legitimados na Constituição de 1988, que não fariam sentido com a interpretação restritiva do artigo. Por fim, o princípio da igualdade e o impacto desproporcional que a interpretação anterior teria sobre grupos vulneráveis ou minoritários. Luís Roberto Barroso defende, ainda, que, assim como muitos acadêmicos do direito, outros ministros do STF, nomeadamente Luiz Fux e Marco Aurélio Mello, já se manifestaram no mesmo sentido de superação dessa interpretação em votos em ADIs.

nidades com suas ações. No mesmo sentido, Siri Gloppen (2006, p. 46-47) acredita na “capacidade associativa” dos movimentos sociais, definida como a capacidade de se associar e unir forças tendo como objetivo a mobilização.

A atuação das entidades como *amicus curiae* nos casos mostrou exemplos de oportunidades forjadas e de capacidade associativa. São exemplos as parcerias realizadas com organizações universitárias, advogados que produzam a peça ou advogados que apenas assinem a peça para representação, a retomada de argumentos da manifestação de outro grupo não aceito como *amicus curiae* em sua manifestação, e a iniciativa de promover alianças para transmitir a outras organizações o conhecimento de Direito constitucional e a *expertise* de atuação no STF.

Diante da interpretação de que não poderiam propor ações do controle concentrado de constitucionalidade, algumas organizações também estabeleceram alianças com legitimados a propor essas ações, um exemplo de como forjar uma oportunidade jurídica. Nesses casos, é possível atuar na proposição da ação, sem que a atuação da entidade fique devidamente registrada, e protocolar também manifestação como *amicus curiae* para que o registro de alguma participação exista.

Os sistemas de apoio são um dos aspectos fundamentais da oportunidade jurídica definidos por Andersen (2005, p. 11) e podem ser vistos nessas articulações promovidas pelos grupos. A autora cita como exemplos do papel dos sistemas de apoio a assistência com estratégias jurídicas e a apresentação de argumentos jurídicos complementares, como se vê nos casos.

Diante de obstáculos desafiadores e de limitações de acesso e de admissibilidade, a promoção dessas formas de articulação mostra iniciativa na mobilização do Direito, aumentando o repertório de atuação. O aproveitamento dessa experiência se reflete em avanços tanto no aspecto constitutivo quanto no aspecto estratégico definidos por McCann (2010, p. 188-189).

Como defendem Balkin e Siegel (2006, p. 949), a importância das organizações de movimentos sociais no Direito é justamente fazer a ligação entre o Direito e as pessoas comuns da sociedade civil. Assim, podem alterar o entendimento de normas constitucionais considerando seu papel constitutivo na ordem social, podem aplicar princípios a novos contextos, e podem, por meio de sua contestação, fazer com que o Direito tenha significados que jamais teve.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

**N**os casos estudados, vemos exemplos de como se constroem demandas em torno de direitos de uma minoria social no STF e de como entidades atuantes em prol de pessoas trans buscaram mobilizar o Direito em um contexto de falta de esperança quanto ao reconhecimento de direitos por via legislativa.

É comum que se atribua ao instituto *amicus curiae* o papel de levar a sociedade civil a participar de debates em uma arena tradicionalmente fechada, mas para que isso ocorra é necessário que exista uma variedade de perfis e argumentos no debate (ALMEIDA, 2015, p. 20). Tendo como objetivo essa variedade, é fundamental refletir sobre as limitações de acesso e admissibilidade para a atuação.

Mesmo com a nova interpretação adotada para o artigo 103, XI, da Constituição Federal brasileira, a possibilidade de atuação como *amicus curiae* aumenta as oportunidades de que organizações da sociedade civil participem do processo constitucional. Contudo, o acesso como *amicus curiae* também não é simples. Existe o filtro daquelas que conseguem chegar ao STF ao menos para protocolar o pedido de ingresso e, depois desse, o filtro da admissibilidade pelo Tribunal.

Em geral, a possibilidade de atuação como *amicus curiae* é vista pelas entidades entrevistadas como um meio importante de disputa e de constituição do debate. É importante chegar a alcançar um espaço no qual são exigidos conhecimentos bastante específicos não só de Direito como também do funcionamento do Tribunal; no entanto, a exigência desses conhecimentos, bem como a de representação por advogados tende a, além de ser uma barreira de acesso para alguns grupos, moldar o debate, influenciando seu aspecto constitutivo.

Essa exigência, bem como a expectativa em torno dos *amici curiae*, para que tragam argumentos focados no âmbito jurídico, tanto traz dificuldades de acesso quanto afastam da produção das manifestações membros das organizações que não sejam ligados à área jurídica. Mas, ainda que muitos obstáculos existam, para cada um deles são criadas estratégias e formas de articulação com o objetivo de superá-los. Embora o STF não seja visto em geral como o meio ideal para a disputa, mas sim como aquele pelo qual é possível avançar no reconhecimento de direitos, as entidades atuam com objetivos que vão além do resultado em si, mesmo que este seja importante.

Com a possibilidade de ter voz no processo constitucional, as organizações assumem um papel constitutivo do debate que pode ser visto, por exemplo, quando na ADI n. 4.275 a maior parte delas se coloca parcialmente contra a petição inicial da PGR (quanto à exigência de outros requisitos patologizantes que não a cirurgia de transgenitalização) e quando alguns *amici curiae* constroem a ideia do uso de um termo guarda-chuva para englobar a totalidade das identidades trans (transgêneros). Em ambos os casos os posicionamentos foram os adotados na decisão final do Tribunal e, ainda que não seja possível afirmar uma relação causal, é possível perceber uma correlação que ilustra a importância da mobilização do Direito também no que diz respeito aos resultados.

Não obstante o papel positivo que a atuação como *amicus curiae* representou nos casos estudados e representa na mobilização do Direito, o trabalho também demonstra o quanto é possível e preciso alterar na prática do instituto para que se atinja uma variedade de atores e manifestações, e forma e conteúdo a fim de que o *amicus curiae* cumpra mais a fundo o papel de democratização que lhe é com frequência atribuído.

## REFERÊNCIAS

AGUIÃO, Silvia. *Fazer-se no “Estado”*: uma etnografia sobre o processo de constituição dos “LGBT” como sujeitos de direitos no Brasil contemporâneo. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2014.

ALMEIDA, Eloisa Machado de. *Sociedade civil e democracia*: a participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. Tese (Mestrado em Ciências Sociais), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

ALMEIDA, Eloisa Machado de. *Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. *Lua Nova*, São Paulo, n. 76, p. 49–86, 2009.

ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets into the courts*: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation. Ann Labor: University of Michigan Press, 2005.

BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 154, p. 927, 2006.

CASADO, Letícia. Primeira advogada transexual a atuar no STF diz que é “uma sobrevivente”. *Folha de S. Paulo*, 7 jun. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/06/1891215-primeira-advogada-transexual-a-atuar-no-stf-diz-que-e-uma-sobrevivente.shtml>. Acesso em: 2 dez. 2019.

CAZARRÉ, Marieta. Preconceito afasta transexuais do ambiente escolar e do mercado de trabalho. *EBC Agência Brasil*, 13 nov. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-11/preconceito-afasta-transexuais-do-ambiente-escolar-e-do-mercado-de>. Acesso em: 2 dez. 2019.

CÔRTEZ, Ana de Mello. *Em busca de diálogo e reconhecimento no STF*: a atuação como *amicus curiae* nos casos relativos a pessoas trans. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getúlio Vargas, 2018.

CÔRTEZ, Ana de Mello. Discriminação judicial por identidade de gênero: um diagnóstico / Judicial discrimination on the basis of gender identity: a diagnosis. *Revista Direito e Práxis*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 101–128, mar. 2019.

DUARTE, Rachel. Inércia do Legislativo faz de STF indispensável, diz Deborah Duprat. *Sul 21*, 19 nov. 2012. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/noticias/2012/11/stf-e-indispensavel-diante-da-inercia-do-legislativo-diz-vice-procuradora-geral-da-republica/>. Acesso em: 2 dez. 2019.

EPP, Charles R. *The rights revolution*: Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

FACCHINI, Regina. *Sopa de letrinhas?* Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FACCHINI, Regina; SIMÕES, Júlio de Assis. *Na trilha do arco-íris*: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Perseu Abramo, 2008.

FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, Direito e Poder Judiciário: um encontro teórico. *In: Engelmann, Fabiano (org.). Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 242-276 (v. 1).

FERREIRA, Letícia. Emprego formal ainda é exceção entre pessoas trans. *Folha de S. Paulo*, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/emprego-formal-ainda-e-excecao-entre-pessoas-trans.shtml>. Acesso em: 14 maio 2020.

FRASER, Nancy. Rethinking Recognition: Overcoming Displacement and Reification in Cultural Politics. *New Left Review*, London, n. 3, p. 107-120, maio/jun. 2000.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles latinoamericanos*, Cidade do México, v. 13, n. 28, 2006.

GARGARELLA, Roberto. Why Do We Care about Dialogue? ‘Notwithstanding Clause’, ‘Meaningful Engagement’ and Public Hearings: A Sympathetic but Critical Analysis. *In: SEN, A.; YOUNG, K. (ed.). The Future of Economic and Social Rights (Globalization and Human Rights)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Um Supremo socialmente seletivo? *Jota*, 1 fev. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/supra/um-supremo-socialmente-seletivo-01022016>. Acesso em: 2 dez. 2019.

GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. *In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Bodmin: MPG Books, 2006.

GUIMARÃES, Lígia Gil. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017. 311 f.

JONES, Lana de Holanda. Nome Social é direito: a mobilização trans contra o retrocesso. *Huffpostbrasil*, 23 jun. 2016. Disponível em: [http://www.huffpostbrasil.com/lana-de-holanda-jones/nome-social-e-direito-a-mobilizacao-transcontra-o-retrocesso\\_a\\_21683069/](http://www.huffpostbrasil.com/lana-de-holanda-jones/nome-social-e-direito-a-mobilizacao-transcontra-o-retrocesso_a_21683069/). Acesso em: 14 maio 2020.

LUCON, Neto. Nome social é direito vira campanha na rede contra transfobia e retrocesso político. *NLucon*, 20 maio 2016. Disponível em: <http://www.nlucon.com/2016/05/nome-social-e-direito-vira-campanha-na.html>. Acesso em: 14 maio 2020.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do Direito e instituições políticas: o caso da campanha da lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26, n. 77, p. 97-112, out. 2011.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 25, n. 62, p. 131-156, jun. 2017.

MCCANN, Michael. Law and social movements: contemporary perspectives. *Annual Review on Law and Social Science*, v. 2, p. 17-38, dez. 2006.

MCCANN, Michael. Litigation and legal mobilization. *In: CALDEIRA, Gregory A.; KELEMEN, R. Daniel; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MCCANN, Michael. Poder Judiciário e mobilização do Direito: uma perspectiva dos usuários. In: DUARTE, Fernanda; KOERNER, Andrei (org.). *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*. Escola de magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito. Rio de Janeiro: EMAERF – TRF 2ª Região, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de S. Paulo*, 28 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 2 dez. 2019.

NUNES, Jordão Horta. Interacionismo simbólico e movimentos sociais: enquadrando a intervenção. *Sociedade & Estado*, Brasília, v. 28, n. 2, p. 257-277, 2013.

POUPART, Jean. A entrevista de tipo qualitativo: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: PIRES, Alvaro *et al.* *A pesquisa qualitativa*. Enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 215-253.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROSEMBERG, G. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: Chicago University Press, 1991.



## **CAPÍTULO 4**

# **DIREITO, DESENVOLVIMENTO E TRANSFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A COMISSÃO MISTA DE ORÇAMENTO ENTRE OS ANOS DE 1988 E 2015**

Guilherme Saraiva Grava

### **INTRODUÇÃO**

Com o advento da Constituição de 1988 (CF/1988), o Congresso Nacional recuperou diversas prerrogativas no campo orçamentário que foram suprimidas no regime constitucional anterior. Em particular, restaurou-se a sua competência de modificar as leis do Orçamento através de emendas, inclusive para aumentar e criar novas despesas.

Ainda que semelhante ao sistema criado pela Constituição de 1946 (CF/1946), o regime atual manteve uma série de limites e restrições a partir da lógica centralizadora que emergiu em 1967/1969 (CF/1967-69). Nesse sentido, preservou-se a tramitação unicameral das leis orçamentárias, reunida por meio de uma única e poderosa comissão mista permanente – a Comissão Mista de Orçamento (CMO), que acumula competências relativas ao exame e à emissão de pareceres sobre os projetos de leis orçamentárias e suas emendas, bem como à fiscalização de suas execuções. Contudo, apesar da relevância da Comissão, os trabalhos que tratam da interação entre Executivo e Legislativo no âmbito orçamentário oferecem pouco destaque à CMO e à sua regulamentação, a qual foi objeto de amplos debates e reformas nas últimas décadas.

Diante disso, dialogando com a literatura que examina as relações entre Direito, desenvolvimento e instituições, este capítulo tem por objetivo apresentar as principais conclusões do estudo, elaborado no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP),<sup>1</sup> sobre as Resoluções do Congresso Nacional, aprovadas entre 1988 e 2015, centran-

1 No desenvolvimento deste trabalho foram essenciais os comentários, críticas e sugestões da minha orientadora, Luciana Gross Cunha, e de diversos professores e colegas do Programa de Mestrado, entre os quais destaco Andréa Marcondes Freitas, Mario Engler, Luís Fernando Massonetto, Mario Gomes Schapiro e Ana Beatriz Guimarães Passos. A todos gostaria de registrar meus agradecimentos.

do-se na análise do regime jurídico que orienta o processo decisório na fase de aprovação das leis orçamentárias federais. Nesse processo, descreve as transformações institucionais da Comissão através da metodologia do estudo de caso,<sup>2</sup> articulando o regramento existente no período com o contexto que envolveu sua elaboração, e identificando o perfil de quatro fases regulatórias distintas, marcadas por mudanças incrementais e em camadas (*layering*) que ajustaram o funcionamento do órgão diante das lacunas normativas observadas ao longo dos anos.

## 1. “DIREITO E DESENVOLVIMENTO” COMO REFERENCIAL TEÓRICO: UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM PARA O ESTUDO DE INSTITUIÇÕES

O principal corpo de literatura com o qual o presente trabalho dialoga denomina-se “Direito e Desenvolvimento” (*Law and Development*). Trata-se de um campo de pesquisa em ascensão, que se relaciona, especificamente, “com o processo de reforma jurídica em países em desenvolvimento e com o papel exercido por consultores externos e por instituições multilaterais nesse empreendimento” (PISTOR, 2009, p. 168, tradução do autor).

Por ser um campo interdisciplinar,<sup>3</sup> dedicado ao estudo de um tema abrangente, sua produção é marcada por múltiplas divergências e por um estado constante de crise:<sup>4</sup> os acadêmicos discordam a respeito das concepções de desenvolvimento, da maneira como o Direito se relaciona com ele, ou até mesmo a respeito da adoção de diferentes metodologias para se analisar as questões e os problemas que o envolvem (PRADO, 2010, p. 11). Em face dessa “diversidade conceitual e metodológica, é praticamente impossível oferecer ao leitor uma revisão fácil e rápida dos principais problemas

2 Diante dos objetivos da pesquisa optou-se pela sua realização como um “estudo de caso”. Considerando-se as diferentes concepções da literatura a respeito do método, utilizou-se, em especial, aquela trazida por Robert K. Yin (2015). A descrição completa da metodologia de trabalho encontra-se em Grava (2017).

3 Trubek e Santos (2006, p. 3-5) inserem o campo no encontro entre o Direito, a Economia e o estudo das instituições – elementos analiticamente separáveis, mas interconectados de maneira complexa e recíproca.

4 Essa “crise”, que está presente nos diversos estudos desenvolvimentistas, e não apenas no campo do Direito e Desenvolvimento, é percebida de diferentes formas, como demonstra Pieterse (2010).

e questões abordadas” (PRADO, 2010, p. 11, tradução do autor), existindo “pouca clareza em relação ao tema que este campo de estudo abrange ou se é, afinal, um campo” (PRADO, 2010, p. 1, tradução do autor).

De modo geral, existe uma percepção na literatura de que os trabalhos produzidos na área têm se situado em um espectro cujos extremos apresentam visões mais “otimistas” ou “céticas” – expressões de Davis e Trebilcock (2009) – a respeito de suas proposições teóricas ou da efetividade das iniciativas de reformas, por eles orientadas, nos sistemas jurídicos de países em desenvolvimento.<sup>5</sup> Aqueles com uma visão “cética” entendem que seria melhor interpretá-la como uma “categoria mal construída, a qual carece de coerência interna” e que, assim, não é mais do que uma “aglomeração de projetos” incapaz de verificar a potencialidade do Direito em atingir metas de desenvolvimento (TAMANAHA, 2010, p. 207).<sup>6</sup> Os mais “otimistas”, porém, sustentam que existe um potencial relevante no estudo do papel das instituições jurídicas no processo de desenvolvimento, reconhecendo que diversidades temáticas e metodológicas não são falhas, mas características do campo. Ademais, entendem que a literatura já demonstraria uma forte correlação entre o império do direito (*rule of law*) e o crescimento econômico, e que a transformação dos sistemas jurídicos de países em desenvolvimento possuiria função relevante em um contexto abrangente de reformas institucionais.<sup>7</sup>

Na linha dessas visões mais otimistas, o presente capítulo procura associar-se a uma perspectiva que tem ganhado importância nos últimos anos, e que é denominada por Prado (2010) como “*Law, institutions and development*” ou,

5 Ainda que integre uma produção diversificada, a literatura do Direito e Desenvolvimento é frequentemente associada ao empirismo das agências internacionais, em particular às atividades relacionadas à reforma de instituições jurídicas em países periféricos. Sobre o tema, ver Tamanaha (2010).

6 Tamanaha (2010) trabalha com a diferenciação entre “Direito e Desenvolvimento” e o que chama de “Desenvolvimento Jurídico”, enfocando suas críticas no primeiro. Para mais detalhes, ver Tamanaha (2010).

7 Nesse sentido, Pistor (2009), para quem o elemento responsável por unir os estudos da área seria a “crença compartilhada na virtude do direito”, que se materializa no objetivo comum de se fornecer “um enquadramento institucional neutro e universalmente acessível”. Assim, seria preciso aceitar “que não existe um único campo”, mas “múltiplas disciplinas” (PISTOR, 2009, p. 168, 169 e 170, tradução do autor).

em tradução livre, “Direito, instituições e desenvolvimento”.<sup>8</sup> Essa vertente emerge a partir de uma concepção mais abrangente dos estudos desenvolvimentistas em geral, e é, *grosso modo*, “capturada pelo mantra ‘instituições importam’, ou ‘governança importa’” (PRADO e TREBILCOCK, 2009, p. 1, tradução do autor). Seu principal fundamento teórico, derivado dos estudos da Nova Economia Institucional, “assume que pessoas respondem a incentivos e que muitos desses incentivos são criados por instituições” (PRADO, 2010, p. 12, tradução do autor). As instituições, por sua vez, são compreendidas como “qualquer forma de restrição que os seres humanos criam para moldar a interação humana” (NORTH, 1990, p. 4, tradução do autor), abarcando tanto regras formalmente estabelecidas (constitucionais, legais, infralegais) quanto constrangimentos informais (tabus, costumes, tradições, códigos de conduta), que estruturam a interação política, econômica e social. Considerando que “diferentes enquadramentos institucionais criam diferentes incentivos para o comportamento, levando a resultados diversificados” (PRADO e TREBILCOCK, 2009, p. 2, tradução do autor), o estado de desenvolvimento dos países deixa de ser associado, apenas, ao acúmulo de capital, para tornar-se uma questão relacionada ao arranjo e à transformação de suas instituições em sentido amplo (HOFF e STIGLITZ, 2001, p. 389).

Nesse contexto, o traço que diferencia a abordagem do Direito e Desenvolvimento em relação a outros estudos sobre instituições ou sobre o próprio desenvolvimento é que “aos juristas importa a *formalização* que o direito empresta aos vários tipos de instituições. [...] Nessa perspectiva, a reflexão [...] se transforma na indagação sobre as características que deve possuir um Estado de Direito para propiciar o desenvolvimento” (VIEIRA e DIMOULIS, 2011, p. 9-10). Isso significa dizer, como explica Coutinho, que o Direito constitui um arranjo institucional específico (caracterizado, na maior parte das vezes, por sua formalidade), e que, dessa maneira, a “gestão do desenvolvimento requer estruturas jurídicas capazes de fazer com que objetivos se convertam em ações baseadas na escolha de ferramentas, de

8 Prado (2010) divide os autores do campo em dois grupos, que denomina Direito no desenvolvimento e Direito como desenvolvimento. A autora apresenta a vertente “Direito, instituições e desenvolvimento” como uma tendência mais recente, baseada no consenso de que “instituições importam” para o desenvolvimento.

modo que não haja [...] sobreposições, lacunas ou rivalidades em políticas públicas” (2013, p. 100). Por conta dessa percepção, acredita o autor que, “cada vez mais os debates e controvérsias sobre reforma, evolução e aperfeiçoamento institucional têm sido projetados para o campo dos meios”, de modo que o principal ponto analisado se refere, particularmente, à investigação a respeito das formas e dos mecanismos “pelos quais arranjos institucionais funcionais podem ser produzidos ou reproduzidos” (COUTINHO, 2015, p. 467). Em outras palavras, uma vez que se assume que “instituições importam”, procura-se verificar *quais* são essas instituições, *como* deveriam ser desenhadas as “instituições ótimas” e, ainda, *como* reformar as “instituições deficientes” (DAVIS e TREBILCOCK, 2009).

Diante de tais percepções, o grande desafio dos pesquisadores da área é precisamente o de “repensar os termos dessa controvertida relação em um cenário dado a alguma turbulência e ainda desprovido de modelos analíticos e normativos rígidos” (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 28). Como colocam Prado e Trebilcock, “fatores contextualmente específicos explicam a evolução das instituições existentes (e as redes de instituições)” e, dessa maneira, “nenhum projeto padrão [*one-size-fits-all*] para reformas jurídicas ou reformas institucionais mais abrangentes em países em desenvolvimento é suscetível de ser ótima” (PRADO e TREBILCOCK, 2009, p. 43-44, tradução do autor). Assim, “a vitalidade da agenda de direito e desenvolvimento passa por uma compreensão de que as intervenções mais promissoras tendem a ser aquelas que favoreçam os processos de experimentação, de auto-descoberta e de diálogo horizontal” (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 66). É a partir do conhecimento das realidades nacionais – jurídicas e sociais, em um sentido abrangente – que se pode discutir como o Direito seria “uma parte vital da sociedade e fundamental para o funcionamento da economia” (TRUBEK, 2009, p. 222).

Assim, refletir sobre a questão do desenvolvimento tendo como base essa perspectiva, denominada “Direito, instituições e desenvolvimento”, implica, de um lado, o estudo das normas e das instituições jurídicas a partir de um ponto de vista que não se mostra puramente dogmático, embora não seja com ele necessariamente incompatível. Por outro, acredita-se que esse olhar sobre as instituições a partir de uma abordagem jurídica é especialmente relevante porque, como sugere Coutinho, a maior parte dos trabalhos a respeito do desenvolvimento institucional é realizado por profissionais de outras áreas das ciências sociais, de modo que não chega a aprofundar a “análise

das estruturas, processos e normas jurídicas que moldam e conformam as instituições e influenciam, não raro de forma decisiva, seu desempenho” (2015, p. 467). É nesse sentido a proposta do presente trabalho: analisar o tema da participação do Poder Legislativo no processo orçamentário a partir do estudo das instituições jurídicas que estabelecem as regras do processo decisório. Como objeto de pesquisa, tomou-se o caso particular da CMO, conforme apresentado a seguir.

## **2. TRANSFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS E O CASO DA CMO**

### **2.1. A CMO NO QUADRO DAS INSTITUIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS NO BRASIL**

No âmbito das investigações a respeito dos arranjos institucionais em países em desenvolvimento, o estudo das instituições orçamentárias é relevante justamente porque o Orçamento público é um dos principais mecanismos de planejamento utilizados no mundo todo: não apenas formaliza os propósitos norteadores da ação governamental – apontando os objetivos que se pretende alcançar –, mas também indica a seleção dos meios adequados para atendê-los (LEE JR., JOHNSON e JOYCE, 2013, p. 18). No caso de democracias emergentes, como são os países em desenvolvimento da América Latina, esse conjunto de decisões que envolve o processo orçamentário é fundamental na busca pelo equilíbrio entre duas lógicas: a preservação da estabilidade econômica frente a um mundo globalizado e a promoção de reformas estruturais fomentadoras de maior inclusão social.

A grande dificuldade em trabalhar o tema, no entanto, decorre do fato de que o Orçamento público não apenas é um fenômeno multifacetado (com desdobramentos jurídicos, econômicos e políticos), mas também dinâmico, envolvendo distintas lógicas nas suas diferentes fases de elaboração, aprovação, execução e controle. Por esse motivo, este trabalho toma como foco principal de estudo os aspectos jurídicos e políticos que envolvem a fase de aprovação do Orçamento no âmbito do Poder Legislativo.

Essa questão, no Brasil, envolve importantes discussões a respeito das transformações das instituições democráticas, já que a “influência e participação do Congresso Nacional nas decisões alocativas do Orçamento público é marcada por sucessivas mudanças do sistema político e do processo de decisão orçamentária do governo” (ROCHA, 2014, p. 19). Assim, em determinados momentos o Legislativo acumula mais poder de decisão, e, em outros, tem sua capacidade decisória reduzida.

Em relação ao modelo constitucional em vigor, é relevante o contraste com os dois períodos que o antecederam, isto é, os de 1946 e de 1967/1969. De sua parte, “a Constituição Federal de 1946 não impunha restrições ao Poder Legislativo quanto à apresentação de emendas ao projeto de lei orçamentária” (GIACOMONI, 2010, p. 268), de modo que os congressistas podiam modificar ilimitadamente o Orçamento do Executivo, ainda que não houvesse sequer a previsão dos recursos necessários a cobrir as despesas programadas.<sup>9</sup> Por outro lado, o conjunto de restrições imposto pela Constituição de 1967/1969 praticamente alijou o Legislativo dessa operação,<sup>10</sup> já que, em nítido contraste ao processo bicameral de 1946, estabeleceu que o processo ocorreria conjuntamente e através de um único Órgão (art. 66, § 1º): a Comissão Mista de Orçamento (CMO).

Somente por meio dela poderiam ser oferecidas emendas e seu pronunciamento a este respeito seria “conclusivo e final”, salvo requerimento conjunto de um terço dos membros da Câmara e do Senado para votação em Plenário (art. 66, § 2º e § 3º). Ademais, os parlamentares estavam impedidos de propor qualquer emenda que aumentasse a despesa (fosse global, fosse de qualquer órgão, fundo, projeto ou programa), ou, ainda, que alterasse seu montante, sua natureza ou até mesmo o seu objetivo.

O modelo da CF/1988 nitidamente assumiu, ainda que com contornos próprios, uma forma híbrida quanto às anteriores, combinando dois elementos: (1) a reintrodução do poder de emenda às leis orçamentárias, estabelecendo restrições a essa prerrogativa (ou seja, diferentemente da CF/1946, o parlamentar não podia introduzir emendas à LOA que, ao criar

9 Esse grande poder nas mãos do Congresso, assegurado pela superficialidade e pela omissão do texto constitucional, parece decorrer de uma decisão deliberada do constituinte, já que, como destaca Rocha, “a Constituição de 1934 vedava expressamente a criação de despesas pelo Legislativo sem a atribuição das receitas necessárias [art. 183] mas a de 1946 suprimiu o respectivo artigo” (ROCHA, 2014, p. 106).

10 Essa mudança foi justificada, à época, por uma necessidade econômica, particularmente no que se refere à redução da despesa descontrolada do Governo, como afirma Praça (2010). O autor considera, porém, que a presença do Legislativo no processo orçamentário, no contexto do regime civil-militar, também tinha um relevante fator de “*policy concessions*”, no sentido de que, manter instituições democráticas “que agradam oponentes moderados do regime” assegurava a sua perpetuação (2010, p. 126).

despesas, não apresentassem os devidos recursos decorrentes de anulação de outros gastos) e (2) a preservação da CMO como *locus* para a tomada das decisões no âmbito do Congresso Nacional (PEREIRA e MUELLER, 2002, p. 270).

Para os fins do presente estudo, o grande ponto de destaque é o desenho institucional da CMO, disciplinada pelas normas fixadas nas Resoluções Conjuntas do Congresso Nacional (RCN) – normas que integram o Regimento Comum, com *status* regimental (portanto, com força de ato normativo primário semelhante ao das leis ordinárias e complementares, conforme o art. 59 da CF/1988). O interesse específico no estudo das normas regimentais que regulam a CMO se justifica pelo fato de que a atuação do Legislativo no processo orçamentário é orientada pelas regras que disciplinam o arranjo institucional dessa Comissão. Não há na Constituição ou na legislação aplicável à matéria quaisquer disposições regulamentadoras desse processo, salvo diretrizes de caráter mais abrangente. Ou seja, são as regras internas que orientam o funcionamento da CMO que fixam “o formato organizacional do Legislativo, isto é, as restrições derivadas das normas adotadas pelo próprio corpo legislativo para regular sua participação no processo orçamentário” (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2008, p. 29), de modo que sua atuação nessa área somente pode ser compreendida, na sua inteireza, em face do teor dessas regras.

Desconsideradas essas normas e tomadas apenas as diretrizes gerais presentes na Constituição, “em tese, o Legislativo poderia realocar integralmente os gastos destinados a investimentos contidos no projeto enviado pelo Executivo”. Não haveria limites: “todo e qualquer legislador teria o direito de reprogramar integralmente os investimentos”, já que cada parlamentar é titular da mesma competência constitucional de emendar e modificar o Orçamento. Isso não ocorre na prática justamente em função das normas internas que os próprios legisladores estabelecem para determinar, através da CMO, o exercício de suas atividades legislativas no campo orçamentário (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2008, p. 47).<sup>11</sup>

11 Chama atenção o fato de que nenhum outro tema do Regimento Comum foi alterado tantas vezes no período entre 1988 e 2015 quanto o regimento interno da CMO: das 57 Resoluções Conjuntas aprovadas pelo Congresso nestes anos, 19 trataram de questões orçamentárias, sendo que 12 delas foram especificamente dedicadas à disciplina da CMO, conforme descrito por Grava (2017).

Entretanto, como verificam Figueiredo e Limongi (2008, p. 48), “as análises que tratam da participação dos parlamentares no processo orçamentário tendem a negligenciar, quando não simplesmente ignorar, a importância do ordenamento interno adotado pela CMO”. Os poucos trabalhos que se dedicaram a estudar o arranjo institucional da CMO (a que a presente pesquisa teve acesso) são oriundos, em especial, da Ciência Política. Entre eles destacam-se as produções de Figueiredo e Limongi (2008), Praça (2010) e Rocha (2014).

Estes dois últimos discutem a dinâmica que envolveu, desde 1988, a formação e a evolução de referidas instituições, debatendo os diferentes usos que parlamentares, coalizões e partidos fizeram dessa estrutura organizacional. Ambos partilham de um referencial comum, utilizando-se da classificação presente em Mahoney e Thelen (2009), identificando nas transformações sofridas pelas instituições orçamentárias em geral (e, dentre elas, o arranjo institucional da CMO), alguns dos quatro modelos de transformação institucional identificados por referidos autores: (1) deslocamento (*displacement*): “a remoção de regras existentes e a introdução de regras novas”; (2) disposição em camadas (*layering*): “a introdução de novas regras sobre ou ao lado de outras”; (3) redirecionamento (*drift*): a substituição de “regras existentes em razão de mudanças no ambiente”; e (4) conversão (*conversion*): a “alteração da regulamentação existente devido à sua readequação estratégica” (MAHONEY e THELEN, 2009, p. 15-16, tradução do autor).

Nesses enquadramentos, os referidos estudos verificaram que a transformação da CMO se apresentou de diferentes modos, indicando a complexidade desse processo. O mais evidente é a disposição em camadas (*layering*), uma vez que o Órgão passou por diversas reformas institucionais ao longo dos anos, cada qual introduzindo progressivamente novos dispositivos, elaborados em adição àqueles previamente existentes. Além disso, de acordo com Rocha, também são marcantes “episódios de deslocamento [*displacement*], quando se trata de instituições que regulam aspectos que impactam diretamente a alocação final de recursos” (MAHONEY e THELEN 2014, p. 262). Praça (2010), por sua vez, reforça que a alteração no uso estratégico das prerrogativas do relator-geral da LOA pela coalizão configura o fenômeno da conversão (*conversion*). Apesar dessas pequenas diferenças, ambos os autores verificam que essas mudanças se concentram em períodos críticos, nos quais a reforma foi mais intensa

(denominados de *critical junctures*).<sup>12</sup> Esses períodos marcaram, de maneira geral, a criação do primeiro regulamento da CMO após a aprovação do novo texto constitucional, em 1988/1991; a reformulação do Órgão a partir do escândalo dos “anões do Orçamento”, em 1993/1995; a necessidade de reorganização do processo orçamentário após a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em 2000/2001; e os movimentos impulsionados pela liderança de parlamentares como Ricardo Barros (PP-PR) em 2005/2006.

## 2.2. REFORMAS NO REGIMENTO COMUM E AS “FASES NORMATIVAS” DA CMO

Partindo das conclusões de Praça (2010) e Rocha (2014) e com o objetivo de estudar o desenvolvimento do desenho institucional da CMO por meio de suas estruturas formais, o presente trabalho compilou e organizou todas as Resoluções do Congresso Nacional que disciplinaram o regime jurídico da Comissão entre 1988 e 2015, identificando, nesse processo, quatro “fases normativas” principais. Essas etapas, marcadas por reformas profundas, coincidem com as *critical junctures* apontadas pelos autores, e reforçam a transformação institucional por disposição em camadas (*layering*) por eles identificada.

Nesse processo,<sup>13</sup> constatou-se a existência de quatro normas principais e oito normas acessórias: as principais são as que inauguram novas formas de

12 Fazendo referência a Capoccia e Kelemen, Praça (2010, p. 41) define *critical junctures* como os momentos críticos nos quais decisões importantes a respeito de instituições são consideradas, aprovadas ou descartadas. Rocha (2014, p. 264) entende que “*critical junctures* são momentos históricos em que os mecanismos causais agem de forma probabilística para que, dentre as alternativas possíveis, o curso dos acontecimentos altere profundamente num curto período de tempo os arranjos institucionais existentes e gere novas trajetórias institucionais que rompam o equilíbrio político e leve a um diferente caminho do anterior”. Mahoney e Thelen (2009, p. 7), por sua vez, também em referência a Capoccia e Kelemen, comentam que nesses períodos as limitações usuais à atuação dos agentes encontram-se suprimidas ou enfraquecidas.

13 O procedimento completo de coleta, descrito em Grava (2017), foi realizado em novembro de 2015. Além das Resoluções, incluiu as regras de transição entre a CF/1988 e a RCN-1/1991, localizadas a partir dos Diários do Congresso Nacional, o Ofício OF:CN/824/2004, do Senador José Sarney (PMDB-AP), bem como relatórios, pareceres, decisões, atas de reuniões, listas de composição e cargos ocupados na CMO, entre outros. Tais documentos foram obtidos no *site* da CMO e nos Portais do Congresso, da Câmara e do Senado.

regulação (três delas ao promover a revogação total das anteriores); as acésórias, por sua vez, estabelecem alterações específicas em regulações já existentes (revogando parcialmente normas anteriores). Diante disso, é possível sugerir a existência de quatro “fases normativas” a disciplinar a CMO entre 1988 e 2015, sendo elas: Fase 1 (da RCN-1/1991, de 1991-1995); Fase 2 (da RCN-2/1995, de 1995-2001); Fase 3 (da RCN-1/2001, de 2001-2006); e Fase 4 (da RCN-1/2006, de 2006 até 2015, termo final da pesquisa). O intervalo entre 1988 e 1991 (“Fase 0”) foi uma “fase de transição”, inexistindo dispositivos a regular o funcionamento da Comissão. A Tabela 1, a seguir, sintetiza esses resultados.

**TABELA 1 – PANORAMA GERAL – “FASES NORMATIVAS” DA CMO**

ELEMENTOS	FASE 0	FASE 1	FASE 2	FASE 3	FASE 4
PERÍODO	1988-1991	1991-1995	1995-2001	2001-2006	2006-PRESENTE*
RESOLUÇÕES CONJUNTAS (RCN)	REGRAS PROVISÓRIAS DEFINIDAS NAS SESSÕES DOS DIAS 26/04/1989 E 27/09/1989.	RCN-1/1991; RCN-1/1993.	RCN-2/1995; RCN-1/1999.	RCN-1/2001; RCN-1/2003; RCN-2/2003; RCN-3/2003.	RCN-1/2006; RCN-3/2008; RCN-3/2013; RCN-3/2015.
CARACTERÍSTICAS	INEXISTÊNCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS A REGULAR A ATUAÇÃO DA CMO.	ESTABELECEU REGRAS BÁSICAS PARA O PROCESSO ORÇAMEN-TÁRIO.	INCLUIU RESTRIÇÕES À AÇÃO INDIVIDUAL DE CONGRES-SISTAS E DE RELATORES.	ADAPTOU AS REGRAS INTERNAS DA CMO ÀS DIRETRIZES DA LRF.	PROMOVEU AMPLA REFORMA; CRIOU A RELATÓRIA DE RECEITA.
CONTEXTO	PERÍODO DE ADAPTAÇÃO DO CN APÓS ALTERAÇÕES DA CF/1988 NO PROCESSO ORÇAMEN-TÁRIO.	EDIÇÃO DAS PRIMEIRAS NORMAS RE-GIMENTAIS A DISCIPLINAR A ATUAÇÃO DA CMO PÓS-1988.	REFORMA DO REGIMENTO INTERNO DA CMO APÓS O ESCÂN-DALO DOS “ANÕES DO ORÇAMENTO”.	REFORMA DO REGI-MENTO INTERNO DA CMO APÓS A APROVAÇÃO DA LRF.	MOVIMENTAÇÃO DE LIDERANÇAS COMO RICARDO BARROS (PP-PR).

Fonte: Elaboração do autor.

### 2.3. A TRANSIÇÃO PARA O NOVO REGIME DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A questão a respeito de *como* o Congresso Nacional regulou a CMO no período estudado envolve a discussão de diferentes elementos: (a) quais normas foram aprovadas; (b) como se sucederam; (c) em que momento ocorreram as transformações mais abrangentes; (d) quais instituições foram mantidas e

quais sofreram maiores alterações. A relevância dessas diretrizes de análise se justifica pela observação de que, em linhas gerais, o Congresso Nacional enfrentou o desafio de reestruturar diversas vezes as suas normas internas no processo de readaptação de suas competências no campo orçamentário ao longo dos anos. A análise, porém, não se inicia do estudo das Resoluções propriamente ditas, mas do vácuo normativo existente quando da promulgação da CF/1988.

A fase de transição para o novo regime constitucional exigiu do Congresso a capacidade de prontamente readaptar-se ao exercício de suas novas competências. Os dois anos que se seguiram à promulgação do texto constitucional – 1989 e 1990 – foram dedicados a essa tarefa. Porém, enquanto novas normas regimentais eram pensadas e elaboradas, a CMO encontrou-se imersa em incertezas: recebera uma série de competências e atribuições introduzidas pela CF/1988, mas não possuía as condições para exercê-las. Assim, o funcionamento do órgão nesse período somente foi possível em razão das orientações definidas pelo Senador Nelson Carneiro, à época presidente do Senado, sob a forma de um acordo de procedimentos, discutido pela Mesa do Congresso Nacional e submetido ao Plenário para aprovação nas sessões conjuntas de 26/04/1989 e 27/09/1989.

A princípio, é possível verificar que tais regras provisórias, se contrastadas com o nível de detalhamento das regulações posteriores, permaneceram em um nível superficial. De fato, não poderia deixar de ser assim, considerado o seu caráter temporário. Portanto, as eventuais omissões que permaneceram foram suprimidas internamente pelo deputado Cid Carvalho, presidente da Comissão de 1988 a 1990. Apesar disso, esta fase produziu duas normas relevantes que, posteriormente, foram preservadas em “fases normativas” seguintes: (1) instituíram-se as regras para composição que criavam 84 vagas, em proporção de 3 para 1 entre Câmara e Senado, mantida, com alterações, até 2006; e (2) estabeleceu-se a rigidez do parecer da CMO frente ao Plenário.

Este segundo ponto é particularmente relevante porque inovou em relação à disposição do texto constitucional ao definir que as decisões da CMO seriam revestidas de um caráter “definitivo e final”, sujeitas à modificação do Plenário apenas mediante requerimento assinado por 1/10 dos Congressistas – disposição que sempre esteve, desde então, presente na regulação da CMO. A CF/1988, na redação de seu art. 166, § 2º, não faz menção a um possível caráter “conclusivo e final” dos pareceres da CMO.

Diz somente que “as emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional”. A regra instituída informalmente pelo Senado assemelha-se, em realidade, ao tratamento conferido à matéria pela CF/1967-69, “que previa a apresentação das emendas na Comissão mista e considerava seu pronunciamento conclusivo e final, salvo destaque de emenda em plenário assinado por mais de um terço dos Senadores” e dos deputados (ROCHA, 2014, p. 126). Considerando-se que no período constitucional anterior o Congresso praticamente não podia alterar a proposta orçamentária do Governo, essa proposição, como lembra Rocha, não tinha sentido prático relevante (ROCHA, 2014, p. 126). A situação na CF/1988, como se viu, é diferente, tornando a presença do parlamentar, na CMO, ainda mais relevante.

Assim, ainda de acordo com Rocha, seria possível entender de início – partindo-se tão somente da redação do novo texto de 1988 – que os novos dispositivos constitucionais tornavam a CMO um órgão mais opinativo do que deliberativo, diante da omissão a respeito de um possível ânimo definitivo de suas decisões (ROCHA, 2014, p. 126). A regulação mencionada, entretanto, conflita com essa interpretação. Ao estabelecer que o parecer da CMO sobre as emendas é conclusivo e final, esclarece que as decisões da Comissão possuem um caráter deliberativo e não apenas de uma instrução a ser eventualmente observada pelo Plenário. Nesse sentido, retira deste último a capacidade de receber e processar emendas por conta própria, bem como a de desconsiderar o conteúdo do parecer elaborado pela Comissão. Desde 1989, portanto, esta regra esteve presente em todos os regimentos da CMO, enrijecendo suas decisões frente ao Plenário do Congresso.

## **2.4. AS “FASES NORMATIVAS” DA CMO: BREVE PANORAMA**

### **2.4.1. FASE 1 – A RCN-1/1991 E A PRIMEIRA REGULAÇÃO DA CMO**

Enquanto a CMO permanecia em funcionamento sob o regime das regras de transição, o Congresso Nacional se mobilizava para discutir e votar o Projeto de Resolução n. 8 de 1990-CN, o qual, uma vez aprovado, seria convertido na RCN-1/1991. Sendo a primeira a ser editada, a RCN-1/1991 é a resolução que apresenta a regulação mais simples dentre aquelas produzidas no período estudado. Assim, o ponto que mais se destaca é a insuficiência da regulação, que é omissa ou superficial em muitos aspectos.

Apesar disso, é possível verificar nas resoluções subsequentes um trabalho de progressivo detalhamento e aperfeiçoamento que toma a estrutura básica da RCN-1/1991 como ponto de referência, reproduzindo-se diversos dispositivos formalizados no regimento por meio dessa resolução.

Se comparada às demais, a RCN-1/1991 destaca-se por possuir apenas 28 artigos, distribuídos em três capítulos: “Da Composição”, “Da Direção” e “Dos Procedimentos” (este último subdividido em três seções – “Das Emendas”, “Dos Prazos” e “Disposições Gerais”). As outras três resoluções que marcam as “fases normativas” seguintes são progressivamente maiores: a RCN-2/1995 tem 34 artigos, a RCN-1/2001 estende-se para 49 e a RCN-1/2006, muito mais detalhada do que as outras, chega aos 161. Essa ausência de regulamentação trouxe algumas inseguranças que se tornaram evidentes nos anos que se seguiram. Alguns elementos principais podem ser ressaltados:

- (1) Quanto à disciplina da composição do Órgão, observa-se que a resolução ampliou o número de vagas para 120 (mantendo a proporção entre Câmara e Senado), estabeleceu os critérios de distribuição dos assentos entre partidos e blocos parlamentares, além de instituir o rodízio obrigatório de 50% dos membros, com afastamento obrigatório por período equivalente ao mandato anterior na Comissão.
- (2) Quanto à distribuição de competências, foi responsável por normatizar as diferentes atribuições entre os relatores (geral, setoriais, parciais, entre outros), articulando pela primeira vez o parecer preliminar como figura regimental, e subdividindo a CMO em subcomissões facultativas.
- (3) Quanto à disciplina das emendas, destaca-se o fato de que, nesse período inicial, inexistiam limitações quantitativas ou quotas financeiras; havia a previsão de emendas de comissões permanentes da Câmara e do Senado, bem como de emendas de relatores – ambas sem os limites quantitativos ou de valores, embora as primeiras fossem limitadas à matéria da respectiva comissão.

Parte dessas questões foi endereçada pela RCN-1/1993, que trouxe novas regras destinadas a aprimorar a eficiência da CMO: reduziu a quantidade de membros de 120 para 84; criou um teto ao número de emendas parlamentares; e instituiu novas formas de emendas coletivas divididas em três

categorias – de comissão, de partidos e de bancada –, todas reguladas com limites quantitativos (mas ainda sem os limites de valores).

Apesar dessas importantes inovações, diversos fatores podem ser apontados como fragilidades no regulamento da CMO durante esse período: (a) insuficiência de regras delimitando a competência dos relatores; (b) excessivo fortalecimento do relator-geral, sobretudo no que diz respeito ao seu direito de apresentar inúmeras “emendas de relator”, bem como na sua capacidade ilimitada de reestimar a receita; e (c) ausência de limites claros para as emendas – parcialmente resolvido com a RCN-1/1993. Essas falhas foram um elemento importante nas discussões que se travaram ao término da primeira “fase normativa” da CMO, porque teriam criado um ambiente favorável à “captura” (PRAÇA, 2010, p. 44) da Comissão por um grupo criminoso de parlamentares que se utilizavam de suas prerrogativas regimentais para obter, ilicitamente, benefícios próprios, ou a empreiteiras que “adquiriam” emendas ao Orçamento federal. Os dias finais da RCN-1/1991 e 1/1993 foram melancólicos, quando a CMO foi parar nas manchetes dos jornais como o palco do escândalo que entrou para a história como o caso dos “anões do Orçamento”.

### 2.2.3. FASE 2 – A CPI DO ORÇAMENTO E AS REFORMAS DA RCN-2/1995

Em seguida à crise dos “anões do Orçamento”, a RCN-2/1995 consolidou, em conjunto com a RCN-1/1999, as respostas do Congresso Nacional frente à atuação da CMO e aos problemas e às omissões do texto regimental anterior. Assim, a nova regulação possuiu, como traços característicos, a limitação das prerrogativas individuais de parlamentares e relatores (particularmente na utilização de suas emendas), a definição mais precisa dos elementos pertencentes aos relatórios e a valorização das instâncias coletivas, articulando a atuação colegiada entre relatores-setoriais, relator-geral e seus adjuntos. No que diz respeito ao texto da RCN-2/1995, três elementos principais se destacam:

- (1) A extinção da regra de rodízio (que tornava obrigatória a renovação de 50% dos membros da CMO a cada sessão legislativa); e a instituição obrigatória das subcomissões, cuja atribuição tornou-se mais detalhada.
- (2) Quanto à disciplina das emendas, a redução da quantidade de emendas individuais por parlamentar; a limitação do escopo das emendas

de relator; a criação de novos tipos de emendas e o maior rigor para a aprovação das emendas coletivas.

- (3) Quanto à disciplina das competências dos relatores, suas principais inovações envolveram o fortalecimento de instâncias decisórias coletivas e a regulamentação dos relatórios (em particular, do parecer preliminar).

À primeira vista, a RCN-2/1995 guarda diversas semelhanças com a RCN-1/1991. Embora seja um pouco maior, com 32 artigos, sua estrutura geral é quase idêntica – tem quatro capítulos, intitulados “Da Composição”, “Da Direção”, “Do Funcionamento” (subdividido em duas seções – “Dos Procedimentos”, “Dos Prazos”) e “Disposições Gerais”. Ademais, mantém vários dispositivos da resolução anterior com a mesma redação. Porém, as alterações introduzidas pela norma foram de grande relevância, de modo que “resultaram em uma centralização do processo orçamentário em que os interesses gerais da instituição e os específicos da coalizão governamental ganharam precedência sobre os interesses individuais” (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2008, p. 50). Haveria, assim, uma inédita valorização de atores institucionais (relatores) e coletivos em detrimento da vontade individual dos parlamentares, especialmente na aprovação de emendas.

Apesar dessas reformas, a RCN-2/1995 também é alvo de críticas. Uma bastante relevante envolve a reestimativa de receita, promovida pelos parlamentares, como artifício para viabilizar a aprovação de novas emendas sem a necessidade de cancelar despesas no PLOA. O art. 17 da Resolução tornou regimental a regra de que receitas oriundas da correção de “erros e omissões” da proposta do Executivo seriam aplicadas às emendas parlamentares – fruto da interpretação do art. 166, § 3º, III, “a” da CF/1988.<sup>14</sup>

As resoluções posteriores não removeram essa prerrogativa, mas conferiram uma roupagem institucional diferente ao tratamento da receita. A RCN-1/2001, por exemplo, criou um comitê específico para trabalhar conjuntamente com o relator-geral neste campo, o Comitê de Avaliação da

<sup>14</sup> Conforme menciona Praça, no período que antecedeu a RCN-2/1995, a justificativa corriqueira utilizada pelos relatores-gerais para reestimar as receitas da União “era relacionada à hiperinflação do período” (2010, p. 133). Futuramente, os relatores-gerais passaram a usar fundamentos de ordem metodológica (PRAÇA, 2010, p. 134).

Receita Orçamentária. A RCN-1/2006, por sua vez, retira do relator-geral essa prerrogativa, estabelecendo a criação de um cargo de relatoria próprio para a receita, que atua com o auxílio do referido Comitê. Mesmo assim, as reestimativas de receitas não deixam de ocorrer nas fases posteriores – e são criticadas, sobretudo, pelo desvirtuamento desse instituto e pela perda de realismo da LOA.

Uma segunda crítica diz respeito aos poderes do relator-geral. Em relação a este ponto, Praça (2010, p. 139) comenta que, sob as novas regras, este ator se tornou mais *accountable* a seus pares do que no período antecedente – no qual as normas regimentais permaneciam ainda muito vagas. Era mais difícil, portanto, tomar decisões unilateralmente. Contudo, como essas regras mantiveram o desenho básico da fase anterior, o autor pondera que, na prática, o relator-geral continuava podendo mudar os relatórios setoriais com grande autonomia. Figueiredo e Limongi (2008) entendem, porém, que o cenário ainda representa um avanço em relação à ordem anterior, sobretudo porque as decisões das relatorias são colegiadas (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2008, p. 65).

Seja como for, a RCN-2/1995 não encerrou sua vigência em razão dessas críticas pontuais. Mais extensa e técnica, a norma que a substituiu – a RCN-1/2001 – surgiu em meio a um contexto mais abrangente de reformas da legislação financeira, o qual buscava reorganizar as contas públicas, instituindo novos instrumentos de controle e de fiscalização.

#### 2.2.4. FASE 3 – RESPONSABILIDADE FISCAL NA RCN-1/2001

Aprovada na sequência da Lei de Responsabilidade Fiscal, a RCN-1/2001 foi o instrumento utilizado pelo Congresso para atualizar o regimento interno da CMO às suas novas regras e diretrizes. Com esse objetivo, promoveu reformas na divisão de atribuições internamente à CMO através dos comitês, tornando mais criteriosa – ao menos no plano normativo – a avaliação da receita e a distribuição de recursos entre as bancadas. Além disso, aprimorou as ferramentas dispostas à Comissão para o exercício de suas competências de fiscalização, controle e acompanhamento, instituindo novas relatorias e regulamentando a atuação do Órgão junto ao o TCU e a outras autoridades. Nesse formato, mais responsável e colegiado, “o Congresso adotou um papel mais ativo na definição de gastos” (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2008, p. 69-70).

Na comparação com as resoluções anteriores, é possível verificar que, embora parta da mesma estrutura básica, a RCN-1/2001 oferece uma re-

gulação mais complexa e detalhada. Seus 49 artigos encontram-se dispostos, à semelhança das normas que a antecederam, em quatro capítulos, os quais são intitulados “Da Competência e Composição”, “Da Direção”, “Do Funcionamento” (subdividido em seis seções – “Dos Procedimentos”, “Do Parecer Preliminar”, “Das Emendas”, “Dos Relatórios”, “Dos Destaques”, “Dos Prazos”) e “Disposições Gerais”. Observa-se que diversos temas que nas passagens precedentes mostram-se como relevantes recebem pela primeira vez uma subdivisão própria no regramento da CMO. No que diz respeito ao texto original da RCN-1/2001, três elementos de regulação são destacados:

- (1) A substituição das subcomissões por áreas temáticas e comitês de apoio às relatorias, com três destaques: Comitê de Avaliação da Receita; Comitê de Avaliação das Emendas e Comitê de Avaliação das Informações do TCU.
- (2) Quanto às relatorias, houve mais uma redefinição – provocada, especialmente, pela extinção da figura dos relatores-adjuntos e pela reorganização de cargos relacionados às proposições de acompanhamento e controle relativos à nova disciplina fiscal instituída pela LRF: relator das contas do art. 56 da LRF; relator das contas do TCU – art. 56, § 2º da LRF e relatores do acompanhamento e à fiscalização da execução.
- (3) Quanto às emendas, houve a redefinição de regras, sobretudo no campo das coletivas (os mesmos tipos foram mantidos, modificando-se, porém, as regras específicas de cada um) e de relator (limitando-se ainda mais as hipóteses de cabimento destas); ademais, pela primeira vez no regimento, as regras para a apresentação de destaques foram disciplinadas.

Para além das importantes inovações que promoveu no âmbito normativo, a terceira “fase normativa” é marcada por um evento curioso. Além de trazer uma pequena alteração na disciplina das emendas coletivas – a RCN-3/2003 também previu que “a Resolução nº 1, de 2001, do Congresso Nacional, e suas alterações perderão sua eficácia a partir de 30 de agosto de 2004”, colocando, assim, um termo final para a vigência da resolução principal e suas modificadoras. Instituído esse prazo, ganhava corpo um novo movimento de reforma do regimento interno da CMO, criando-se uma

pressão para a sua pronta discussão e aprovação antes que o regimento fosse revogado. Como transcorreu sem que fossem concluídas as deliberações, o Senador José Sarney, por meio de Ofício, o OF.CN/824/2004, formalizou um acordo de lideranças no sentido de manter os efeitos das normas revogadas até o advento de nova resolução. Embora juridicamente questionável, o acerto foi bem-sucedido – e a CMO continuaria operando sob o sistema de 2001 até a edição do seu novo regimento, em 2006.

#### 2.2.5. FASE 4 – A GRANDE TRANSFORMAÇÃO DA RCN-1/2006

Marcando a quarta e atual “fase normativa” da CMO, a RCN-1/2006 promoveu amplas modificações no processo legislativo orçamentário. Pela primeira vez desde 1988, produziu-se um regulamento denso e detalhado, que estabelece um conjunto novo de regras restritivas sem precedentes na regulação da CMO. Mais extensa, apresenta disposições específicas para cada categoria de proposições legislativas que tramita junto à Comissão, como a LOA, a LDO, o PPA, as leis de crédito, as leis de planos e programas nacionais, regionais e setoriais, assim como a apreciação das contas da Presidência da República, o acompanhamento e a fiscalização da execução orçamentária e financeira e, ainda, das obras e dos serviços com indícios de irregularidades graves. Com 161 artigos e 16 Capítulos, o texto é nitidamente mais específico que os anteriores. Alguns elementos principais de regulação podem ser destacados:

- (1) A grande redução do número de membros, de 84 para 40 (estipulando-se, em contrapartida, que os suplentes poderiam assumir relatorias), com a reintrodução de uma regra de rodízio mais rigorosa do que a existente em 1991, porque demanda a renovação anual de 100% dos seus integrantes.
- (2) As novas regras para as atribuições da presidência e a indicação das relatorias, impondo, quanto a este ponto, uma segunda regra de rodízio entre as relatorias setoriais, impedindo que um partido permaneça no controle de uma mesma área temática por mais de um ano seguido.
- (3) As novas regras para os comitês permanentes: o Comitê de Avaliação da Receita; o Comitê de Exame da Admissibilidade de Emendas; o Comitê de Avaliação das Informações sobre Obras e Serviços com Indícios de Irregularidades Graves; e o Comitê de Avaliação,

- Fiscalização e Controle da Execução Orçamentária. Ademais, instituiu comitês de apoio ao relator-geral da LOA e do PPA.
- (4) No que diz respeito à aprovação da LOA, observou-se a reparição da relatoria- geral com a recém-criada relatoria de receita, que transformou a utilização do parecer preliminar e efetivamente reduziu as atribuições do relator-geral, além de fortalecer as relatorias-setoriais.
  - (5) A institucionalização de diversos tipos de emenda: remanejamento, cancelamento, apropriação, além da alteração das regras anteriores (extinguindo-se as regionais).

Até o ano de 2015, termo final da pesquisa, a RCN-1/2006 ainda sofreu três alterações. A RCN-3/2008 modificou a composição das áreas temáticas e determinou a criação de subáreas. O mesmo assunto foi retomado pela RCN-3/2013. Por fim, a RCN-3/2015, que introduziu as últimas mudanças consideradas por este trabalho, trouxe novamente o tema das áreas temáticas, atualizou as regras para as relatorias setoriais, mudou as quantidades de emendas de remanejamento e fixou as emendas individuais em 1,2% da Receita Corrente Líquida – em consonância com a EC do Orçamento Impositivo, aprovada no mesmo ano. Mais de duas décadas depois da crise que quase extinguiu a CMO, em 1993-1994, a Comissão fortaleceu-se e apresenta, na atualidade, um regimento mais restritivo e detalhado do que qualquer outro em sua história.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

**N**o estudo da relação entre Direito, desenvolvimento e instituições, nota-se que a observação da CMO guarda particular interesse, seja porque se trata de tema importante no setor público, seja porque se encontra marcado por diversas reformas e transformações atreladas a fatos relevantes no desenvolvimento do país: crises econômicas, crises políticas e reforma do Estado. Este trabalho procurou ilustrar a complexidade da disciplina jurídica da CMO, isto é, as normas não apenas tratam de itens bastante técnicos e específicos, mas também indicam uma série de profundas e constantes modificações ocorridas em intervalos relativamente curtos de tempo. O estudo dessas normas regimentais mostra como foi difícil

firmar-se o processo legislativo orçamentário no Brasil, decorrente do arranjo constitucional criado em 1988.

A análise dessas mudanças normativas reforça a percepção da literatura a respeito de uma transformação institucional por disposição em camadas (*layering*), no âmbito da CMO, voltada, sobretudo, para uma maior divisão de tarefas (criação de novas relatorias), para a valorização de atores colegiados (comitês) e, ainda, para a imposição de limites à atuação individual dos parlamentares (com a categorização e fixação de limites quantitativos e qualitativos às emendas individuais). Essas novas regras ressignificam, durante todo o período abrangido, o papel da CMO no processo decisório, podendo ocasionar desdobramentos na agência dos parlamentares e na sua interação com o Executivo. Nesse sentido, o trabalho verifica que tais questões não se esgotam no estudo das normas da CMO, mas têm nelas uma fonte de investigação relevante.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Diário do Congresso Nacional (Sessão de 26 de abril de 1989)*. Congresso Nacional. Brasília, DF 1989a. (Ano XLIV, n. 37).
- BRASIL. *Diário do Congresso Nacional (Sessão de 27 de setembro de 1989)*. Congresso Nacional. Brasília, DF 1989b. (Ano XLIV, n. 83).
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas políticas públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 447-480.
- DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas vs céticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jun. 2009.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.
- GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRAVA, Guilherme Saraiva. *Direito, desenvolvimento e transformações institucionais: como o Congresso Nacional regulou a Comissão Mista de Orçamento entre 1988 e 2015?* Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), São Paulo, 2017. 241 f.
- HOFF, Karla; STIGLITZ, Joseph E. Modern economic theory and development. In: MEIER, Gerald M.; STIGLITZ, Joseph E. *Frontiers of development economics: the future in perspective*. Washington: Banco Mundial, 2001. p. 389-459.

- LEE JR., Robert D.; JOHNSON, Ronald. W.; JOYCE, Philip G. *Public budgeting systems*. 9. ed. Burlington, Maryland: Jones & Bartlett Learning, 2013.
- MAHONEY, James; THELEN, Kathleen (ed.). *Explaining institutional change: ambiguity, agency and power*. Nova York: Cambridge University Press, 2009.
- NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do Orçamento brasileiro. *Revista de Ciências Sociais – Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 265-301, 2002.
- PIETERSE, Jan Nederveen. *Development theory – Deconstructions/Reconstructions*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2010.
- PISTOR, Katharina. *There is no single field of law & development*. The Future of Law & Development (Simpósio). Chicago: University of Chicago, 2009. p. 168-170.
- PRAÇA, Sergio. *A evolução de instituições orçamentárias no Brasil, 1987-2008*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 264 f.
- PRADO, Mariana Mota. What is Law & Development? *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 11, Out. 2010.
- PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael J. Path dependence, development and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, n. 09-04 (Legal studies research series), abr. 2009.
- ROCHA, Paulo Eduardo N.M. *Instituições e interesses na dinâmica legislativa do ciclo orçamentário brasileiro*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014, 290 f.
- SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, D. M. *Direito e desenvolvimento – Um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.
- TAMANAH, Brian Z. As lições dos estudos sobre Direito e desenvolvimento. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 187-216, jan./jun. 2009.
- TAMANAH, Brian Z. O primado da sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, 2010.
- TRUBEK, David M. A coruja e o gatinho: há futuro para o “Direito e Desenvolvimento”? In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *O novo Direito e Desenvolvimento: presente, passado e futuro*. Textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 217-225.
- TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. Introduction. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. Nova York: Cambridge, 2006. p. 1-18.
- VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (ed.). *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica). São Paulo: Saraiva, 2011.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso – Planejamento e métodos*. Tradução de Cristhian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

## **CAPÍTULO 5**

# **SUPERVISÃO JUDICIAL DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL**

Pedro Marques Neto

### **INTRODUÇÃO<sup>1</sup>**

A judicialização do processo democrático contém um dilema em seu cerne. De um lado, as regras eleitorais fornecem a estrutura jurídica necessária para a constituição institucional da nossa democracia, estando sujeitas aos desafios regulatórios típicos do desenho de instituições legítimas e eficientes. A legitimidade democrática e a maior capacidade institucional do Poder Legislativo para resolver essas questões recomendam uma intervenção judicial fraca na organização do processo democrático, mais deferente às escolhas legislativas. De outro lado, as regras eleitorais são elaboradas pelos seus próprios beneficiários. Os incentivos para que os grupos políticos no poder legislem em causa própria e se entrincheirem no poder recomendam uma intervenção judicial mais forte na organização do processo democrático, menos deferente às escolhas políticas do parlamento. Esse dilema impacta a atuação dos tribunais na supervisão do processo democrático, bem como a percepção de membros da sociedade civil e dos integrantes dos demais poderes a respeito da legitimidade da atuação judicial nesses casos. A pergunta que normalmente se coloca é: por que juízes devem intervir em decisões do parlamento sobre a organização da nossa democracia? Ou ainda: quais razões devem orientar a tomada de decisão judicial em casos dessa natureza, tornando a supervisão judicial legítima e justificada?

Diferentes respostas a essas questões aparecem na literatura. Apesar de suas peculiaridades, elas podem ser agrupadas em torno de três modelos distintos de supervisão judicial do processo democrático. O modelo baseado na proteção de direitos individuais defende que razões contramajoritárias tradicionais associadas à proteção de interesses individuais devem orientar a

1 Uma versão resumida das ideias desenvolvidas neste capítulo foi apresentada no encontro de 2019 da Law and Society Association, realizado em Washington D.C. Agradeço a David Bateman, Jairo Nicolau, Stephan Stohler, Victor Maciel e Wayne Batchis, integrantes do painel de apresentação, pelos comentários e sugestões. Agradeço, também, ao Professor Dimitri Dimoulis, pela orientação na dissertação de mestrado que deu origem a este capítulo.

atuação dos tribunais. O modelo baseado na maximização de bens democráticos defende uma supervisão judicial preocupada em reforçar valores estruturais associados ao bom funcionamento das nossas instituições políticas. Já o modelo baseado na minimização de danos democráticos defende uma supervisão minimalista voltada à prevenção de danos estruturais ao bom funcionamento do sistema político.<sup>2</sup> A seção 1 oferece uma breve explicação desses modelos e defende a superioridade normativa do modelo baseado na minimização de danos democráticos, por compreender melhor a dimensão estrutural dos direitos democráticos, os riscos regulatórios da intervenção judicial na organização institucional da democracia e os limites democráticos dessa intervenção, tendo em vista o papel do Poder Judiciário na separação de poderes.

Para compreender como essas abordagens se apresentam na prática judicial, as seções 2 e 3 analisam decisões das supremas cortes de Estados Unidos e Brasil em matéria de financiamento eleitoral. A seção 2 argumenta que a Suprema Corte dos Estados Unidos adota o modelo baseado na proteção de direitos individuais, enquanto a seção 3 argumenta que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal adota o modelo baseado na maximização de bens democráticos.<sup>3</sup> De formas distintas, as duas cortes declararam a inconstitucionalidade de escolhas políticas do Legislativo em matéria de financiamento eleitoral. Nas seções 2 e 3, reinterpreto essas decisões à luz do modelo baseado na minimização de danos democráticos, argumentando que as duas cortes deveriam, por razões diferentes, ter conferido maior liberdade de atuação ao parlamento na regulação do financiamento eleitoral. A Suprema Corte dos Estados Unidos negligenciou a dimensão estrutural dos direitos democráticos e, com isso, acabou privilegiando excessivamente o direito in-

- 2 Na pesquisa que deu origem a este capítulo, o modelo baseado na minimização de danos democráticos foi também denominado de modelo antidominação. Este capítulo optou por alterar a denominação dessa abordagem no intuito de manter um maior paralelismo entre os nomes dos três modelos. De todo modo, o modelo baseado na minimização de danos democráticos e o modelo antidominação funcionam como sinônimos no restante do texto (cf. MARQUES NETO, 2018).
- 3 Nenhuma das cortes adota conscientemente ou integralmente esses modelos. Trata-se de uma reinterpretação das decisões dessas cortes à luz desses modelos. Uma forma mais precisa de transmitir a ideia seria afirmar que a corte X adota uma abordagem que se aproxima ou guarda forte semelhança com a abordagem defendida pelo modelo A.

dividual à liberdade de expressão em prejuízo de interesses governamentais na preservação de um processo eleitoral íntegro. Por sua vez, o STF negligenciou as consequências não pretendidas e os riscos democráticos associados à intervenção judicial na organização do processo democrático e acabou privilegiando excessivamente a igualdade política e o papel do tribunal na regulação do financiamento eleitoral.

## **1. TRÊS MODELOS DE SUPERVISÃO JUDICIAL DA DEMOCRACIA**

Na literatura, diferentes respostas justificam a finalidade da supervisão judicial do processo democrático. Normalmente, o debate encontra-se dividido em torno de dois eixos. No primeiro deles, abordagens individualistas contrapõem-se a abordagens estruturais. As abordagens individualistas sustentam que o principal objetivo da supervisão judicial do processo democrático é proteger direitos individuais ou de grupos de indivíduos à participação política e à igualdade. As abordagens estruturais, por sua vez, sustentam que as cortes devem buscar prevenir danos e reforçar valores estruturais associados ao bom funcionamento das instituições democráticas. No segundo eixo do debate, abordagens minimalistas contrapõem-se a abordagens maximalistas. Enquanto os defensores de abordagens maximalistas simpatizam com uma postura judicial mais ativa na defesa dos direitos democráticos, os defensores de abordagens minimalistas atribuem ao Poder Judiciário um papel restrito na supervisão do processo democrático. A partir desses dois eixos, destacam-se na literatura três modelos de supervisão judicial do processo democrático: um modelo baseado na proteção de direitos individuais; um modelo baseado na maximização de bens democráticos; e um modelo baseado na minimização de danos democráticos.

### **1.1. MODELO BASEADO NA PROTEÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS**

Para o modelo baseado na proteção de direitos individuais, os direitos democráticos funcionam como proteções aos interesses de indivíduos ou de um grupo de indivíduos à participação no processo político (por meio do voto, da manifestação do pensamento, da associação com outros indivíduos para fins político-partidários, etc.) em igualdade de condições com outros indivíduos ou grupo de indivíduos. A finalidade da supervisão judicial do processo democrático, assim, é evitar que danos sejam infligidos pelo Estado a esses interesses. Para que a intervenção judicial seja justificada, o

dano alegado precisa ser individualizável, identificando-se o indivíduo ou o grupo de indivíduos afetado negativamente pela medida estatal questionada. Identificado o dano, o Poder Judiciário procederá, então, a um teste de sopesamento no intuito de verificar a legalidade da medida. Para que seja lícita, o interesse governamental na elaboração da medida tem que ser suficientemente relevante a ponto de justificar o dano causado aos interesses individuais.

Um dos mais notáveis defensores dessa abordagem é Richard Hasen (2003). Hasen defende que a supervisão judicial do processo democrático deve buscar proteger princípios centrais de igualdade política, sendo deferente às escolhas políticas do legislador nos casos controversos. Hasen, assim, mescla em sua teoria uma abordagem baseada na proteção de direitos individuais com uma abordagem minimalista do papel do Poder Judiciário.

Para Hasen (2003, p. 73-100), a igualdade política conteria três princípios a serem protegidos pelos tribunais: (i) o princípio dos direitos políticos essenciais; (ii) o princípio da ação coletiva; e (iii) o princípio da “antiplutocracia” (cf. CHARLES, 2005, p. 1103). O princípio dos direitos políticos essenciais assegura a todo indivíduo direitos políticos básicos, como “o direito de se manifestar sobre questões políticas, de se organizar para a ação política e de peticionar ao governo”; impede que o governo negue “o direito ao voto com base no gênero, alfabetização, nacionalidade, raça, religião, orientação sexual, ou qualquer outro critério desamparado de justificativa convincente”; e assegura que os eleitores sejam contados e tenham pesos semelhantes entre si (HASEN, 2003, p. 82). O princípio da ação coletiva impede que o governo imponha e exige que ele remova, caso impostos, “obstáculos irrazoáveis aos indivíduos que desejem se organizar em grupos para se envolver em ações coletivas com fins políticos” (HASEN, 2003, p. 88). Por fim, o princípio da antiplutocracia impede que o governo condicione a participação no processo eleitoral à riqueza ou ao pagamento de quantia em dinheiro (HASEN, 2003, p. 86).

Para analisar se a ofensa a um desses princípios centrais de igualdade política ocorreu, Hasen sustenta que o tribunal deverá sopesar o dano que o indivíduo (ou grupo de indivíduos) alega ter sofrido com o interesse que o governo alega promover com a medida questionada. Trata-se, porém, de um teste de sopesamento cético em relação à legitimidade dos interesses governamentais, em razão “dos problemas de autointeresse que surgem quando funcionários do governo estabelecem as regras da competição eleitoral”,

que exige uma “prova forte da necessidade e do sentido do interesse estatal” (HASEN, 2003, p. 94). Ou seja, se a medida questionada não tiver justificativa razoável ou se ela promover o entrincheiramento das elites políticas no poder, então a corte deve invalidá-la.

A teoria de Hasen é sedutora e engenhosa. Sua abordagem, porém, não alcança os fins que almeja. Sua linguagem, preocupada com a proteção de direitos individuais, esconde a dimensão estrutural dos danos aos direitos democráticos que normalmente são levados à apreciação dos tribunais. Afinal, quando um sistema de financiamento eleitoral se torna desigual a ponto de justificar a intervenção judicial? Ou quando uma lei que vise regular as doações privadas torna-se restritiva o suficiente ou entrincheira as elites políticas no poder a ponto de justificar uma intervenção judicial? Em nenhum desses casos os princípios de igualdade política elencados por Hasen ajudarão muito (cf. WESTERN, 1982). O dano democrático deixa de ser individual ou individualizável e passa a dizer respeito ao bom funcionamento das instituições democráticas. O debate judicial, no fim, torna-se estrutural, por mais que continue marcado pela linguagem de proteção de direitos individuais.

## **1.2. MODELO BASEADO NA MAXIMIZAÇÃO DE BENS DEMOCRÁTICOS**

O modelo baseado na maximização de bens democráticos parte justamente da constatação de que a linguagem tradicional de proteção de direitos individuais esconde a verdadeira natureza estrutural dos debates constitucionais sobre a supervisão judicial do processo democrático. Uma das precursoras das abordagens estruturais, Pamela Karlan (2001, p. 1346), ao analisar decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo a regulação do processo democrático, notou que a linguagem de proteção de direitos individuais era empregada pela corte “não para proteger os direitos de um grupo identificável de indivíduos, particularmente de um grupo incapaz de se proteger mediante a operação normal do processo político, mas para regular o arranjo institucional no qual a política era conduzida”. Para o modelo baseado na maximização de bens democráticos, o papel dos tribunais na supervisão do processo democrático é exatamente esse: proteger a infraestrutura que constitui o processo político no qual os direitos democráticos são exercidos.

Principal expoente das abordagens estruturais, Ely (1980, p. 486) recomenda um modelo de adjudicação constitucional em que as cortes inter-

venham para consertar falhas de funcionamento do processo político, e não para determinar resultados substantivos. Essas falhas “ocorrem sempre que o processo não pode ser confiado”, situação que se verifica sempre que os canais de mudança política são sufocados para assegurar que os detentores do poder permaneçam no poder e que o grupo majoritário esteja se beneficiando sistematicamente à custa dos demais grupos minoritários (ELY, 1980, p. 486-487).

Influenciados por Ely, Richard Pildes e Samuel Issacharoff desenvolveram a Teoria da Competição Política. A partir da metáfora do mercado político, os autores identificaram, na competição partidária, o valor estrutural a ser especialmente protegido pelos tribunais. Em vez de “controlar a política diretamente por meio da aplicação centralizada de direitos individuais”, sugerem Pildes e Issacharoff (1998, p. 648), os tribunais devem “examinar a estrutura de fundo da competição partidária”. Onde a competição partidária for robusta, os tribunais têm menos razões para intervir. Porém, onde as forças políticas dominantes tiverem manipulado as regras do jogo para se entrincheirar no poder, “as cortes devem derrubar essas manipulações de modo a assegurar um ambiente partidário adequadamente competitivo” (ISSACHAROFF e PILDES, 1998, p. 28).

O risco dessas abordagens é que, ao reconhecerem o papel que pode ser desempenhado pelas cortes na proteção de valores estruturais do processo democrático, elas simpatizem e até incentivem posturas judiciais expansivas na defesa dos direitos democráticos. Sob o pretexto de estarem consertando falhas no bom funcionamento do processo político, os tribunais acabariam se transformando em reguladores políticos, propondo soluções e buscando conserto a toda falha estrutural que vierem a identificar no bom funcionamento das instituições democráticas. Menos deferente às escolhas dos legisladores, sob o pretexto do risco constante de manipulação das regras eleitorais pelas elites políticas, os tribunais agiriam de modo a maximizar a proteção de bens democráticos.<sup>4</sup>

4 É possível interpretar essas teorias de modo a dissociá-las de posturas maximalistas como essa. O próprio Pildes (1999), ao esclarecer, posteriormente, algumas das ideias da Teoria da Competição Política, busca dissociá-la de algumas interpretações que enxergam nela uma defesa de posturas judiciais maximalistas.

### 1.3. MODELO BASEADO NA MINIMIZAÇÃO DE DANOS DEMOCRÁTICOS

O modelo baseado na minimização de danos democráticos também reconhece a dimensão estrutural dos direitos democráticos. Ele também reconhece, porém, os riscos democráticos associados à intervenção judicial no processo democrático. Uma postura maximalista que transforme os tribunais em órgão regulador do processo político corre o risco de deslocar para o Judiciário poder decisório demais a respeito do arranjo institucional da democracia. E isso apesar de os tribunais possuírem menos capacidade institucional e legitimidade democrática do que o parlamento para pensar e desenhar instituições políticas. O próprio protagonismo judicial, assim, torna-se um risco democrático a ser considerado pelos juízes no momento de avaliarem a necessidade de uma intervenção judicial.

Representante do modelo baseado na minimização de danos democráticos, Yasmin Dawood apresenta um modelo de supervisão judicial da democracia que realça exatamente os riscos democráticos associados à intervenção judicial no processo democrático. O modelo antidominação proposto por Dawood sugere que as patologias no funcionamento do processo democrático devem ser concebidas como exemplos de dominação, termo que busca expressar a capacidade de um agente intervir de modo arbitrário em escolhas de terceiros, sem procurar rastrear suas opiniões nem atender aos seus interesses.

Dawood (2008, p. 1433) aponta quatro fatores que permitiriam identificar “se o processo legislativo dá origem à dominação ou à ameaça de dominação”. O primeiro fator, entrincheiramento no poder, “descreve a concentração ou consolidação do poder nas mãos de um único agente ou instituição” (DAWOOD, 2008, p. 1434). O segundo fator, abuso procedimental de poder, descreve o arbítrio procedimental na atuação do Estado, derivado do desrespeito aos requisitos formais do Estado de Direito. O terceiro fator, abuso substancial de poder, descreve “o exercício do poder pelos agentes públicos para ganho privado ou político”, normalmente associado a práticas de *self-dealing* (DAWOOD, 2008, p. 1436). O quarto fator, por sua vez, diz respeito à aparência de que o processo político de fato se encontra livre de dominação, já que, para o cidadão comum, a aparência de dominação pode, por si só, equivaler à existência de dominação (DAWOOD, 2008, p. 1438).

Para Dawood (2008, p. 1429), o papel das cortes “é minimizar a dominação e a aparência de dominação nas regras da democracia e nos procedimentos pelos quais essas regras são criadas”. Nem todo caso de dominação,

porém, justifica a intervenção judicial, mas apenas casos graves que comprometam a existência de um mínimo de integridade no processo eleitoral. Certamente, nenhum parâmetro livre de interpretação e dissenso existe para determinar os casos em que a intervenção judicial é ou não justificada. Trata-se de um inevitável e permanente *trade-off* entre permitir que um dano democrático seja praticado pelo parlamento e correr o risco de que um dano democrático seja cometido por uma intervenção judicial injustificada. O modelo de minimização de danos democráticos sugerido por Dawood leva esse *trade-off* para o raciocínio judicial: “a ação judicial é justificada somente se a dominação real e aparente que fosse resultar da intervenção judicial for decisivamente superada pela dominação real e aparente que fosse resultar da ação legislativa em debate” (DAWOOD, 2008, p. 1450).

Certamente, o problema da falta de um parâmetro objetivo e consensual acerca de quando a intervenção judicial é ou não justificada persiste. Ele persiste, na verdade, para todos os modelos tratados aqui. Mas sua persistência diz mais sobre o caráter argumentativo do Direito e sobre a natureza da razão prática do que dos modelos em si. Na medida em que a abordagem proposta por Dawood reconhece a dimensão estrutural dos direitos democráticos e os riscos democráticos associados à intervenção judicial, acredito que ela oferece as preocupações certas pelas quais deve se pautar o debate interpretativo a respeito de quando a intervenção judicial é ou não justificada no caso concreto.

As seções seguintes analisam como esses modelos se apresentam nas decisões das supremas cortes de Brasil e Estados Unidos sobre financiamento eleitoral. Eles não só oferecem ferramentas teóricas que permitem reinterpretar as decisões à luz de cada um dos modelos, aumentando nossa compreensão do raciocínio que foi empregado pelas cortes, como permitem identificar pontos em que as decisões podem ser repensadas, aumentando nossa compreensão do raciocínio que pode vir a ser empregado pelas cortes no futuro.

## **2. FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS**

Na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Citizens United v. FEC* estabeleceu os termos atuais do debate constitucional sobre financiamento de campanha eleitoral no país. Na ocasião, a corte supervisionou a regulação do financiamento de campanha eleitoral pelo Legislativo com base em uma abordagem similar à proposta pelo modelo baseado na proteção de

direitos individuais. Como veremos, porém, a decisão da corte poderia ter sido diferente se a dimensão estrutural dos direitos democráticos em disputa no caso não tivesse sido negligenciada ou subestimada pela corrente majoritária.

## 2.1. *CITIZENS UNITED V. FEC*

Em 2008, Citizens United, uma organização conservadora sem fins lucrativos, lançou um documentário crítico à então senadora e candidata à presidência pelo Partido Democrata Hillary Clinton. *Hillary: o filme* tinha como principal objetivo questionar a aptidão da senadora para o exercício do cargo. O documentário havia sido lançado em DVD e transmitido nos cinemas. A *Citizens United*, porém, pretendia disponibilizá-lo também na versão *video-on-demand* e divulgá-lo por meio de propagandas publicitárias a serem veiculadas no rádio e na televisão no período de trinta dias que antecediam a realização das eleições primárias do Partido Democrata daquele ano.

De acordo com o *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA), porém, empresas e sindicatos estavam proibidos de realizar qualquer comunicação eleitoral naquele período. Uma comunicação eleitoral é “qualquer comunicação, transmitida a cabo ou via satélite, que se refira a um candidato claramente identificado a cargo federal e seja realizada dentro de 30 dias de uma primária ou 60 dias de uma eleição geral”, bem como que seja capaz de “ser recebida por 50.000 pessoas ou mais no estado em que a eleição primária será realizada” (ESTADOS UNIDOS, 2010, p. 887). O BCRA permitia, porém, que a comunicação fosse realizada por um comitê de ação política (*Political Action Committee – PCA*), criado para arrecadar fundos de pessoas e organizações e, posteriormente, doá-los a partidos e candidatos ou gastá-los de maneira independente com comunicações eleitorais, estando imunes, nesse caso, aos limites incidentes sobre os gastos por pessoas físicas e jurídicas.

A questão julgada pela Suprema Corte dos Estados Unidos era se as restrições impostas pelo BCRA à comunicação eleitoral das empresas e dos sindicatos ofenderia o direito à liberdade de expressão protegido pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana. A corte entendeu que sim e declarou a inconstitucionalidade da legislação eleitoral.

Ao decidir *Citizens United*, a corte identificou uma potencial violação do direito à liberdade de expressão protegido pela Primeira Emenda. De acordo com a jurisprudência da corte sobre a Primeira Emenda, a me-

didat regulatória potencialmente lesiva ao direito à liberdade de expressão submetida ao escrutínio judicial somente será constitucional se interesses governamentais suficientemente relevantes justificarem sua elaboração. Em *Citizens United*, a corte analisou três principais interesses estatais na regulação do financiamento de campanha eleitoral: (i) promoção da igualdade política; (ii) prevenção da distorção da representação política; e (iii) combate à corrupção ou à aparência de corrupção. Apenas o interesse anticorrupção foi considerado pela corte um interesse governamental legítimo na regulação do financiamento de campanha eleitoral. Ainda assim, a corte afastou a legitimidade desse interesse no caso por entender que os meios empregados pelo BCRA não se adequavam ao alcance dos fins almejados, já que gastos independentes não ofereceriam riscos de corrupção altos o suficiente para justificar o nível de restrição imposto pela legislação à liberdade de expressão das empresas e dos sindicatos.

O interesse na promoção de igualdade política visa equalizar o peso das vozes que participam do debate eleitoral. Quanto menos restrições existirem aos gastos com comunicação eleitoral, mais as vozes de indivíduos ricos e empresas poderão influenciar o debate público. E, quanto maior o poder de influência de indivíduos ricos e empresas no debate público, maior seu poder de influência sobre a aprovação de leis e elaboração de políticas públicas. O interesse estatal na equalização do peso relativo das vozes que participam do debate eleitoral, assim, seria uma decorrência do ideal político igualitário do “uma pessoa, um voto”.

A Suprema Corte, porém, rejeitou a promoção da igualdade política como um interesse governamental legítimo na regulação da liberdade de expressão. Para ela, a promoção desse interesse exigiria que as vozes de alguns fossem caladas com o único intuito de permitir que as vozes de outros fossem ouvidas, configurando uma invasão estatal na liberdade de expressão que não seria permitida pela Primeira Emenda. Esse entendimento foi estabelecido originalmente pela corte em *Buckley v. Valeo* e está bem resumido na célebre passagem em que a corte afirma que “a ideia de que o Estado pode restringir o discurso de alguns integrantes [...] de modo a aumentar a voz relativa de outros é totalmente estranha à Primeira Emenda, que foi desenhada para ‘assegurar a maior disseminação possível de informação das fontes mais diversas e antagônicas’” (ESTADOS UNIDOS, 2010, p. 649).

O interesse antidistorção visa garantir uma correspondência entre a atuação dos representantes eleitos e a vontade popular, evitando que o poder

político seja capturado pelo poder econômico. O problema desse interesse, porém, estaria na dificuldade em identificar a vontade popular e, com base nisso, mensurar se a atuação dos representantes eleitos foi indevidamente distorcida por interesses econômicos. Para a Suprema Corte, de todo modo, a conversão do poder econômico em poder político é sempre inevitável. Na medida em que a democracia tem um custo, todos os agentes políticos capazes de custeá-la estarão em melhores condições na disputa política. Assim, o interesse antidistorção serviria apenas para permitir que o governo impedisse certos agentes e certos pontos de vista de converterem poder econômico em poder político, com a consequência indesejável de que, ao fazer isso, a quantidade de discurso disponível no debate público terá sido reduzida. Para a corrente majoritária, “baseada na desconfiança no poder político, a Primeira Emenda é contra o desfavorecimento de certos sujeitos ou pontos de vista [, estando] proibidas, também, distinções entre diferentes falantes, permitindo a fala de uns, mas não de outros”, de modo que seria “nosso direito e nossa tradição que mais discurso, não menos, é a regra dominante” (ESTADOS UNIDOS, 2010, p. 898 e 911).

O interesse anticorrupção, por sua vez, visa evitar trocas ilícitas de favores (*quid pro quo*) entre agentes políticos e agentes econômicos. Para a corte, a mera influência ou o mero acesso de algumas pessoas a certos parlamentares não configura corrupção, pois não significa que a relação mantida entre eles envolva o emprego de meios ilícitos. A corte entendeu, assim, que apenas a corrupção enquanto *quid pro quo* representa um interesse governamental suficientemente relevante para justificar a imposição pelo Estado de medidas restritivas à liberdade de expressão. No caso concreto, porém, a corte entendeu que nem mesmo esse interesse se mostrava legítimo, visto que os gastos independentes com comunicação eleitoral demonstravam possuir pouco potencial para servir de moeda de troca de favores ilícitos, na medida em que, por serem independentes, ocorrem a despeito da anuência de partidos e candidatos e não possuem vínculo direto com suas campanhas.

Embora exposta de maneira simplificada, a abordagem empregada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Citizens United* aproxima-se da abordagem proposta pelo modelo baseado na proteção de direitos individuais. Como visto, a corte identificou um direito individual a ser protegido, qual seja, a liberdade de expressão, e sopesou as restrições impostas a esse direito individual com os interesses estatais na aprovação da medida regulatória em análise. Para a Suprema Corte, apenas o interesse anticorrupção

pode ser considerado suficientemente relevante para justificar restrições à liberdade de expressão promovidas por meio da regulação do financiamento de campanha eleitoral. Mesmo esse interesse, contudo, precisa ter sua legitimidade comprovada no caso concreto, mediante um juízo de adequação entre meios e fins (o que não teria ocorrido em *Citizens United*).

## **2.2. CITIZENS UNITED: UMA REINTERPRETAÇÃO**

O método de sopesamento empregado pela Suprema Corte dos Estados Unidos permitiu que razões estruturais permeassem o raciocínio jurídico em *Citizens United*, ao introduzir no debate os interesses governamentais na promoção da igualdade, prevenção da distorção e combate à corrupção. O enfoque na dimensão individual do direito à liberdade de expressão, porém, fez com que essas razões fossem concebidas sempre como restrições à liberdade a serem permitidas apenas excepcionalmente. Um enfoque na dimensão estrutural do direito à liberdade de expressão, no entanto, quando aplicado ao domínio eleitoral, pode servir para nos ajudar a reinterpretar essas restrições menos como intervenções estatais nas liberdades individuais a serem excepcionalmente toleradas e mais como uma tentativa de conformar direito à liberdade de expressão a um domínio constitucional e social cuja especificidade exige uma tolerância maior com regulações estatais.

A especificidade do domínio eleitoral pode ser percebida ao realçarmos o forte caráter constitutivo das regras que regulam as atividades que ocorrem dentro dessa prática. No domínio público geral (não eleitoral), a liberdade de expressão e o livre mercado de ideias funcionam como instrumentos de produção da verdade – ou, em uma visão ligeiramente distinta, como instrumentos que, apesar de não garantirem a produção da verdade, pelo menos evitam ou reduzem as chances de que a promoção desse bem venha a ser suprimido da esfera social. Eles também funcionam não como instrumentos para o alcance de um fim, mas como fins em si mesmos. Isso porque protegem o direito dos indivíduos que compõem uma comunidade política de viver suas vidas autonomamente, expressando seus pontos de vista sem distinções baseadas nas características do falante ou no conteúdo de suas respectivas opiniões, refletindo uma postura estatal de igual consideração e respeito pelos diversos indivíduos que compõem aquela comunidade. Nesse contexto, o peso relativo da voz de cada falante é pouco ou nada relevante. Quanto maior a quantidade de opiniões sendo ventiladas, maior o

papel informativo do livre mercado de ideias e, portanto, maiores as chances de que a produção da verdade seja alcançada – ou de que a possibilidade de produção da verdade não seja extinta. Nesse contexto, as restrições estatais ao livre mercado de ideias são vistas com elevado ceticismo, seja porque interferem na capacidade instrumental desse mercado de produzir verdades, seja porque exigirão que algum tipo de restrição seja imposta em razão das características do falante ou do conteúdo de suas respectivas opiniões, impedindo que certos indivíduos expressem as opiniões que entenderem necessárias. No contexto público geral, portanto, poderíamos dizer que as regras que impõem restrições à liberdade de expressão cumprem uma função essencialmente reguladora, na medida em que restringem o âmbito de ação dos indivíduos por alguma razão política sem ter como objetivo constituir algo novo.

No domínio eleitoral, porém, a liberdade de expressão e o livre mercado de ideias não visam apenas informar ou produzir verdades. Eles também buscam criar um ambiente deliberativo que conte com a participação dos cidadãos no debate público de modo a, com isso, construir algo parecido com uma vontade popular, que funcione como um guia e um controle ao exercício do poder estatal e crie as condições institucionais do ideal democrático do autogoverno (URBINATI, 2014, p. 135). Isso porque é próprio do funcionamento das regras eleitorais não apenas restringir condutas previamente existentes para impedir que algo seja feito, mas regulá-las no intuito de constituir um novo tipo de prática social, a prática democrática, em que novas ações são permitidas com sentidos e valores próprios. Conceitos como representação política, eleições, legitimidade e autogoverno só fazem sentido se os indivíduos que participam da prática democrática compreenderem suas ações nesses termos. Eles justificam toda a prática democrática. Para isso, essa prática precisa ser constituída por meio de um sistema sofisticado de regras e instituições. É esse, aliás, um dos principais papéis de uma constituição (SUNSTEIN, 2001).

No domínio específico das eleições, portanto, a liberdade de expressão e o livre mercado de ideias cumprem uma função adicional. Ao lado do sentido tradicional aplicado ao domínio do debate público geral, em que o importante é que tudo o que precisa ser dito seja dito sem restrições indevidas, eles ganham um sentido participativo, “que enfatiza, ao contrário, o papel do discurso público em estabelecer a legitimidade democrática [...], que foca nos falantes enquanto participantes na criação autônoma de uma

identidade democrática” (POST, 1999, p. 1841). Nas palavras de Post (1999, p. 1840), no domínio constitucional das eleições, “a Primeira Emenda define e salvaguarda a dimensão comunicativa da prática social do autogoverno democrático”. Para esse sentido, certas restrições à liberdade individual não configuram simples empecilhos à ação individual, mas condições para a criação de ações coletivas (cf. HOLMES, 1995, p. 153). As regras regulam para constituir. É esse forte elemento constitutivo das eleições que justifica o fato de esse período ser altamente regulado, admitindo restrições que não seriam admitidas no ambiente tradicional do debate público geral, como ocorre, por exemplo, com a restrição à liberdade de expressão de pessoas estrangeiras (cf. PILDES, 2011).

Assim, o peso relativo das vozes dos falantes torna-se mais relevante para o domínio constitucional específico das eleições. Um mercado dominado por poucos falantes muito poderosos, se não restringe a quantidade de informações à disposição do eleitorado, restringe a diversidade das fontes e compromete a percepção dos cidadãos de que eles estão participando de um processo íntegro, capaz de gerar a representação política e o autogoverno almejados. E, em um ambiente democrático e deliberativo cujo propósito é a constituição do autogoverno, a quantidade de informação disponível aos eleitores é tão relevante quanto a diversidade das fontes que informam. Nesse ambiente, a participação qualificada de diversos indivíduos e fontes de informação é um fim em si mesma. Um mercado de ideias oligopolizado compromete não apenas esse fim, como a percepção dos próprios cidadãos de que o processo eleitoral é capaz de concretizar institucionalmente os ideais democráticos que lhe foram prometidos. Um mercado de ideias oligopolizado, portanto, compromete a integridade do processo democrático, na medida em que cria nos cidadãos a percepção de que a igualdade política não mais orienta o funcionamento das instituições políticas, de que a representação política encontra-se distorcida em benefício dos interesses de poucos indivíduos e corporações muito influentes, e de que a atuação do parlamento encontra-se comprometida pela corrupção. Certamente, os cidadãos podem estar equivocados em suas percepções, mas a legitimidade democrática depende não apenas de instituições íntegras, como também de instituições que *pareçam* íntegras.

A consciência da dimensão estrutural da liberdade de expressão no domínio das eleições não significa que toda e qualquer restrição governamental será legítima. A completa equalização das vozes que participam do livre

mercado de ideias é igualmente indesejável, na medida em que prejudicaria a qualidade do debate público ao reduzir a capacidade do mercado de ideias de produzir e fazer circular informações e opiniões relevantes – mas custosas – ao eleitor. Como Dworkin (2010) realça, “a diferença entre [...] visar a igualdade eleitoral como fim em si e reduzir a desigualdade de modo a proteger a integridade do debate político [...] é real e importante”. Restrições excessivas, prossegue Dworkin (2010), “prejudicariam a qualidade do debate político por não permitirem discussão o suficiente e por impedirem que defensores de opiniões novas e pouco familiares gastem recursos o suficiente para atrair atenção pública”. Ou seja, restrições excessivas à liberdade de expressão também comprometem o potencial informativo e o potencial participativo do livre mercado de ideias, impedindo, agora por outras razões, a constituição da prática democrática.

De todo modo, a consciência da dimensão estrutural da liberdade de expressão no domínio das eleições permite que a supervisão judicial do processo democrático seja menos cética quanto à legitimidade dos interesses estatais que justificam a restrição em análise. No caso de *Citizens United*, mais especificamente, permite que a Suprema Corte dos Estados Unidos seja menos cética quanto à legitimidade dos interesses estatais na promoção da igualdade política, no combate à distorção da representação política e no combate à corrupção. A liberdade de expressão das empresas foi restringida, mas não eliminada. A restrição imposta pelo BCRA introduziu um limite temporal (30 dias que antecedem uma eleição primária e 60 dias que antecedem uma eleição federal) para certos tipos de comunicação (comunicações direcionadas a um eleitorado relevante, ou seja, a mais de cinquenta mil pessoas) produzidos por certos tipos de pessoas (sobretudo corporações com fins lucrativos). E, mesmo durante esse período, os PACs conservavam o direito de as empresas financiarem, embora de forma indireta, comunicações eleitorais de sua preferência. Para uma abordagem centrada na minimização de danos democráticos, esses fatores sugerem que a Suprema Corte dos Estados Unidos tinha fortes razões para exercer a autocontenção judicial em *Citizens United*, mostrando deferência às escolhas políticas do legislador.

### **3. FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A recente decisão do STF na ADI n. 4.650 estabeleceu os termos atuais do debate político e constitucional sobre financiamento de campanha eleitoral

no Brasil ao declarar a inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas. No caso, o STF supervisionou a regulação do financiamento de campanha eleitoral pelo Legislativo com base em uma abordagem similar à proposta pelo modelo baseado na maximização de bens democráticos. Denomino essa corrente majoritária de Corrente Fux.<sup>5</sup> A decisão da corte, contudo, poderia ter sido diferente se os ministros que compuseram a corrente majoritária tivessem levado mais a sério os riscos regulatórios e os limites democráticos da supervisão do processo democrático realizada pelo STF. Essas preocupações estiveram presentes na corrente minoritária, que denomino de Corrente Zavascki, cuja abordagem se aproxima daquela defendida pelo modelo baseado na minimização de danos democráticos, como buscarei mostrar.<sup>6</sup>

### 3.1. A CORRENTE FUX

A Corrente Fux justificou a declaração de inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas pelo STF a partir da conjugação de razões estruturais e maximalistas. As razões estruturais identificaram um mau funcionamento do processo democrático causado por essas doações; as maximalistas reconheceram ser papel do STF identificar e erradicar danos desse tipo, de modo a aprimorar institucionalmente o funcionamento da democracia brasileira e, com isso, otimizar a proteção de valores democráticos previstos na Constituição, como a representação política, o direito ao voto, a igualdade e o republicanismo.

As patologias identificadas pela corrente majoritária são difíceis de categorizar analiticamente, em especial por causa da baixa qualidade argumentativa das decisões do STF.<sup>7</sup> De modo geral, porém, o diagnóstico dos ministros que compuseram a Corrente Fux foi convergente no sentido de que as doações eleitorais por pessoas jurídicas comprometem a integridade do processo democrático. Para eles, elas: distorcem a representação política,

5 Integraram a Corrente Fux os ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

6 Integraram a Corrente Zavascki os ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

7 Apesar dessa dificuldade, minha dissertação de mestrado buscou categorizar os principais argumentos apresentados pela Corrente Fux (cf. MARQUES NETO, 2018, p. 73-97).

pois permitem que o poder econômico influencie a tomada de decisões do poder político; ofendem a igualdade política, pois permitem que desigualdades econômicas se transformem em desigualdades políticas; e ofendem o republicanismo, pois permitem a captura do interesse público por interesses privados. Como Fux resume, em vez de aprimorar as instituições políticas, “a participação de pessoas jurídicas tão só encarece o processo eleitoral, sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate”. Para Toffoli, “autorizar a influência dos setores econômicos sobre o processo eleitoral é admitir o que [...] é constitucionalmente vedado: a quebra da igualdade jurídica nas disputas eleitorais e o desequilíbrio no pleito” (BRASIL, 2015, p. 49 e 84).

Correto o diagnóstico da Corrente Fux ou não, a simples identificação de uma patologia ao bom funcionamento do processo democrático não justifica a intervenção do STF. Para justificar a necessidade e a legitimidade da intervenção do STF, a Corrente Fux recorreu a uma abordagem maximalista do papel das cortes constitucionais na supervisão do processo democrático. Segundo essa abordagem, compete às cortes constitucionais, em geral, e ao STF, em específico, combater danos estruturais ao funcionamento do processo democrático, de modo a promover seu aprimoramento institucional, otimizando, dessa forma, a proteção dos bens democráticos previstos na Constituição Federal, como os princípios da igualdade, da representação política e do republicanismo. A inclinação maximalista da Corrente Fux se manifestou de modo mais explícito e articulado nos votos de Barroso e Fux. Para Barroso, as cortes constitucionais desempenham uma “função representativa” que legitima sua intervenção para solucionar “impasses que emperram a história”, isto é, para atuar como uma verdadeira “vanguarda iluminista”, responsável por “empurrar a história” (BRASIL, 2015, p. 130). É Fux, porém, quem melhor resume a abordagem maximalista adotada pela corrente majoritária no julgamento da ADI n. 4.650, como a seguinte passagem de seu voto ilustra:

Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses **em que se exige uma postura mais incisiva da Suprema Corte**, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Em tais cenários, **diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições**, é dever da Corte Constitucional **otimizar e aperfeiçoar o processo democrático**, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e

(ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. (BRASIL, 2015, p. 35, *grifo nosso*)

Essa passagem resume bem as inclinações estruturais e maximalistas da Corrente Fux na supervisão do financiamento de campanha eleitoral. Essas inclinações compõem a abordagem baseada na maximização de bens democráticos que levou o STF a declarar a inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas na ADI n. 4.650. Para essa abordagem, compete ao STF adotar uma postura mais ativa na proteção de bens democráticos, reforçando valores estruturais associados ao bom funcionamento do nosso processo democrático mesmo em casos contestados, de modo a, com isso, aperfeiçoar institucionalmente nossa democracia.

### 3.2. A CORRENTE ZAVASCKI

Em contraposição à Corrente Fux, a Corrente Zavascki, minoritária, considerou constitucionais as doações eleitorais por pessoas jurídicas. Embora razões estruturais também tenham pautado o raciocínio dessa corrente, seus integrantes defenderam uma postura menos ativa do STF na supervisão do processo democrático, mais deferente às escolhas políticas do Congresso. Para isso, a Corrente Zavascki realçou os benefícios estruturais associados às doações eleitorais, a complexidade inerente ao desenho de instituições, os riscos regulatórios da intervenção judicial no processo democrático, bem como os riscos democráticos da intervenção judicial na organização do nosso processo democrático.

Para a Corrente Zavascki, as doações eleitorais por pessoas jurídicas não são necessariamente uma patologia do processo eleitoral. Ela reconhece que o poder econômico pode ser essencial para garantir a viabilidade e a competitividade da disputa eleitoral, apesar de ele poder comprometer a integridade do processo eleitoral se não for adequadamente regulado e fiscalizado. A democracia, afinal, possui um custo. E esse, para Zavascki, é o “grande paradoxo” da relação entre poder político e poder econômico (BRASIL, 2015, p. 139).

Para a Corrente Zavascki, o que corre sérios riscos de causar danos estruturais ao funcionamento do processo democrático é a proibição das doações eleitorais por pessoas jurídicas. A proibição dessas doações pode prejudicar, ao invés de promover, a igualdade de chances na disputa eleitoral entre os diversos grupos políticos e partidários em disputa. É que a proibição

acentuaria a importância de fatores não econômicos nas chances de sucesso eleitoral de candidatos e partidos políticos, como o cacife político e o acesso à publicidade institucional, conferindo vantagens competitivas ao grupo político que detém o poder no momento das eleições ou aos grupos já consolidados no cenário político em prejuízo de grupos de oposição ou de grupos pouco conhecidos do eleitorado. Nas palavras de Zavascki:

É preciso considerar, por exemplo, o altíssimo cacife político ostentado pelos partidos ocupantes dos postos de governo, nas diferentes instâncias federativas, especialmente quando candidatos a reeleições, que, muito antes e independentemente do período de campanha, situam-se na privilegiada condição de assumir ou distribuir espaços de poder, de formar alianças, de promover nomeações para cargos de visibilidade eleitoral, que permitem ao titular a tomada de decisões sobre distribuição de verbas a estados ou municípios, ou a celebração de convênios, ou a priorização de obras e serviços públicos, sem falar na promoção das campanhas publicitárias institucionais, ditas de prestação de contas, mas com olhos voltados para as urnas. É evidente, portanto, que o exercício dos postos de poder já confere ao seu titular e ao respectivo partido uma natural e significativa vantagem estratégica no plano da disputa eleitoral. [...] **Portanto, quando se examina a constitucionalidade das fontes de financiamento, como essa relacionada às doações por pessoas jurídicas, é preciso ter cuidado para não aprofundar a desigualdade das condições de disputa eleitoral, evitando criar situações que confirmem aos ocupantes do poder posições ainda mais privilegiadas do que já ostentam em relação aos seus opositores políticos.** (BRASIL, 2015, p. 155, grifo nosso)

Além do comprometimento da competição política, a Corrente Zavascki destaca outras possíveis consequências negativas e não pretendidas da proibição das doações por pessoas jurídicas. Afinal, o modelo de financiamento eleitoral em análise na ADI n. 4.650 foi instituído após os resultados da Comissão Parlamentar de Inquérito formada no governo do ex-presidente Fernando Collor de Mello, que constatou o fracasso da opção legislativa em vigor na época, a qual justamente proibia as doações por pessoas jurídicas. Considerando essa opção legislativa pouco transparente e eficaz, a CPI recomendou um novo marco regulatório para o setor, que permitisse esse tipo de doações. Para a Corrente Zavascki, assim, a proibição das doações por pessoas jurídicas reduziria novamente a transparência das relações entre poder econômico e poder político, incentivaria formas ilícitas de financiamen-

to das eleições, como o caixa dois, e tornaria os partidos políticos submissos ao Estado, pois dependentes de recursos públicos.<sup>8</sup>

Diante desse cenário repleto de incertezas normativas e regulatórias, a Corrente Zavascki recorreu a uma concepção minimalista do papel das cortes constitucionais na supervisão do processo democrático, mais deferente às escolhas políticas do parlamento. Ela reconheceu a legitimidade da supervisão do financiamento de campanha eleitoral pelo STF, mas apenas para o combate de danos democráticos extremos. Para Zavascki, “o que a Constituição combate [no artigo 14, §§ 9º e 10º] é a influência econômica abusiva, ou seja, a que compromete a ‘normalidade e legitimidade das eleições’” (BRASIL, 2015, p. 142). E, como visto, as doações por pessoas jurídicas não poderiam ser consideradas um dano democrático extremo, segundo a Corrente Zavascki.

No cálculo da Corrente Zavascki, a própria intervenção do STF apareceu (embora não nesses termos) como um dano democrático em potencial a ser minimizado. A existência de alternativas institucionais reforçaria a necessidade de o STF privilegiar outras formas de controle dos possíveis excessos do financiamento eleitoral que não uma intervenção judicial proibindo as doações eleitorais por pessoas jurídicas. Zavascki, por exemplo, destaca que o artigo 17-A da Lei n. 11.300/2006 previa caber à lei, a cada eleição, fixar o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa, de modo que seria “mais compatível com o princípio da separação dos Poderes que as forças sociais [...] façam ver ao Poder Legislativo a importância [...] para a democracia do cumprimento do dever que impôs a norma” (BRASIL, 2015, p. 151). Para ele, eventual demora ou omissão do Legislativo até poderia vir a ser combatida pelo STF, mas “segundo os mecanismos previstos na Constituição, ou seja, por ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) ou por mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI)” (BRASIL, 2015, p. 51-52).

Em aditamento ao seu voto, Zavascki deu procedência parcial à ação para (i) declarar a inconstitucionalidade das doações de pessoas jurídicas ou de suas controladas e coligadas que mantenham contratos onerosos celebrados com

8 Sobre as consequências negativas e não pretendidas da proibição das doações por pessoas jurídicas, conferir especialmente os votos do ministro Teori Zavascki e do ministro Gilmar Mendes.

a Administração Pública e das doações a partidos ou candidatos diferentes que competem entre si; bem como para (ii) vedar que as pessoas jurídicas que efetuarem doações a partidos ou campanhas celebrem contrato oneroso com entidades da Administração Pública até o término da gestão subsequente (BRASIL, 2015, p. 291). Para Zavascki, “as manifestações e os debates sobre o tema [...] permitem identificar certos consensos pontuais [...] a respeito da ilegitimidade de certos aspectos do modelo ora vigente” (BRASIL, 2015, p. 288). Note-se que, apesar do aditamento, a justificativa oferecida por Zavascki mantém sua preocupação original com a adoção de uma abordagem estrutural e minimalista, justificando a intervenção judicial no fato de ela visar combater danos democráticos extremos e pouco contestados, a respeito dos quais existem “consensos pontuais”, e mantendo em aberto um “espaço [...] amplo para a atuação legislativa” (BRASIL, 2015, p. 288).

Considerando o aditamento do voto de Zavascki, seria possível identificar, ainda, uma terceira corrente no julgamento da ADI n. 4.650, denominada de Corrente Barroso. Essa corrente não declara a inconstitucionalidade das doações por pessoas jurídicas em si, nem declara a inconstitucionalidade apenas das hipóteses elencadas por Zavascki. Antes, ela declara a inconstitucionalidade dos limites das doações por pessoas jurídicas permitidos na legislação, considerados excessivamente permissivos, ou seja, declara a inconstitucionalidade apenas do modelo de financiamento eleitoral por pessoas jurídicas então em vigor. Essa posição foi explicitamente defendida por Barroso, Toffoli e Rosa Weber. O problema é que, apesar dessa manifestação explícita, as razões de decidir oferecidas por esses ministros se coadunam com as razões oferecidas pela Corrente Fux, justificando não apenas uma abordagem baseada na maximização de bens democráticos, como, na prática, a declaração de inconstitucionalidade das doações por pessoas jurídicas em si.

Apesar disso, é possível reinterpretar a posição da Corrente Barroso à luz da abordagem adotada pela Corrente Zavascki como uma subdivisão da abordagem centrada na minimização de danos democráticos. A divergência entre essas correntes, de acordo com essa releitura, seria menos drástica do que os votos dos ministros dariam a entender. Ela diria respeito menos a concepções distintas do papel do STF na supervisão judicial do financiamento de campanha eleitoral e mais a concepções distintas do que seria aplicar no caso concreto o modelo de supervisão baseado na minimização de danos democráticos. Enquanto, para a Corrente Zavascki, somente as hipóteses listadas acima configurariam danos democráticos extremos a justifi-

car uma intervenção judicial, para a Corrente Barroso os limites permitidos pela legislação também configurariam e, assim, justificariam a intervenção do STF.

Para os fins deste capítulo, é desnecessário avançar mais nesse debate, avaliando qual posição seria mais consistente com os pressupostos do modelo baseado na minimização de danos democráticos. É suficiente, aqui, apontar sua possível existência, de modo a, com isso, realçar a importância de os ministros desenvolverem com maior precisão as razões que devem orientar a supervisão do processo democrático pelo STF. Uma divergência interpretativa a respeito de qual a aplicação correta de uma abordagem baseada na minimização de danos democráticos em um caso concreto permite que os ministros concebam melhor as questões a serem resolvidas pela corte e os pontos de divergência entre os votos, o que aumenta a probabilidade de decisões mais bem fundamentadas e de avanços jurisprudenciais na supervisão de certos temas ao longo do tempo – melhorias que uma divergência entre modelos distintos de supervisão judicial dificulta ou impossibilita.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

**D**ireitos democráticos possuem uma natureza peculiar. Ao mesmo tempo em que visam assegurar o direito individual ao voto, seu exercício só é possível em razão de uma infraestrutura institucional que organiza o jogo democrático e distribui poder entre os diversos agentes políticos. Essa característica dos direitos democráticos impõe desafios específicos às cortes que supervisionam a organização da democracia. Como este capítulo buscou demonstrar, divergências teóricas acerca da finalidade da supervisão judicial do processo democrático existem tanto na literatura quanto na prática judicial das cortes constitucionais, mais especificamente na prática das supremas cortes de Brasil e Estados Unidos em matéria de financiamento de campanha eleitoral. O diálogo entre a literatura e a prática judicial, porém, pode permitir que avanços jurisprudenciais sejam alcançados ao longo do tempo. No caso da supervisão judicial do financiamento de campanha eleitoral, tanto a Suprema Corte dos Estados Unidos quanto o STF poderiam se beneficiar das ferramentas conceituais oferecidas pelo modelo baseado na minimização de danos democráticos. Enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos pode aprimorar sua compreensão da dimensão estrutural dos direitos democráticos, o STF pode aprimorar sua compreen-

são dos riscos regulatórios e dos limites democráticos da intervenção judicial na organização do processo democrático. Ambas as supremas cortes manterriam seu poder de supervisionar a regulação do financiamento de campanha eleitoral pelo Poder Legislativo, mas confeririam a ele maior discricionariedade para legislar sobre o papel do dinheiro na política. Nos dois casos, as cortes evitariam privilegiar excessivamente a liberdade em detrimento da igualdade ou a igualdade em detrimento da liberdade.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Doações eleitorais. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015.
- CHARLES, Guy-Uriel. Judging the Law of Politics. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 6, p. 1099-1141, 2005.
- DAWOOD, Yasmin. The antidomination model and the judicial oversight of democracy. *The Georgetown Law Journal*, v. 96, n. 5, p. 1411-1485, 2008.
- DWORKIN, Ronald. The decision that threatens democracy. *The New York Review of Books*, 2010. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>. Acesso em: 7 dez. 2019.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. Financiamento de campanha eleitoral. *Citizens United v. Federal Electoral Commission*, 538 U.S. 310. Relator: Justice Anthony Kennedy. Washington, DC, 21 de janeiro de 2010.
- HASEN, Richard L. *The Supreme Court and Election Law: judging equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore*. New York: New York University Press, 2003.
- HOLMES, Stephen. *Passions and constraints: on the theory of liberal democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.
- ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. Politics as markets: partisan lockups of the democratic process. *Stanford Law Review*, v. 50, n. 3, p. 643-717, 1998.
- KARLAN, Pamela S. Nothing Personal: The evolution of the Newest Equal Protection from Shaw v. Reno to Bush v. Gore. *North Carolina Law Review*, v. 79, n. 5, p. 1346-1366, 2001.
- MARQUES NETO, Pedro. *Supervisão Judicial do Financiamento de Campanha Eleitoral: proteção de direitos individuais, maximização de bens democráticos e modelo antidominação*. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2018.
- PILDES, Richard H. The theory of political competition. *Virginia Law Review*, v. 85, n. 8, p. 1605-1626, 1999.
- PILDES, Richard H. Elections as a distinct sphere under the First Amendment. In: YOUNG, Monica. *Money, politics, and the Constitution: beyond Citizens United*. NYU School of Law,

Public Law Research Paper n. 11-45, 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1875850>.

POST, Robert. *Regulating election speech under the First Amendment*. Faculty Scholarship Series. Paper 4637, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2001.

URBINATI, Nadia. Free speech as the citizen's right. In: POST, Robert. *Citizens divided: campaign finance reform and the Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2014.

WESTERN, Peter. The empty idea of equality. *Harvard Law Review*, v. 95, n. 3, p. 537-596, 1982.

**N**este Volume 1, “Visões do Direito e Desenvolvimento”, da Série Direito e Desenvolvimento, são apresentados temas que provocam o Direito, levando-o para o cotidiano das políticas públicas e da efetivação de garantias, e mostrando também os limites existentes na realização da democracia material projetada na virada da Nova República. Os capítulos, plurais e consistentes, frutos das dissertações de mestrado de seus autores na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), também deslocam a agenda do desenvolvimento e convidam para uma reflexão sobre questões muitas vezes relegadas, seja pelas métricas de crescimento, seja pelas definições abrangentes de desenvolvimento humano.

ISBN 978-65-87355-01-6

