

Procuradoria-Geral do Estado

PRÊMIO DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
49º CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL
ANAPE-2023

Fernando Henrique Médici
Lucas Soares de Oliveira e Raphael Franco Del'Duca

Série Estudos



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TARCÍSIO DE FREITAS
Governador do Estado

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA
Procuradora-Geral do Estado

CAIO GUZZARDI DA SILVA
Procurador-Geral do Estado Adjunto

ERIC RONALD JANUARIO
Procurador do Estado Chefe de Gabinete

CINTIA BYCZKOWSKI
Procuradora do Estado Chefe do
Centro de Estudos – Escola Superior



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto
49º Congresso Nacional dos Procuradores
dos Estados e do Distrito Federal
ANAPE-2023

Fernando Henrique Médici
Lucas Soares de Oliveira e Raphael Franco Del’Duca

Série Estudos n. 33



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

CENTRO DE ESTUDOS

Procuradora do Estado Chefe

Cintia Byczkowski

Assessoria

Valter Farid Antônio Jr. e Fernanda Lopes dos Santos

ESCOLA SUPERIOR DA PGE

Direção

Cintia Byczkowski

Coordenador-Geral

Valter Farid Antônio Jr.

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo

Procurador responsável: Fernanda Lopes dos Santos

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes, Maisa Maciel Rodrigues e
Luciene de Cássia de Santana.

Rua Pamplona, 227 – 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil.

Telefone: (11) 3286-7005

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Tiragem: Revista Eletrônica

Revisão e Preparação

Piero Kanaan | Tikinet

Diagramação

Jonathan Leandro | Tikinet

Médici. Fernando Henrique. Proteção Constitucional das Futuras Gerações e o Papel da Advocacia Pública; Oliveira, Lucas Soares de; Del'Duca, Raphael Franco. O STF e a dimensão político-institucional da ANAPE: a teoria dos *veto players* na dinâmica de judicialização das prerrogativas da advocacia pública perante a Suprema Corte brasileira.

Prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto. 49º Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE 2023.

São Paulo – Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2024.

1. Advocacia pública e Constitucional.

70 p. (Série Estudos)

CDD-341.413

CDU-342

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Hercília Maria de Oliveira Matos (CRB-8/7.698),
Diretora Técnica de Serviço de Biblioteca e Documentação do CE/PGE.

**PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO
Centro de Estudos**

SÉRIE ESTUDOS
Volumes Publicados

1. Direito Tributário: Conferências
2. Ação Direta do Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese
3. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, São Paulo, 1980
4. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, nº 2, São Paulo, 1981
5. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1983
6. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 1984
7. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1985
8. Prêmio “O Estado em Juízo” – 1991
9. Plano Estratégico de Informatização da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo 1992/93
10. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 1992
11. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade
12. Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
13. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
14. Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico
15. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2003
16. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2004

17. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2008
18. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2009
19. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2010
20. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2011
21. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2013
22. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2014
23. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2015
24. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2016
25. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2017
26. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2018
27. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2019
- 28.1. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2020
- 28.2. Parecer Jurídico: Acordo Internacional, celebrado com o Fórum Econômico Mundial, para a instalação de Centro para a Quarta Revolução Industrial (C4IR) no Brasil
29. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2021
30. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Extinção Antecipada de Contratos de Parceria
31. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2022
32. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2023

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	13
Fabrizio de Lima Pieroni	
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS FUTURAS GERAÇÕES E O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA	15
Fernando Henrique Médici	
O STF E A DIMENSÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DA ANAPE: A TEORIA DOS VETO PLAYERS NA DINÂMICA DE JUDICIA- LIZAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA PÚBLICA PERANTE A SUPREMA CORTE BRASILEIRA.....	41
Lucas Soares de Oliveira e Raphael Franco Del’Duca	

APRESENTAÇÃO

É com grande honra que apresento esta edição especial da Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP), publicada pelo Centro de Estudos, que reúne os artigos premiados com o Prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no 49º Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, realizado em 2023, na cidade de Florianópolis.

Criado em 2012, o prêmio consagra a melhor tese apresentada por ocasião do Congresso Nacional dos Procuradores, o maior evento jurídico da nossa carreira, organizado pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF (ANAPE). Em 2023, pela primeira vez na história, dois trabalhos oriundos da PGE-SP dividiram esse importante reconhecimento, reafirmando a excelência técnica e acadêmica de seus quadros e o compromisso institucional com a produção de conhecimento jurídico de vanguarda.

O primeiro trabalho, intitulado “*Proteção Constitucional das Futuras Gerações e o Papel da Advocacia Pública*”, de autoria do Procurador Fernando Henrique Médici, explora uma temática de enorme relevância contemporânea: a tutela dos direitos das gerações futuras no contexto jurídico brasileiro. Médici parte da análise filosófica e jurídica da proteção intergeracional, destacando a inclusão desse princípio na Constituição Federal de 1988 e evidenciando o papel da Advocacia Pública na preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações. O autor apresenta uma profunda reflexão sobre a responsabilidade do Estado, e, por consequência, da Advocacia Pública, na efetivação de políticas públicas que assegurem o desenvolvimento sustentável, garantindo que as gerações vindouras possam usufruir dos mesmos direitos e condições de vida que a atual geração. Esse estudo traz uma perspectiva inovadora sobre a justiça temporal e ambiental, conectando os desafios globais com a realidade brasileira, e posiciona a Advocacia Pública como um ator-chave na promoção desse novo paradigma de direitos fundamentais.

O segundo artigo, “*O STF e a Dimensão Político-Institucional da ANAPE*”, de Lucas Soares de Oliveira e Raphael Franco Del’Duca,

aborda uma questão igualmente crucial, relacionada ao papel estratégico da ANAPE na defesa das prerrogativas da advocacia pública perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Ao examinar a atuação da ANAPE como um “veto player” no jogo político-institucional, os autores demonstram como a associação tem influenciado decisões cruciais no campo do controle de constitucionalidade e na garantia dos direitos dos advogados públicos. O artigo utiliza a teoria dos jogos e a teoria dos veto players para revelar o papel preponderante da ANAPE na arena judicial e política, destacando o impacto dessa atuação na consolidação de direitos fundamentais e no equilíbrio entre os Poderes. Esse trabalho é especialmente relevante ao ilustrar a conexão entre a atuação institucional da ANAPE e a construção de um Estado democrático e equilibrado, no qual a advocacia pública se fortalece como um pilar da ordem jurídica.

Ambos os artigos exemplificam a capacidade crítica e reflexiva dos autores, que abordam temas de grande pertinência para o desenvolvimento do direito público brasileiro. Esses trabalhos revelam, de forma clara, a capacidade de inovação e reflexão da Advocacia Pública paulista, que se destacou ao conquistar a honraria com dois trabalhos, entre os mais de noventa apresentados no Congresso.

Ao reunir esses dois artigos premiados, esta revista se transforma em uma valiosa contribuição para o fortalecimento da advocacia pública no Brasil e para a reflexão sobre os desafios que enfrentamos na proteção de direitos fundamentais e na construção de um futuro mais justo e sustentável. Que a excelência desses estudos inspire novos debates e promova ainda mais o reconhecimento do papel essencial da advocacia pública na defesa do Estado de Direito e dos valores democráticos.

Fabrizio de Lima Pieroni

Procurador do Estado de São Paulo

Mestre em Direito pela PUC-SP

Ex-Presidente da APESP

Diretor de Assuntos Legislativos da ANAPE

Fernando Henrique Médici¹

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS FUTURAS GERAÇÕES E O PAPEL
DA ADVOCACIA PÚBLICA**

São Paulo – SP

2023

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Doutorando e mestre em Direito pela PUC/SP. Ex-analista judiciário junto ao STF. Professor universitário.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS FUTURAS GERAÇÕES E O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA

Resumo: A discussão sobre as futuras gerações eclode no final do século XX como um novo paradigma de estudo no campo da filosofia, fruto do impacto da ação humana e da sua persistência no tempo. Tal discussão foi transportada para o campo jurídico, mais especificamente na dogmática dos direitos fundamentais. Este trabalho tem por objetivo a identificação na Constituição Federal de 1988 das formas de proteção das gerações vindouras e o papel correlato da Advocacia Pública.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Gerações futuras. Direitos fundamentais.

1. Introdução

O decorrer do século XX foi marcado pela busca de reconhecimento jurídico e de concessão de efetividade aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, seja no plano da sua positivação nas cartas constitucionais e nas declarações/tratados internacionais versados sobre a proteção da pessoa humana, seja no plano de sua materialização concreta na vida cotidiana dos indivíduos.

Não é ociosa a rememoração das lições do Professor Norberto Bobbio na clássica obra “A era dos Direitos”, para quem a discussão travada nos séculos passados sobre a fundamentação racional ou filosófica dos direitos que são (ou deveriam ser) compartilhados por todos os seres humanos cede, na modernidade, ao debate sobre a melhor forma de lhes conferir efetividade:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p. 25).

Por sua vez, no quarto final do século passado e início do século XXI, emergiu o debate, então inédito, sobre a alteração de perspectiva na análise dos direitos fundamentais. Para além dos pontos de vista material (conteúdo), formal (meio de positivação) e espacial (limites de aplicação), passou a ser objeto de consideração o aspecto temporal destes direitos, mais especificamente quanto ao seu reconhecimento e projeção para as gerações futuras.

A discussão sobre o impacto da ação humana na transformação do ambiente natural e no destino das futuras gerações surgiu primordialmente nos campos prático e filosófico, fruto do

desenvolvimento tecnológico atingido pela humanidade na parte final de século XX. A imprevisibilidade das consequências advindas deste desenvolvimento gerou o temor de que certas ações potencialmente prejudiciais poderiam causar danos irreversíveis à nossa espécie e ao planeta como um todo.

Tremmel, fazendo alusão ao pensamento de Hans Jonas, destaca que a ampliação das consequências das ações humanas pela tecnologia moderna promoveu a alteração do pensamento filosófico pela primeira vez em 2600 anos, de modo a se investigar não só a questão do comportamento humano entre as gerações contemporâneas, mas entre as gerações que nunca terão convivência temporal uma com as outras² (TREMMELE, 2009, p. 1/2):

A partir de então, o debate sobre o tema da justiça entre gerações também ganhou corpo no campo jurídico, incluindo o aspecto temporal como parte da dogmática dos direitos fundamentais. No dizer de Catarina Santos Botelho:

A questão nos propomos tratar espelha a utilidade decisiva do fator tempo nas ciências sociais, em especial no domínio das ciências jurídicas. Não sofre naturalmente contestação a noção espacial de direitos fundamentais em sentido amplo ou de direitos do homem (num plano internacional regional) ou de direitos humanos (num plano internacional geral), que é uma realidade com que os juristas vivem desde o pós-Guerra.

Controversos são, em contrapartida, os novos conceitos que têm vindo a esboçar nas telas jurídicas constitucional e internacional, e que se prendem precisamente com a noção de direitos fundamentais num sentido temporal e ontológico, ou seja, que não têm apenas como destinatários as gerações atuais, mas que são intergeracionais e procuram tutelar igualmente as gerações vindouras (BOTELHO, 2017, p. 361)

Inevitavelmente, foi na seara do direito ambiental que se inaugurou os estudos sobre as implicações do tema da justiça entre gerações sob o escopo jurídico, tendo em vista as preocupações com o desenvolvimento sustentável surgidas desde a Conferência de Estocolmo de 1972 (que culminou na publicação da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente). Esta preocupação também se fez presente nas declarações e tratados internacionais que se seguiram, tais como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, entre outras. Em nível nacional, a adoção desta diretriz serviu de base para a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981.

² No original: “*In the past decades, systematic concepts and theories on justice between nonoverlapping generations have been developed for the first time ever—2600 years after the first theories on justice between contemporaries had been articulated. This delay can be explained by the different impact of mankind’s scope of action, then and now.*

In his epoch-making book The Imperative of Responsibility (1984), the philosopher Hans Jonas points to the fact that the potential to irreversibly impair the future fate of mankind and nature by actions and omissions is increased by modern technology.(...)

But, things he had to accept as his fate in earlier times gradually came within his scope of influence in the twentieth century. The long-term effects of nuclear energy were not conceivable in the past, except in utopias with a science-fiction character. The same applies to the magnitude of climatic changes—which are, after all, an influence on the basic biophysical conditions of our planet itself”.

Porém, foi em 1988, com a promulgação da nossa Carta Constitucional, que a assertiva dos direitos intergeracionais foi colocada em evidência, com a definição expressa de que o meio ambiente deveria ser preservado para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Ainda que a temática da justiça entre gerações tenha produzido extensa doutrina na seara do direito ambiental, é um fato que a discussão sobre as suas implicações no âmbito de proteção de outros direitos ditos fundamentais carece de maior aprofundamento.

O objetivo deste breve excerto, portanto, é a identificação das possíveis implicações do tema da justiça entre gerações na Constituição Federal de 1988.

De outra sorte, em sendo o Estado o principal destinatário das obrigações constitucionais relativas aos direitos fundamentais, é igualmente imprescindível investigar o papel da Advocacia Pública na proteção das futuras gerações.

2. O reconhecimento dos direitos fundamentais das futuras gerações e suas objeções.

Ao se analisar a questão da existência ou não de direitos fundamentais conferidos às futuras gerações depara-se inevitavelmente com alguns obstáculos.

Ao contrário das pesquisas filosófica ou moral, nas quais que se pode debater o problema em termos abstratos, a pesquisa jurídica deve levar em consideração necessariamente o conteúdo do texto normativo. Como afirma Tremmel, esta questão é tipicamente empírica, decorrendo da forma como os direitos e as obrigações para com as gerações futuras são positivados nas constituições e nas leis internacionais³ (TREMMELE, 2009, p. 62).

Para se ter uma ideia desta variedade normativa, tem-se que a professora Tania Groppi identificou, à guisa de exemplo, a menção ao termo sustentabilidade ou desenvolvimento sustentável em 54 de 193 constituições pesquisadas, então vigentes ao redor do mundo. Em 69 destas constituições é feita referência às gerações futuras, ainda que no seu preâmbulo. As fórmulas de positividade apresentaram-se as mais variadas, com diversas modelagens normativas para os temas da sustentabilidade, da proteção das gerações futuras e da preservação do meio ambiente (GROPPI, 2015, p. 53).

Apesar da variedade normativa com a qual o tema é tratado nas diversas constituições, é possível identificar um elemento comum relativo ao aspecto temporal dos direitos fundamentais.

³No original: “*The question of whether there are legal rights of future people is an empirical one. It is correct to speak of their legal rights (and of our legal obligations to them) insofar as these rights are codified in positive law. The task is therefore to browse all national constitutions and the bodies of international law. The increasing acceptance of our responsibility for posterity has resulted in the fact that constitutions and constitutional drafts, especially the ones which were adopted in the last few decades, verbatim refer to generations to come.*”

O decorrer natural do tempo transformará a geração atual em geração passada, bem assim tornará possivelmente a geração vindoura em geração presente em algum momento. Como advertia Edmund Burke já em 1790, a sociedade é “*uma associação não só entre os vivos, mas também entre os que estão mortos e os que irão nascer*” (BURKE, 1982, p. 112).

Nessa direção, o fluxo natural da história resultará que, no futuro, os seres humanos vindouros serão titulares de direitos fundamentais, baseando-se na premissa da continuidade dos sistemas constitucionais e na permanência em vigor das constituições atuais, mais fortemente daquelas que preservam algum tipo de núcleo duro ou imutável (*perpetual constitution*⁴).

Apesar da discussão doutrinária sobre a legitimidade da adoção das cláusulas pétreas em contraposição ao princípio democrático, é certo que tem estas barreiras tem por objetivo “prevenir o processo de erosão da Constituição” e “inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico” (MENDES et al, 2010, p. 295). Da mesma forma, figuram como elemento essencial de continuidade do Estado e de preservação do legado de construção dos direitos fundamentais para as futuras gerações.

O ponto nodal da controvérsia, contudo, reside na discussão sobre a possibilidade de atribuição de direitos fundamentais às futuras gerações no tempo presente.

Tradicionalmente, no campo da teoria geral dos direitos fundamentais, ressalta-se que o titular deste direito é quem figura como sujeito ativo da relação jurídica pública que lhe confere alguma prerrogativa jurídica, normalmente em face do Estado, seja de proteção (abstenção), prestacional ou de reconhecimento, conforme a natureza do bem jurídico protegido. Segundo Ingo Sarlet:

Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face do qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito (SARLET, 2015, p. 215).

No âmbito doutrinário, o tema da titularização jurídica dos direitos fundamentais pelas gerações futuras, no tempo presente, comporta duas posições primordiais: a que reconhece a impossibilidade de titularidade e àquela que afirma serem as gerações futuras titulares de direitos fundamentais atuais (BOTELHO, 2017, p. 377/379).

A favor da tese de inexistência de verdadeiros *present legal rights*, destacamos o posicionamento de Tremmel, para quem estas constituições, na verdade, expressam somente um

⁴ Segundo Víctor M. Muñiz-Fraticelli a constituição perpétua seria aquela que objetiva estabelecer a estrutura política da sociedade e assegurar os direitos dos cidadãos não por um período fixo e finito de tempo, ou sujeita a uma regular e periódica reconsideração, por meio de convenções ou referendos, mas na qual a carta busca vigor indefinidamente. Complementa afirmando que “*when adopted, it is intended to govern a society for as long as that society exists, and to be accepted by the presente and future members of that society as a valid charter of political association*” (MUÑIZ-FRATICELLI, 2009, p. 377).

dever/cláusula geral de proteção das gerações futuras (MODESTO, 2020)⁵.

Em contraponto, vemos como principais defensores da teoria da titularidade presente Peter Härbele e Axel Gosseries.

Para o primeiro, as gerações futuras seriam titulares de direitos e não de meras necessidades, fruto de um contrato social intergeracional plasmado na carta constitucional (BOTELHO, 2017, p. 377). Apesar da grande diversidade dos meios de implementação da chamada “lei constitucional geracional”, diz o autor que o tema deveria ser considerado como uma camada essencial de qualquer constituição, enquanto ordem legal básica do Estado e da sociedade (HÄRBELE, 2006, p. 226).

Por sua vez, Axel Gosseries defende a existência de “direitos futuros condicionais”, cujo reconhecimento dependeria da existência potencial do seu titular, no futuro, e da viabilidade de sua defesa judicial no presente, por meio de ações coletivas (BOTELHO, 2017, p. 378).

Este pretenso “direito” a ser conferido às gerações futuras também deveria ultrapassar o denominado teste de integridade, apresentado por Catarina Santos Botelho como “objeções ao reconhecimento dos direitos das gerações futuras” no presente. As objeções podem assim condensadas:

a) desafio da não existência: impossibilidade de conferir-se direitos a pessoas ou grupos que não existem no presente, mas somente em potencialidade no futuro⁶ (GOSSERIES, 2015, p. 11).

b) o problema da falta de identidade: impossibilidade de determinação das condições efetivas de existência das pessoas futuras, cuja própria identidade é fruto do conjunto de escolhas e ações das pessoas humanas no presente. Esta objeção impacta diretamente na apuração dos danos e responsabilidades decorrentes das ações praticadas pela geração atual, problema que tende a se agravar na medida em que há o distanciamento temporal entre a geração atual e a geração futura supostamente protegida⁷ (Idem, p. 11).

c) direitos não acionáveis: em razão do tempo transcorrido entre o ato e o dano, muitas vezes

⁵ Na compreensão de Paulo Modesto, ao se referir ao pensamento de Tremmel: “Essas cláusulas constitucionais, na concepção do autor, não devem enunciar direitos legais presentes de pessoas do futuro (e nenhuma delas o faz, segundo ele). Mas todas as expressões como “o Estado deve proteger os direitos das pessoas futuras” não são passíveis de crítica”. (MODESTO, 2020). No original conferir TREMMEL, Joerg Chet. *A Theory of Intergenerational Justice*. Abingdon: Routledge, 2009, p. 64.

⁶ No original: “A primeira pergunta consiste em saber se faz sentido defender a ideia de obrigações em relação aos membros das gerações futuras. Esta pergunta coloca-se com uma particular acuidade em relação a gerações que nunca serão nossas contemporâneas. Falar-se-á, neste caso, de gerações não imbricadas ou de ausência de sobreposição intergeracional. A dificuldade da resposta a esta questão nutre-se em duas fontes. A primeira reside no facto de uma pessoa futura não existir. Como é que alguém que não existe pode justificar a existência de obrigações atuais”.

⁷ No original: “Contudo, existe uma segunda dificuldade que é, ao mesmo tempo, mais inesperada e mais séria. Reside no chamado problema da não-identidade, ao qual consagramos o primeiro capítulo desta obra. Para ser breve, se é verdade que a maioria de nossos actos afecta tanto a qualidade da existência das pessoas futuras como a sua própria identidade – ou seja: será essa pessoa uma pessoa diferente daquela que poderia vir a existir? – não será também verdade que, seja for o que façamos, as pessoas do futuro não poderão objectar, porque se tivéssemos agido de outra forma elas simplesmente não teriam nascido?” Ibidem, p. 11.

a tutela judicial requerida para a proteção dos direitos das pessoas futuras não é efetivo, seja porque prestado à destempo (quando for tarde demais) ou porquanto buscará a reparação de danos provocados por pessoas que não mais existem.

d) desafio da autossanção: reflete a preocupação da imposição de prejuízos econômicos ou sociais à geração presente, fruto da responsabilização excessiva das gerações passadas por atos praticados em desacordo com a justiça intergeracional ou que causaram alguma espécie de dano na atualidade. Pode ser condensada na ideia de passivo intergeracional, cujo fardo é imposto de modo desproporcional à geração atual. Sua origem deriva das atuações equivocadas operadas pelas gerações passadas em desfavor daquelas que lhes são sucessivas (posteriores).

e) princípio da indisponibilidade do futuro: diz respeito à necessidade de preservação da autodeterminação das gerações futuras. Em rigor, seria impróprio uma geração ficar adstrita às regras estabelecidas por gerações passadas, formadas por pessoas que estão mortas no presente.

f) princípio democrático: fundado na premissa fática de que as decisões políticas tomadas no presente tendem a refletir os interesses presentes, não gozando a tutela do interesse das gerações futuras de igual efetividade (BOTELHO, 2017, p. 380/384).

Ao se analisar particularmente o ordenamento constitucional brasileiro, tem-se que a indagação sobre a titulação de direitos pelas gerações futuras no tempo presente é respondida de forma afirmativa.

As dificuldades iniciais de conferência de direitos fundamentais às futuras gerações sob o ponto de vista da pessoa individualmente considerada ainda persistem, haja vista a impossibilidade de superação do problema da não-existência.

Todavia, o uso da fórmula da coletivização dos direitos intergeracionais, mais precisamente da difusão temporal destes (indeterminabilidade dos titulares não só no espaço, mas no tempo) ou a utilização da fórmula principiológica em alguns temas específicos como o financeiro e previdenciário, permitem ultrapassar a objeção da não existência, tanto quanto o problema da não identidade e da dificuldade de acionamento imediato.

Podemos citar como exemplo o tema do descarte de material nuclear, cuja completa resolução, por exemplo, tendo em vista a nossa tecnologia atual, pode levar milhares de anos⁸. É certo que este é um imbróglio que impacta não só os direitos ao meio ambiente e à saúde da geração atual, mas de gerações longínquas no futuro, situação que permite objetivamente a identificação de uma titularidade jurídica difusa no domínio temporal.

O desafio da autossanção, por sua vez, retrata uma problemática inversa, já que voltada muito

⁸ Disponível em http://www.iq.ufrgs.br/aeq/energus/Hemeroteca/ambiente/Meio_3.htm. Acesso em 29/08/2023.

mais ao passado do que para o futuro. Cuida da questão do passivo intergeracional, ou seja, da correção ou amenização, no presente, dos problemas decorrentes de ações deletérias praticadas pelas gerações anteriores, no mais voltadas para a justificação da adoção de políticas afirmativas e compensatórias.

Por sua vez, as questões da liberdade de escolha das gerações futuras (princípio da indisponibilidade do futuro) e do princípio democrático recaem invariavelmente mais no caráter interpretativo ou de formulação das políticas públicas e normativas pelo Estado, do que configuram óbice ao reconhecimento dos direitos das gerações futuras.

Sobre estes últimos pontos, nos campos do direito ambiental e dos direitos humanos, pode-se destacar o trabalho de Edith Brown Weiss, que aponta a impossibilidade de adoção de tratamento diferenciado entre gerações, uma vez que todas estão em posição de igualdade umas em relação às outras.

Salienta, ainda, que as gerações são parceiras uma das outras, e que o propósito da sociedade humana é o bem-estar de cada geração, com a manutenção das condições de vida do planeta, dos processos ecológicos e das condições ambientais necessárias para uma vida humana digna e saudável⁹ (WEISS, 2020).

Sumariando o pensamento de Weiss, Luis Carlos Kopes Brandão e Carmo Antonio de Souza afirmam:

Weiss (2007b) vê raízes da equidade intergeracional em boa parte das tradições culturais e legais do mundo, como a judaico-cristã, a islâmica, a lei costumeira africana e as tradições não-teístas asiáticas; e também no Direito Internacional Público, como, por exemplo, no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Carta das Nações Unidas, na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e em outros documentos.

Três são os princípios básicos em que se funda a teoria (WEISS, 2007a e 2007b):

a) conservação das opções: cada geração deve conservar a diversidade da base de recursos naturais e culturais, de modo a não restringir as opções disponíveis para as futuras gerações resolverem seus problemas e satisfazerem seus próprios valores; e deve receber essa diversidade em condições comparáveis àquelas usufruídas pelas gerações anteriores;

b) conservação da qualidade: cada geração deve manter a qualidade do planeta de modo a não repassá-lo em piores condições que aquelas em que o recebeu, e deve poder usufruir de uma qualidade comparável àquela desfrutada pelas gerações anteriores; e

⁹. No original: *Every generation is in a position of equality to other generations in its relationship with the natural system. There is no reason to prefer one generation over another. This notion of equality among generations, and among peoples within generation, is deeply rooted in public international law. (...) The reference to all members of the human family has a temporal dimension, which includes all generations. The reference to equal and inalienable rights affirms the basic equality of generations within the human family.*

(...)

To define intergeneration equity, it is useful to view the human community as a partnership among all generations. In describing a state as a partnership, Edmund Burke observed that "as the ends of such a partnership cannot be obtained in many generations, it become a partnership not only between those who are living but between those who are living, those who are dead, and those who are not be born". The purpose of human society must be to realize and protect the welfare e well-being of every generation. This requires sustaining the life-support systems of the planet, the ecological processes and the environment conditions necessary for a healthy and decent human environment".

c) conservação do acesso: cada geração deve prover seus membros com iguais direitos de acesso ao legado das gerações passadas e conservar esse acesso para as futuras gerações. Advoga ela, a partir desses princípios, a formulação de direitos e obrigações intergeracionais. (...) lembrando que uns e outros são faces da mesma moeda, ou seja, cada geração seria possuidora do direito de receber e da obrigação de repassar o planeta em condições não inferiores às recebidas pelas gerações prévias (BRANDÃO, SOUZA, 2010, 163/175).

Vale notar que o pensamento Weiss foi tão determinante no plano internacional, que acabou por conformar o conteúdo da Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, editada pela UNESCO no ano de 1997. Ela, apontada como uma espécie de *Bill of Rights* das gerações futuras (TREMMELE, 2009, p. 66), consagrou a ideia de conservação das opções e de acesso aos recursos materiais (ambientais ou não). Dispõe o texto:

Artigo 1 – Necessidades e interesses das gerações futuras

As gerações presentes têm a responsabilidade de garantir que as necessidades e os interesses das gerações presentes e futuras sejam plenamente salvaguardados.

Artigo 2 – Liberdade de escolha

É importante fazer todo esforço necessário para assegurar, com respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, que as gerações presentes e futuras gozem de plena liberdade de escolha com relação a seu sistema político, econômico e social e sejam capazes de preservar sua diversidade cultural e religiosa.

Artigo 3 – Manutenção e perpetuação da humanidade

As gerações presentes devem esforçar-se para assegurar a manutenção e a perpetuação da humanidade, com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana. Consequentemente, a natureza e a forma da vida humana nunca devem ser prejudicadas, sob qualquer aspecto (UNESCO, 1997).

Nesse contexto, o possível impacto das ações presentes no futuro deve ser necessariamente objeto de ponderação na atividade legislativa, executiva e jurisdicional, em especial na construção de políticas públicas e na alocação de recursos orçamentários.

A seu turno, a práxis tem demonstrado que o uso do instrumental jurídico para a proteção das gerações futuras, apesar das dificuldades apresentadas no campo da dogmática do Direito, tem crucial importância, sendo empiricamente mais efetiva do que àquela conferida pela fixação de obrigações meramente morais ou filosóficas.

3. A questão das gerações futuras na Constituição Federal de 1988.

Como antes narrado, a preocupação filosófica e, posteriormente, jurídica com o impacto das ações humanas em relação ao futuro, principalmente na seara ambiental, foi a mola propulsora que desencadeou o estudo e a posterior positivação nos documentos constitucionais e internacionais das cláusulas de proteção das gerações vindouras. Como assevera Gabriel Wedy, ao se referir ao Relatório Brundtland de 1987:

A Comissão Brundtland divulgou relatório denominado Nosso Futuro Comum e conceituou a base do desenvolvimento sustentável como sendo “(...) a capacidade de satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer os estoques ambientais para as futuras gerações”. Daí se extraem dois elementos éticos que são essenciais para a ideia de desenvolvimento sustentável: preocupação para com as necessidades das gerações atuais (justiça ou equidade intrageracional) e preocupação com as necessidades das gerações futuras (justiça ou equidade intergeracional) (WEDY, 2018, p. 195).

A questão da sustentabilidade passa a ser objeto de consideração e positivação nas diversas constituições, inclusive na Carta Federal de 1988, gerando a revisão das teorias clássicas sobre os direitos fundamentais e sua titularidade, de modo a alinhar a sua proteção com os interesses das gerações futuras. No pensamento de Juarez Freitas:

(A) Dimensão jurídico-política ecoa no sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta, independentemente da regulação, a tutela do direito ao futuro. Dito de outra forma, trata-se do dever constitucional de proteger a liberdade (alcançada em virtude do autocontrole dos impulsos destrutivos) de cada pessoa (titular da cidadania ambiental e ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal de direitos e deveres fundamentais das gerações presentes, sempre que possível diretamente. (...) É princípio vigorante, que supõe, antes de mais nada, o reconhecimento de novas titularidades e a completa revisão da teoria clássica dos direitos subjetivos: acolhe-se, mercê do novo paradigma, os indeclináveis deveres de proteger aqueles que sequer nascituros são (FREITAS, 2019, 77).

Na Carta de 1988, a asseguaração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações vindouras foi explicitado no texto do art. 225, que ressalta expressamente que todos têm “*direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

Ao interpretar o art. 225 da Constituição Federal, o STF tem compreendido que esta cláusula contém verdadeiro direito conferido às gerações futuras, o qual, muito embora marcado pela indeterminabilidade de seus titulares, gozaria do predicado jurídico de proteção imediata (no presente), inclusive pela via judicial. Nesse sentido, trecho do aresto proferido pela Corte no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.540/DF:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE

LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. (...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (...) (BRASIL, STF, 2006)¹⁰.

Por sua vez, no decorrer dos anos 90 do século passado e nestes primeiros anos do século XXI, a questão intergeracional ganha corpo no campo do direito previdenciário, principalmente no debate sobre os vínculos entre gerações que unem os trabalhadores ativos, inativos e seus dependentes, relativamente aos custos com a manutenção de pagamento de benefícios e a adoção de

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.540-MC/DF. Relator o Ministro Celso de Mello. DJe de 03/02/2006.

sucessivas reformas nos regimes de previdência social.

Historicamente há competição entre os dois principais modelos de estruturação do sistema de previdência social, quais sejam, o modelo bismarckiano e o modelo beveridgiano, sendo o primeiro permeado pela técnica de capitalização (formação de um fundo/poupança para o pagamento de benefícios) e o segundo pelo regime da repartição simples, no qual as contribuições vertidas ao sistema pelos segurados em atividade custeiam os benefícios daqueles que estão em gozo de prestações, em nítida dependência do vínculo da solidariedade intergeracional. Cite-se a contribuição de Fábio Zambite Ibrahim:

No modelo bismarckiano, mais primitivo, a proteção não era universal, geralmente limitada aos trabalhadores, rigoroso financiamento por meio de contribuições sociais dos interessados (trabalhadores e empresas), além de restringir sua ação a determinadas necessidades sociais. O modelo beveridgiano, tem concepção mais ampla, pois visa à universalidade de atendimento, atendendo a tudo e a todos, com financiamento por meio de impostos, arrecadados de toda a sociedade. Percebe-se, claramente, que a solidariedade é mais forte neste modelo.

No Pós-Guerra, surge uma tendência universalizadora do seguro social, com base nas premissas teóricas do Plano Beveridge. As maiores taxas de natalidade e crescimento econômico geraram a euforia protetora, com a conseqüente universalização da clientela, sem maiores distinções em razão das atividades econômicas, privilegiando a solidariedade. O financiamento distancia-se da técnica da capitalização, com a repartição simples, trazendo evidente enfraquecimento do aspecto atuarial do sistema protetivo. (...)

Estes são, em apertada síntese, os pressupostos históricos que permitiram a formação teórica plena do *Welfare State*, que se iniciara com Bismarck e têm íntima ligação com a previdência social. Todavia, em razão do excessivo crescimento desordenado dos sistemas protetivos, é com alguma perplexidade que o mundo assiste a um retorno aos modelos bismarckianos de seguro social, haja vista o seu maior comprometimento com o equilíbrio financeiro e atuarial. Ou seja, com a crise do *Welfare State*, o que se constata, em âmbito mundial, é uma mescla dos sistemas bismarckiano e beveridgiano” (IBRAHIM, 2014, p. 46).

Diversas emendas constitucionais foram editadas com o propósito de restrição da amplitude dos direitos previdenciários, com anteparo na necessidade de contenção da despesa pública a eles vinculada, fruto da natureza do regime repartição.

Sobre as emendas constitucionais que tratam das normas relativas aos direitos previdenciários, seja do Regime Geral de Previdência ou dos diversos regimes próprios, vale a lembrança das Emendas Constitucionais nº 3/1993, 20/1998, 41/2003, 47/2005, 70/2012, 72/2013, 88/2015 e 103/2019, por meio das quais o constituinte reformador alterou desde regras pontuais do sistema previdenciário, como o cálculo dos benefícios por incapacidade dos servidores públicos, até a realização de reformas estruturais, que se pode dizer remodelaram o sistema de previdência social (EC nº 103/2019).

Ao avaliar estes casos, o Pretório Excelso tem utilizado o argumento da solidariedade intergeracional como fator de legitimação da promoção de reformas nos diversos regimes de previdência social, sejam públicos ou privados, que advieram com o propósito de restringir o âmbito de proteção dos direitos previdenciários.

Colhe-se do voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do RE nº 827.833/SC (desaposentação), a necessidade de ponderação sobre o tema da solidariedade intergeracional como elemento indispensável à preservação do RGPS:

No caso do sistema previdenciário, essa relação se torna ainda mais complexa ao se ponderar que a disponibilidade de recursos está intimamente relacionada a um equilíbrio “intergeracional” composto, de um lado, por um grupo economicamente ativo, suficiente para custear, segundo o princípio da solidariedade, as demandas por benefícios de outro grupo que não se encontra mais apto a produzir e, dessa forma, requer a intermediação estatal para prover condições materiais de uma sobrevivência digna.

Ocorre que, no decurso do tempo, a relação entre ambos os grupos tende a se alterar, podendo resultar, em tese, de um lado, em situação de superávit de recursos, por haver, em um dado momento, uma população economicamente ativa superior ao grupo inativo ou, de outro, em escassez de recursos resultante de uma demanda superior à capacidade contributiva da população ativa.

Quer me parecer, desse modo, que uma gestão eficiente (e justa) dos limitados recursos disponíveis deve sopesar, juntamente com os princípios relevantes que regem a delicada matéria, a busca por um ponto de eficiência que considere, de um lado, a disponibilidade de recursos (verificada a partir da capacidade contributiva), bem como, de outro, o princípio constitucional de seletividade e distributividade, que impõe a concessão de benefícios a quem dele efetivamente necessitar (seletividade), com a promoção de justiça social (distributividade).

Caso contrário, o consumo concorrente de recursos escassos, quando orientado puramente por interesses individualistas de maximização de benefícios, resulta no conhecido cenário exposto na Tragédia dos Comuns (HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. Vol. 162. American Association for the Advancement of Science).

Nessa linha de argumentação, e diante do exposto acima, não me parece que a permissão da majoração de benefício no caso da desaposentação esteja em linha com os princípios constitucionais acima mencionados e, muito menos, condizente com a realidade econômica que nos impõe um cuidadoso exame dos impactos produzidos com base nos pedidos formulados¹¹ (BRASIL, STF, 2017).

Já mais recentemente, o denominado “Plano Mais Brasil”, representados no Senado Federal pelas PEC’s 186/2019, 187/2019 e 188/2019, fizeram ressurgir no âmbito legislativo brasileiro a discussão sobre os direitos e as obrigações intergeracionais, precipuamente no campo do direito financeiro.

O projeto possuía extensão considerável, tratando majoritariamente de questões fiscais, federativas ou administrativas, tais como: a extinção de municípios sem sustentabilidade financeira; a limitação de gastos com pessoal, ativos e inativos; a fixação de limites à remuneração de servidores públicos; a consolidação da interpretação das leis orçamentárias e financeiras pelos Tribunais de Contas; o regime constitucional das leis orçamentárias, com destaque à criação da figura do orçamento plurianual; a limitação da concessão de incentivos fiscais e tributários às empresas; a redução do percentual de repasse tributário ao BNDES, entre outros.

Sob a perspectiva intergeracional, ganhava destaque o art. 2º da PEC 188/2019, por meio do

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 827.833/SC. Relator o Ministro Roberto Barroso. Redator do acórdão o Ministro Dias Toffoli. DJe de 02/10/2017.

qual se pretendia a inclusão de um parágrafo único ao art. 6º da Constituição Federal, com o seguinte conteúdo: “*Será observado, na promoção dos direitos sociais, o direito ao equilíbrio fiscal intergeracional*”.

De forma complementar, buscava-se a inserção no texto constitucional do art. 164-A, com a seguinte redação:

Art. 164-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios conduzirão suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis que assegurem sua sustentabilidade.
Parágrafo Único. A elaboração e a execução de planos e orçamentos devem refletir a compatibilidade dos indicadores fiscais com a sustentabilidade da dívida.

A alteração do parágrafo único do art. 6º da Constituição Federal pretendida na PEC 188/2019 não obteve consenso, deixando de ser inserida na versão final da Emenda Constitucional nº 109/2021. Muito embora esta alteração constasse inicialmente do relatório apresentado pelo relator da PEC nº 186/2019, Senador Márcio Bittar, que serviu de peça legislativa aglutinativa das propostas que compunham o denominado “Plano Mais Brasil”, permitindo também a prorrogação do pagamento do auxílio emergencial durante o ano de 2021, o texto foi suprimido em uma versão posterior do mesmo relatório sob a seguinte justificativa:

As Emendas nos 98, 120, 130, 144, 160 e 185, de autoria dos Senadores Mara Gabrilli, Paulo Paim, Eliziane Gama, Leila Barros, Fabiano Contarato e Weverton, respectivamente, propõem suprimir o parágrafo único acrescido ao art. 6º da CF pelo Substitutivo. A alegação das emendas, em síntese, é que o conceito de equilíbrio fiscal intergeracional é genérico, e poderia causar um desequilíbrio aos demandantes de direitos ao serem obrigados a demonstrar o cabimento das demandas em termos de equilíbrio fiscal intertemporal, inclusive perante o Judiciário. No entanto, o parágrafo apenas explicita um pressuposto intrínseco à própria continuidade do Estado, uma vez que não se concebe que ações deliberadas sejam adotadas em uma geração que inviabilizem o funcionamento estatal para as seguintes. Este preceito pode, hoje mesmo, ser esgrimido no debate político e judicial acerca do cabimento da extensão de direitos. A explicitação no texto constitucional, no caso, é exatamente para que seja colocado de forma transparente no debate em questão. Ademais, o próprio STF já reconheceu - entre outros julgados, na ADPF nº 45/DF, Relator Min. Celso de Mello - que a reserva do possível é um princípio implícito na efetivação dos direitos sociais, o que se está agora apenas explicitando. Todavia, diante da possível celeuma interpretativa a que o dispositivo em tese poderia levar, optamos por suprimi-lo, uma vez que já se trata de mandamento implícito na CF, que se estava apenas buscando explicitar (SENADO, 2021).

Permaneceu, contudo, na versão final da proposta de emenda aprovada pelo Congresso Nacional a inserção do inciso VIII ao art. 163 e a criação do art. 164-A na Carta Federal de 1988, que tratam da sustentabilidade da dívida pública:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:
(...)
VIII - sustentabilidade da dívida, especificando:
a) indicadores de sua apuração;
b) níveis de compatibilidade dos resultados fiscais com a trajetória da dívida;
c) trajetória de convergência do montante da dívida com os limites definidos em legislação;
d) medidas de ajuste, suspensões e vedações;

e) planejamento de alienação de ativos com vistas à redução do montante da dívida.
Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso VIII do caput deste artigo pode autorizar a aplicação das vedações previstas no art. 167-A desta Constituição.
(...)
Art. 164-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis, na forma da lei complementar referida no inciso VIII do caput do art. 163 desta Constituição.
Parágrafo único. A elaboração e a execução de planos e orçamentos devem refletir a compatibilidade dos indicadores fiscais com a sustentabilidade da dívida.

A interrelação do tema da justiça intergeracional na área das finanças públicas reside justamente na avaliação da legitimidade da transferência para as gerações futuras dos custos com o pagamento das dívidas públicas contraídas pelos entes estatais na geração presente.

Por certo que o financiamento da máquina estatal é uma incumbência de toda a sociedade, sendo fruto do próprio pacto social estabelecido em uma Constituição.

Este financiamento, usualmente, é realizado pela cobrança de tributos, considerando o papel secundário e regulador do Estado nas economias capitalistas contemporâneas (ROCHA, 2017, p. 25).

Não obstante a cobertura do custo estatal com a aquisição de bens ou a prestação de serviços possa ser realizada pela cobrança de tributos, há outros meios de financiamento, tal como a contração da denominada dívida pública.

O postulado da justiça intergeracional deve integrar a análise da legitimidade do endividamento público, tanto quanto servir de ferramenta para a calibração de eventuais medidas restritivas destinadas à promoção da sustentabilidade fiscal do Estado.

Como assenta José Casalta Nabais, o desenho de um sistema voltado ao equilíbrio fiscal demanda que se “*trate as gerações passadas, a geração presente e a as gerações futuras com um mínimo de equidade e justiça*” (NABAIS, 2011, p. 55).

A inserção da sustentabilidade da dívida pública como uma diretriz constitucional carrega inegavelmente um conteúdo intergeracional implícito (ainda que a menção expressa ao equilíbrio fiscal intergeracional tenha sido refutada pelo Congresso Nacional), a qual, somada às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, tentam promover uma ponderação entre os interesses das gerações atuais e futuras, inclusive na satisfação dos direitos fundamentais.

A construção de um Estado que assegure de forma efetiva, por exemplo, os direitos sociais para o presente e o futuro demanda um processo permanente de ponderação e avaliação entre os custos e os benefícios envolvidos, sob a perspectiva intergeracional. A discussão ainda ganha mais relevo em países em desenvolvimento, tal como o Brasil, no qual a desigualdade social e a pobreza são problemas crônicos e persistentes. Como afirma Carolina dos Santos Botelho:

O equilíbrio das contas públicas não pode ser endeusado, uma vez que, em casos específicos,

a contração de dívidas – se for efetuada de forma criteriosa e equilibrada – poderá contribuir a médio/longo-prazo para o desenvolvimento económico de um país (pense-se, por exemplo, na necessidade de construção de infraestruturas verdadeiramente determinantes para a circulação de mercadorias).

O princípio social e a estabilidade económica caminham a par e passo, pois, como é facilmente inteligível, sem estabilidade económica, com dívidas e inflação, acresce o “risco da pobreza intergeracional”, dificilmente existirá um Estado social saudável ou até poderá existir um genuíno Estado social (BOTELHO, 2017, p. 403).

Por fim, quanto à relação entre justiça intergeracional e Direito, pode-se enaltecer o debate travado sobre a destinação dos recursos oriundos da exploração dos recursos naturais, como petróleo e gás, na constituição de reservas financeiras intergeracionais (COSTA, 2012) ou para o custeio de políticas públicas, a exemplo dos fundos soberanos de Dubai, da Noruega, do Catar, de Singapura e da China.

4. As formas de positivação da proteção das gerações futuras na Constituição Federal de 1988 e o papel da Advocacia Pública

Como vimos acima, a positivação do tema da justiça entre gerações na Constituição Federal de 1988 não é realizada de um modo único. Seja de forma expressa, como no caso do meio ambiente, seja de forma implícita, como nos termos relativos ao direito financeiro, podemos considerar, ao menos, duas formas de construção do texto normativo: a conferência de direitos fundamentais subjetivos às futuras gerações e a implementação da proteção sob a forma de princípio (implícito ou explícito), o que guarda consonância com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A delimitação usual do aspecto subjetivo dos direitos fundamentais se vale da clássica noção de relação jurídica, estabelecendo, grosso modo, o direito subjetivo do indivíduo a uma esfera de exercício de liberdade protegida constitucionalmente ou do fornecimento de um certo tipo de prestação pelo Estado (mais atrelada aos direitos ditos sociais). A seu turno, ao Estado é imposto um dever de abstenção ou um dever de prestação (normalmente via políticas públicas). De modo mais detalhado, fazendo referência à clássica delimitação proposta por Jellinek, destacam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

A dimensão subjetiva corresponde, em primeiro lugar, ao anteriormente estudado *status negativus*. Trata-se da dimensão ou função clássica, uma vez que o seu conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual. (...)

Na relação jurídica de direito público que se cria entre o indivíduo e o Estado em função de normas que reconhecem direitos fundamentais, o indivíduo pode exercer uma liberdade negativa (liberdade de alguma coisa, liberdade de certos imperativos definidos pelo poder público. De forma simétrica, o Estado possui a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervindo na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto.

A dimensão subjetiva aparece também nos direitos fundamentais que fundamentam prestações jurídicas próprias do *status positivus*. Quando o indivíduo adquire um *status* de liberdade positiva (liberdade para alguma coisa) que pressupõe a ação estatal, tem-se como efeito a proibição de omissão por parte do Estado (DIMOULIS, MARTINS, 2007, 117/118).

Outrossim, a partir da Segunda Guerra Mundial, ganha relevo a questão da possibilidade de titulação coletiva de direitos fundamentais. Esses novos direitos, usualmente nominados de terceira dimensão, qualificam-se tanto pela indeterminabilidade dos seus titulares, quanto pelas dificuldades oriundas do seu exercício e proteção:

Uma situação diferente se configura com o surgimento dos denominados novos direitos coletivos que são direitos de natureza coletiva, muitas vezes denominados “direitos difusos” que começaram a ser garantidos no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra mundial e constituem verdadeiros direitos de titularidade coletiva ou mesmo difusa. Isso ocorre com o direito ao meio ambiente, com os direitos dos consumidores e com os direitos de solidariedade que exprimem valores comuns e deveres de mútuo respeito entre países e grupos sociais (direito ao desenvolvimento econômico e à paz). Os titulares destes novos direitos coletivos continuam sendo pessoas físicas e jurídicas, mas seu exercício não é sempre individual ainda que conjunto, como ocorre com os direitos coletivos clássicos (...). Assim sendo, o exercício individual desses direitos ou contraria a sua natureza (tutela ambiental, solidariedade) ou revela-se inviável na prática (tutela do consumidor). (Ibidem, 71/72).

Ao interpretar o art. 225 da Constituição Federal, que faz referência ao dever do Estado de proteção do meio ambiente “para as presentes e futuras gerações”, o STF tem compreendido que esta cláusula contém verdadeiro direito atribuído às gerações futuras, conferindo-lhe o caráter de um *direito fundamental temporalmente difuso*.

Muito embora marcado pela indeterminabilidade de seus titulares, possui proteção imediata (no presente), no mais das vezes exercida por meio de ações judiciais coletivas, particularmente, no caso brasileiro, pelos instrumentos da ação civil pública e da ação popular. Nesse sentido, as disposições do art. 5º, LXXIII, e do art. 129, III, da Constituição Federal, que asseguraram expressamente a possibilidade de uso destas ações coletivas para a proteção do meio ambiente.

A criação de algum preceito sob a fórmula de direito subjetivo conferido às gerações vindouras é amplamente justificável, na medida em que tem por objetivo a preservação de bens jurídicos presentes para o futuro, tal qual ocorre com a previsão do art. 225 da Constituição Federal em relação aos bens ambientais.

Dito de outro modo, o art. 225 da Constituição Federal carrega a ideia de conservação do status presente para o futuro, ou seja, de permanência do próprio meio ambiente como um bem humano a ser compartilhado com as futuras gerações. Daí surgiu o conceito jurídico base sobre o qual

foi construído o princípio da prevenção (ou precaução) ambiental (FIORILLO, 2019, p. 102)¹².

A tutela do direito fundamental ao meio ambiente em nome das gerações futuras não enfrenta maiores resistências jurisprudenciais e doutrinárias, estando bem consolidada no ordenamento pátrio a possibilidade de proteção imediata pelo esforço comum de instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública, associações civis e o próprio Estado, por seus quadros de Advocacia Pública. Nesse sentido, precedente do STF sobre a imprescritibilidade da pretensão de reparação de danos ambientais:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Debate-se nestes autos se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade. 2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo. 3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis. 4. O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual. 5. A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais. 6. Extinção do processo, com julgamento de mérito, em relação ao Espólio de Orleir Messias Cameli e a Marmud Cameli Ltda, com base no art. 487, III, b do Código de Processo Civil de 2015, ficando prejudicado o Recurso Extraordinário. Afirmação de tese segundo a qual “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”¹³ (BRASIL, STF, 2020).

Contudo, o ponto que demanda uma análise mais acurada é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o papel especial da Advocacia Pública na sua promoção.

Ao contrário da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que confere ao indivíduo (ou ao titular coletivamente considerado) uma posição jurídica potestativa frente ao Estado, podendo deste exigir um comportamento negativo (abstenção) ou positivo (prestação), a dimensão objetiva encara os direitos fundamentais como um sistema de valores de dada sociedade plasmado na Carta

¹² “Conforme já tivemos oportunidade de dizer, nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no *caput* do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar os bens ambientais, de natureza difusa, para as presentes e futuras gerações.

Dessarte, o comando constitucional determina claramente a necessidade de preservar os bens ambientais evidentemente em harmonia com os fundamentos (art. 1º da CF) bem como objetivos (art. 3º da CF) explicitados como princípios constitucionais destinados a interpretar o direito ambiental constitucional brasileiro”.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 654.833/AC. Relator o Ministro Alexandre de Moraes. DJe de 24/06/2020.

Constitucional, que vão orientar a atuação dos poderes estatais em todos os seus planos:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz de sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos (MENDES et al, 2010, p. 343)

Por sua vez, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais extraímos ao menos três aspectos primordiais: a) o estabelecimento de uma competência negativa ao Estado, ou seja, aquilo que é conferido ao indivíduo como direito subjetivo é subtraído do âmbito do poder de regulação estatal, servindo por vezes de parâmetro de controle da ação do Poder Público (declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade); b) filtro de interpretação do direito infraconstitucional, sob a forma de princípios jurídicos, dando azo, por exemplo, ao controle de normas legais por meio da interpretação conforme à Constituição e c) a fixação de um dever estatal de tutela dos direitos fundamentais (DIMOULIS, MARTINS, 2007, 119/120).

Afora a possibilidade de uso dos direitos fundamentais como escudo de tutela contra abusos praticados pelos poderes públicos, do ponto de vista sistêmico e interpretativo, os direitos fundamentais passam a figurar como elementos de filtragem constitucional. Assim, objetivamente, passam a servir como condutores da agenda legislativa, bem assim figuram como a parâmetros de interpretação do direito positivo à luz das diretrizes constitucionais que lhes dão suporte. A respeito, as lições de Ingo Sarlet:

Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passam a apresentar-se no âmbito a ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pelo Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. Posta a questão em outros termos, os direitos fundamentais, desde a sua dimensão objetiva, operam, como averba Miguel Presno Linera, não propriamente como princípio e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerando em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica (SARLET, 2015, p. 149)

É com o dever estatal de tutela, porém, que a Advocacia Pública guarda indiscutível relacionamento.

Sem aqui pretender aqui levantar toda a diversidade de aspectos jurídicos envolvidos na análise da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, importa, para os fins próprios deste trabalho,

a delimitação deste elemento estrutural ou institucional ligado à defesa ou à promoção dos direitos fundamentais¹⁴.

Nessa seara, vale a lembrança promovida por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins da teoria das “garantias de organização” (*Einrichtungsgarantien*) proposta por Carl Schmitt, que ressalta a necessidade de criação e preservação de instituições públicas e privadas que dão sustentação aos direitos fundamentais:

O constitucionalista alemão Carl Schmitt (1888-1985) distinguiu, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, uma categoria de disposições constitucionais que a doutrina posteriormente denominou “garantias de organização” (*Einrichtungsgarantien*). Seu objetivo é criar e manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais. (...)

(...)

Segundo Schmitt há duas espécies de garantias de organização: (a) Garantias de instituições privadas (*Institutsgarantien*), tais como a família e o casamento, a propriedade e a possibilidade de organizar associações. Além da liberdade de agir, o indivíduo pode exigir do Estado uma regulamentação jurídica e a tomada de medidas práticas de que possibilitem o exercício efetivo do respectivo direito. (b) Garantias de instituições públicas (*institutionelle Garantien*), isto é, de organismo estatais cuja presença é imprescindível para que os titulares de direitos fundamentais possam exercê-los (Administração Pública, tribunais, estrutura eleitoral). Se o Estado não tivesse, por exemplo, a obrigação de manter uma estrutura judiciária densa, seria risível dizer que o morador do Amazonas tem o direito ao *habeas corpus* porque pode impetrá-lo ante um tribunal de Brasília (DIMOULIS, MARTINS, 2007, P. 74/75).

Essas garantias de instituições ou simplesmente garantias institucionais tem a sua aplicabilidade reconhecida primordialmente no âmbito da organização pública direcionada à promoção dos direitos fundamentais, em especial dos denominados direitos sociais.

Seria inimaginável, por exemplo, conceber um sistema público de previdência sem a consequente instituição de um órgão ou entidade responsável pelo seu funcionamento.

Característica similar pode ser observada nos sistemas públicos voltados à promoção da saúde e da educação. Por imposição constitucional e infraconstitucional, houve a criação de instituições públicas responsáveis pela gestão e execução das políticas públicas sanitárias e educacionais em todos os níveis da federação, a exemplo das entidades participantes do Sistema Único de Saúde - SUS¹⁵.

Por sua vez, é a Advocacia Pública que dá guarida ao funcionamento destas organizações, seja do ponto de vista interno, com o fornecimento de orientação jurídica e controle de legalidade dos atos

¹⁴ Por derradeiro, não podemos deixar de mencionar – como último importante desdobramento da perspectiva objetiva – a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção dos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. (SARLET, 2015, p. 156).

¹⁵ A criação de um Sistema Nacional de Educação foi prevista na Lei Federal nº 13/005/2014, que estabelece o Plano Nacional de Educação até o ano de 2024. O prazo de 2 anos, fixado no texto normativo, não foi observado. A principal proposta legislativa em trâmite sobre o tema é o Projeto de Lei Complementar nº 25/2019, que aguarda apreciação na Comissão de Educação da Câmara dos Deputados.

por elas praticados, seja do ponto de vista externo, realizando a defesa jurídica destas instituições na área judicial e extrajudicial. Esse é o seu papel constitucional, segundo os arts. 131 e 132 da Carta da República. A respeito, a colaboração de Derly Barreto e Silva Filho:

Considerando que o Estado passou a disciplinar os mais diversos aspectos da vida social e econômica por meio de políticas públicas de saúde, educação, tributação, finanças, comércio, meio ambiente, energia, transporte, segurança, entre outras, e dos respectivos atos de execução (deferimento de licenças ambientais, aprovação de empréstimos públicos, venda de títulos do Tesouro Nacional, concessão de isenções, anistias e benefícios fiscais, entre outros), tornou-se indispensável, além dos controles exteriores à Administração Pública (os controles parlamentar e judicial), o estabelecimento de formas de fiscalização interiores (controles intraorgânicos), vocacionadas a acautelar, promover e defender o interesse público dentro do Poder Executivo.

Nos artigos 131 e 132, a Carta Política reservou essa atribuição, em caráter privativo, à advocacia pública.

A advocacia pública poderia atuar nas fases de ideação e formulação das políticas públicas, por meio de pareceres sobre propostas de emenda constitucional, projetos de lei e minutas de atos normativos infralegais em matéria tributária, quando oriundos do Poder Executivo, e sobre sugestões, alternativas e contestações dos interessados. Esse juízo, prévio, dar-se-ia sob o ângulo exclusivamente jurídico. Afinal, os juízos de conveniência e oportunidade, por serem ontologicamente políticos, são, por mandato constitucional expresso, da alçada exclusiva do governante, e não do advogado público. Ao assegurar a conformidade constitucional, legal e moral das políticas públicas e dos correspondentes atos de execução, a advocacia pública poderia contribuir para reduzir sobremodo a ocorrência de vícios de inconstitucionalidade e demais questionamentos judiciais que tanto sobrecarregam o Poder Judiciário. (SILVA FILHO, 2010, 90/93).

Nesse sentido, quando se realiza a defesa do erário público e das políticas públicas coletivamente organizadas na esfera judicial, a Advocacia Pública não se coloca na posição de mera contestadora de pleitos amparados em direitos fundamentais subjetivos. Ao contrário, promove a defesa da dimensão objetiva destes mesmos direitos, por meio do fornecimento de guarda das instituições responsáveis pela prestação de dado serviço público ou pela defesa da própria política pública estabelecida para o atendimento de dado direito fundamental relacionado.

Podemos citar, como forma de exemplo, a decisão proferida pelo STF nos autos da ADPF nº 484, que atestou a inconstitucionalidade de medidas judiciais que determinavam a penhora de verbas do Estado do Amapá que eram empregadas na área de educação. Aqui, nitidamente, a satisfação de um direito fundamental social individual (pagamento de verbas trabalhistas) cedeu à proteção conferida a um direito fundamental observado sob a perspectiva objetiva, na medida em que a impenhorabilidade recaiu sobre as receitas orçamentárias destinadas à promoção de ensino, do transporte e da merenda escolar¹⁶.

¹⁶ Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO OBJETO DE CONTROLE. POSSIBILIDADE. SUBSIDIARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO PARA SANAR A LESÃO OU AMEAÇA EM CARÁTER AMPLO. DECISÕES JUDICIAIS QUE RESULTARAM NO BLOQUEIO, PENHORA OU SEQUESTRO, PARA O FIM DE PAGAMENTO DE DÍVIDAS

Na mesma direção a atuação das Advocacias Públicas estaduais durante a pandemia da Covid-19, sem a qual a conferência de efetividade do direito à saúde estaria amplamente comprometida (Ex: ADPF nº 672, cautelar deferida para autorizar a promoção de medidas locais de proteção sanitária e epidemiológica; ACO nº 3473, na qual foi deferida medida liminar para a asseguarção do custeio de leitos de UTIs).

Por sua vez, a defesa destas instituições estatais responsáveis pela realização de políticas públicas básicas guarda essencial consonância com a ideia aglutinativa presente no conceito jurídico do direito ao desenvolvimento sustentável.

Para além do aspecto trivial de conjugação dos interesses econômicos e de preservação do meio ambiente, o conceito de direito ao desenvolvimento sustentável está centrado na necessidade de concessão aos indivíduos de uma vida digna e com bem-estar.

TRABALHISTAS, DE VERBAS DO ESTADO DO AMAPÁ, DAS CAIXAS ESCOLARES E DAS UNIDADES DESCENTRALIZADAS DE EXECUÇÃO DA EDUCAÇÃO – UDEs, DESTINADAS À MERENDA, AO TRANSPORTE DE ALUNOS E À MANUTENÇÃO DAS ESCOLAS PÚBLICAS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÕES DOS PODERES E DO FOMENTO À EDUCAÇÃO. NATUREZA PRIVADA DAS UNIDADES EXECUTORAS. REPASSE DE VERBAS. DESCENTRALIZAÇÃO DA GESTÃO FINANCEIRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. NÃO SUJEIÇÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CONHECIDA E JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO. 1. O direito social à educação (artigos 6º e 205 e seguintes da Constituição), bem como a prioridade absoluta de proteção às crianças e aos adolescentes, em respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento que são (artigo 227 da Constituição), justificam a especial proteção constitucional dos valores necessários à aplicação efetiva dos recursos públicos destinados à concretização dos efetivos direitos. 2. Os princípios da separação dos poderes e do fomento à educação são violados por decisões judiciais que gerem bloqueio, penhora ou sequestro, para fins de quitação de débitos trabalhistas, de verbas públicas destinadas à merenda, ao transporte de alunos e à manutenção das escolas públicas. 3. A proteção constitucional a direitos individuais e a garantias fundamentais, inclusive de ordem trabalhista, convive com a impenhorabilidade, in casu, sob a ratio de que estão afetados a finalidades públicas e à realização das atividades e serviços públicos decorrentes do exercício obrigatório da função administrativa. 4. O artigo 167, VI, da Constituição proíbe a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, mandamento esse que também vincula o Judiciário. Isso porque as regras sobre aprovação e gestão orçamentárias consagram mecanismos de freios e contrapesos essenciais ao regular funcionamento das instituições republicanas e democráticas e à concretização do princípio da separação dos poderes. 5. As Unidades Executoras funcionam por meio de repasses de verbas para associações privadas sem fins lucrativos. Essa medida de descentralização da gestão financeira na prestação de serviços educacionais configura escolha de alocação de recursos plenamente legítima, inserida na margem de conformação das decisões de agentes políticos. No entanto, a transferência não descaracteriza a natureza eminentemente privada das Caixas Escolares, razão pela qual não lhes é aplicável o regime jurídico da Fazenda Pública. Se a associação privada conta com a agilidade do setor privado para posicionar-se como credora, que o faça para posicionar-se como devedora. 6. A arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de atos judiciais é via processual que atende ao requisito da subsidiariedade, mercê de não existir outro instrumento para sanar a controvérsia com caráter abrangente e imediato, ou com a mesma eficácia e celeridade. 7. Arguição de descumprimento de preceito fundamental conhecida e julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para declarar a inconstitucionalidade de quaisquer medidas de constrição judicial proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, em desfavor do Estado do Amapá, das Caixas Escolares ou das Unidades Descentralizadas de Execução da Educação – UDEs, que recaiam sobre verbas destinadas à educação, confirmando os termos da medida cautelar anteriormente concedida, bem como para afastar a submissão ao regime de precatório das Caixas Escolares ou Unidades Descentralizadas de Educação, em razão da sua natureza jurídica de direito privado, de não integrar a Administração Pública, de não compor o orçamento público e da ratio que inspira a gestão descentralizada da coisa pública. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 484/DF. Relator o Ministro Luiz Fux. DJe de 10/11/2020)

A definição de direito ao desenvolvimento foi expressa pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, que em seu art. 1º consagra:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados (SENADO, 2019).

Acerca da ideia de desenvolvimento, as contribuições de Amartya Sen:

O desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). (...) Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo (SEN, 2010, p. 16).

Para além de fundamento teórico, a ideia de desenvolvimento traz consigo uma alta carga teleológica. Nele é expressa a noção de dinamismo, ou seja, de um processo paulatino e constante de efetivação interdependente dos demais direitos fundamentais, voltados, em última análise, ao objetivo comum de conferir a todas as pessoas qualidade de vida e bem-estar¹⁷. Este ideário, segundo Juarez de Freitas, é ligado fundamentalmente à questão da sustentabilidade:

Com estes aportes, é que se chegou ao conceito de sustentabilidade, que vale reprimir: é o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Ou numa fórmula sucinta: é o princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras (FREITAS, 2019, p. 54/55).

Como dito acima, a plenitude do ideal do desenvolvimento sustentável é um objetivo compartilhado tanto pela geração presente como pelas gerações vindouras, sendo este um caminho a ser trilhado perenemente no curso da concretização cada vez mais ampla dos direitos humanos/fundamentais.

¹⁷ No texto original: “Reconhecendo que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”.

A Advocacia Pública tem papel primordial na realização deste desiderato constitucional, na medida em que tem por objetivo constitucional a proteção e a promoção dos direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva, defendendo em juízo e fora dele as políticas públicas e os aparatos institucionais responsáveis pela sua efetivação no plano concreto.

5. Conclusão

No decorrer do trabalho, foi possível averiguar a emergência após o quarto final do século passado do debate sobre as relações estabelecidas entre as diversas gerações de seres humanos, no mais das vezes centrada no impacto nas ações humanas, no presente, que poderiam atingir e até prejudicar os interesses e as liberdades das pessoas no futuro.

Essa discussão ganha corpo no mundo jurídico, provocando a alteração de perspectiva na análise dos direitos fundamentais, para a inclusão do aspecto temporal na sua dogmática. O direito ambiental é a área precursora deste debate, consagrando-se a proteção do meio ambiente para as gerações presentes e futuras. O tema da justiça intergeracional também ganha corpo na formatação dos sistemas previdenciários de repartição, na discussão sobre a sustentabilidade da dívida pública, cujo pagamento é encarregado às gerações vindouras, e no uso da riqueza financeira fruto da exploração dos recursos naturais.

Por sua vez, observamos que a proteção das gerações futuras foi positivada sob diversas formas na Constituição Federal de 1988, desde a possível projeção dos direitos fundamentais para as gerações vindouras, em razão da vigência prospectiva das disposições constitucionais e das cláusulas pétreas (direitos futuros), até a positivação de direitos fundamentais temporalmente difusos, conferidos às pessoas futuras no tempo atual (art. 225 da CF/88).

É no campo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, contudo, que o papel da Advocacia Pública ganha especial relevância. Esta tem por objetivo constitucional a proteção e a promoção dos direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva, defendendo em juízo e fora dele as políticas públicas e os aparatos institucionais responsáveis pela sua efetivação no plano concreto.

Proposição: A Advocacia Pública tem por objetivo constitucional a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, especialmente sob a perspectiva objetiva, defendendo em juízo e fora dele as políticas públicas e os aparatos institucionais responsáveis pela sua efetivação no plano concreto. Tal atuação guarda sintonia com o postulado da sustentabilidade, bem assim com os seus predicados da qualidade de vida e bem-estar, que devem ser perseguidos pelos atores públicos tanto em nome das gerações atuais como em benefício das gerações futuras.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2017.

BRANDÃO, Luis Carlos Kopes; SOUZA, Carmo Antonio de. *O princípio da equidade intergeracional*. Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas. Macapá, n. 2, 2010, p. 163-175.

BRASIL. Senado Federal. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 186/2019. Relator o Senador Márcio Bittar. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/>>. Acesso em: 08/12/2021.

BRASIL. Senado Federal. Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/508144>>. Acesso em 17/07/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.540-MC/DF. Relator o Ministro Celso de Mello. DJe de 03/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 484/DF. Relator o Ministro Luiz Fux. DJe de 10/11/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 827.833/SC. Relator o Ministro Roberto Barroso. Redator do acórdão o Ministro Dias Toffoli. DJe de 02/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 654.833/AC. Relator o Ministro Alexandre de Moraes. DJe de 24/06/2020.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Tradução de Renato de Assunção Faria. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. *O princípio da justiça intra e intergeracional como elemento na destinação das rendas de hidrocarbonetos: temática energética crítica na análise institucional brasileira*. Tese de Doutorado pela Universidade de São Paulo. 2012.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GOSSERIES, Axel. *Pensar a justiça entre gerações*. Coimbra: Almedina, 2015.

GROPPI, Tania. Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del future. In: *"Diritto pubblico comparato ed europeo, Rivista trimestrale"*, 2016, p. 43-78.

HÄRBELE, Peter. A constitutional law for future generations – the “other” form of the social contract: the generation contract. In: *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2014.

MENDES, Gilmar et al. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MODESTO, Paulo. *Uma introdução à Teoria da Justiça Intergeracional e o Direito*. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/uma-introducao-a-teoria-da-justica-intergeracional-e-o-direito>>. Acesso em: 01/06/2020.

MUÑIZ-FRATICELLI, Víctor M. The Problem of a Perpetual Constitution. In: *Intergenerational Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.

ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: *Dever fundamental de pagar impostos: O que realmente significa e como vem influenciando a jurisprudência?* Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria dos direitos constitucionais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA FILHO, Derly Barreto. *A advocacia pública e o controle de juridicidade das políticas públicas*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 71, jan./jun. 2010, p. 85-109.

TREMMELE, Joerg Chet. *A Theory of Intergenerational Justice*. Abingdon: Routledge, 2009.

UNESCO. Representação no Brasil. *Declaração sobre a Responsabilidade das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras*, 1997.

WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2018.

WEISS, Edith Brown. *Intergeneration Equity and Rights of Future Generation. The Modern World of Human Rights*. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2043/32.pdf>>. Acesso em: 22/04/2020.

**O STF E A DIMENSÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DA ANAPE:
a teoria dos *veto players* na dinâmica de judicialização das prerrogativas da advocacia
pública perante a Suprema Corte brasileira**

Lucas Soares de Oliveira
Raphael Franco Del' Duca

TEMAS: Direito Constitucional. Interesses Institucionais.

RESUMO: trata-se de trabalho que busca examinar os contornos e a importância da atuação da ANAPE no âmbito da justiça constitucional brasileira. Para tanto, o trabalho traça uma análise expositiva sobre a necessidade de uma interpretação realística do direito, bem como esclarece as configurações da nova separação dos poderes na dinâmica da teoria dos jogos e dos *veto players*. Apresentam-se estudos e exemplos da importância da ANAPE como *player* na arena da justiça constitucional. Por fim, deixa-se clara a relevância da associação para proteger e promover a advocacia pública no STF.

PALAVRAS-CHAVE: justiça constitucional – teoria dos jogos – teoria dos *veto players* – interesses institucionais.

ABSTRACT: this is a work that seeks to examine the contours and importance of ANAPE performance in the scope of Brazilian constitutional justice. To this end, the work outlines an expository analysis on the need for a realistic interpretation of the law, as well as clarifies the configurations of the new separation of powers in the dynamics of game theory and veto players. Studies and examples of the importance of ANAPE as a player in the arena of constitutional justice are presented. Finally, the relevance of the association to protect and promote public advocacy in the Supreme Court is made clear.

KEYWORDS: constitutional justice – game theory – veto player theory – institutional interests.

SUMÁRIO: Introdução, p. 2; 2. Direito e realidade: aceitando a premissa de que o STF atua na arena política, p. 3; 3. A separação de poderes e o STF como ator político, p. 5; 4. A teoria dos “veto players” e o jogo sequencial travado no STF, p. 13; 5. A ANAPE como *player* institucional privilegiado, p. 23; 6. Conclusão, p. 26; Bibliografia, p. 27.

“As associações que se criam para o repouso não
podem jamais ser progresso ou movimento”
(JEAN-FRANÇOIS PAUL DE GONDI, Cardeal de Retz)

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar a importância da atuação da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) na promoção e tutela dos direitos e prerrogativas institucionais da advocacia pública na justiça constitucional brasileira. Quer-se, assim, demonstrar que, por assumir uma postura institucional-corporativa, o índice de sucesso da ANAPE junto ao STF tende a ser mais elevado se comparado a outros *players* que se submetem ao jogo sequencial firmado naquela arena.

Para tanto, como premissa, são trabalhados os conceitos de direito como realidade e de nova separação de poderes, bem como a teoria dos jogos e a teoria dos *veto players*. Firmado o cenário conceitual, analisa-se, de forma mais concreta, a dinâmica deste jogo sequencial perante o STF. Nessa oportunidade, traça-se um comparativo entre a taxa de êxito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e outros *players* importantes na justiça constitucional. Demonstra-se, ato seguinte, a similitude de posturas entre a OAB e a ANAPE, a sinalizar que a mesma deferência prestada a OAB pode ser

estendida à ANAPE. Por fim, apresentam-se alguns exemplos em que a atuação da ANAPE foi decisiva para a consolidação de direitos e prerrogativas da advocacia pública brasileira.

Se bem-sucedido em seus propósitos, o escrito servirá ao rico debate (prático e teórico) sobre os potenciais da atuação da ANAPE na proteção e promoção da advocacia pública nacional e, consequentemente, da própria democracia e do constitucionalismo pátrio.

2 DIREITO E REALIDADE: ACEITANDO A PREMISSA DE QUE O STF ATUA NA ARENA POLÍTICA

O Direito é fenômeno extremamente complexo, mutável e interrelacional. Tal como o mundo extrajurídico, no qual há constante iteração de valores, o Direito também está embebido de inafastáveis vertentes axiológicas, políticas, sociais etc.¹ Apenas é possível examinar o Direito como uma realidade empírica dos valores de ação expressos pelas proposições normativas (realidade empírico-formal) e predispostos em razão dos interesses eminentes da sociedade (realidade empírico-substancial).² Nesse panorama, “o Direito deve ser visto como uma ferramenta de orientação e transformação social, possuindo papel sistêmico e iluminista”.³

Nossa proposta de raciocínio parte da premissa de que o Direito não se encontra *in res natura*.³ Ele é produto do homem e de sua cultura.⁴ Sendo assim, é preciso considerar que algumas práticas jurídicas simplesmente existem no sistema, enquanto desdobramento de uma cultura de Direito. Essa cultura pode ser salutar ou nociva; elogiável ou criticável; mas uma vez existente ela é digna de consideração e estudo, enquanto emanção jurídica.

Com efeito, enxergar só o “dever ser” sem incluir na estrutura da norma análise do “ser”⁴, significa priorizar uma visão caolha do Direito, pois desconsidera elementos sociais, políticos,

¹ Amplamente sobre o tema, confira-se: OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. In: MEDRADO, Vitor Amaral; SENA, Lucas Rodrigues. *A justiça sub judice: reflexões interdisciplinares*. São Paulo: Dialética, 2022. p. 84-96.

² FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima (*Il concetto del diritto*). 5. ed. Milano: Giuffrè, 1975; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92-94.

³ OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. In: MEDRADO, Vitor Amaral; SENA, Lucas Rodrigues. *A justiça sub judice: reflexões interdisciplinares*. São Paulo: Dialética, 2022. p. 87; e Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 23, n. 265, p. 97-106, mar. 2023. p. 100.

⁴ Podemos lembrar também da contribuição de FRIEDRICH MÜLLER (*Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 35-48) em sua teoria estruturante do Direito, mediante a qual se torna possível decompor a estrutura da norma em *programa normativo* e *âmbito normativo*. O primeiro é aquele que dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização material de determinado Direito no âmbito do seu quadro de potencial aplicação. Já o segundo é o recorte da realidade social que pode ser regulamentado pelo programa da norma, ou seja, a parte dinâmica da estrutura da norma. Essa simbiose entre Direito e realidade, propiciada pela teoria de FRIEDRICH MÜLLER, é também desejada neste trabalho.

históricos ou econômicos e cria concepções jurídicas unilaterais. Em nossa visão, os valores não pertencem ao mundo ideal; eles têm, sim, um fundamento real, que é uma realidade da experiência histórica e social, não uma realidade metafísica.⁵ Por isso, inevitável que a análise jurídica sempre coligie os valores abstratos com as exigências empíricas, em uma simbiose que teste reciprocamente os estes dois planos.⁵

Como ponto de partida analítico do presente trabalho, tomaremos em consideração a recente — porém avançada — teoria do “constitucionalismo de realidade”⁶, isto é, o movimento constitucional preocupado com o real funcionamento das instituições e com a produção de dados metodologicamente rigorosos sobre a teoria e prática constitucional, sem idealizações e importações doutrinárias acríticas. É, pois, de um constitucionalismo de base empírica, contextualista e antifundacionalista, que faremos uso no curso desta tese.⁷

O constitucionalismo de realidade, embora não despreze as teorias, não se limita às tarefas de conhecer os aspectos jurídico-dogmáticos da Constituição e das instituições democráticas. Vai além: ele visa aproximar o Direito Constitucional da realidade que ele normatiza, em termos interdisciplinares, metodológicos e empiricamente demonstráveis. Enquanto teoria crítica, o constitucionalismo de realidade dá atenção às referências históricas, aos dados sobre o funcionamento das instituições, ao diálogo com experiências de outras democracias constitucionais, à permeabilidade da dimensão política dos processos de decisão constitucional etc.

Nesse sentido, tendo em vista que a experiência constitucional pátria demonstra que o Supremo Tribunal Federal (STF) é um ator importante na arena política, compreendemos que essa é uma premissa de realidade que o presente trabalho não pode abdicar. Em suma, o STF, para além do papel jurídico, desempenha papel político, sendo essa uma referência histórica inolvidável e que ficará mais clara nos títulos subsequentes deste trabalho.

⁵ OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. In: MEDRADO, Vitor Amaral; SENA, Lucas Rodrigues. *A justiça sub judice: reflexões interdisciplinares*. São Paulo: Dialética, 2022. p. 84-96; e Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 23, n. 265, p. 97-106, mar. 2023.

⁶ Trata-se de formulação encontrada em: LEAL, Fernando. Apresentação. In: LEAL, Fernando (coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 16-17.

⁷ Sobre a compreensão do direito como realidade, veja-se: OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. In: MEDRADO, Vitor Amaral; SENA, Lucas Rodrigues. *A justiça sub judice: reflexões interdisciplinares*. São Paulo: Dialética, 2022. p. 83-96. Neste trabalho, esclareço que o Direito deve ser compreendido enquanto realidade empírica dos valores de ação expressos pelas proposições normativas (realidade empírico-formal) e predispostos em razão dos interesses eminentes da sociedade (realidade empírico-substancial). Também pontuo que os conceitos jurídicos devem ser confrontados perante o contexto, a fim de que se verifique o seu valor pragmático, devendo submeter-se à experiência. Por fim, explico que a postura antifundacionalista se relaciona à rejeição a pontos de partida imutáveis, bem como ao afastamento de construções teóricas descoladas da realidade social. Todas essas prévias colocações podem (e serão) utilizadas aqui para bem compreender o constitucionalismo de realidade.

Igualmente, a atuação da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ambas entidades de classe com legitimidade ativa para a garantia dos direitos e interesses de seus representados, também se aquilata quando analisada a incursão do STF na arena política, especialmente à luz das teorias dos *veto players* e dos jogos. A realidade — e a história que lhe dá percurso antecedente — demonstra o incremento do poder de barganha de ambas as entidades, seja nos processos legislativos, seja nos processos judiciais levados a cabo perante a Suprema Corte. Nesta última arena, aliás, as mencionadas entidades viram o seu poder de barganha amplamente alargado pela Constituição de 1988, que as incluiu no rol de legitimados ativos para as ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VII e VIII, da CRFB). Então, a proposta deste artigo, especialmente nas linhas seguintes, é demonstrar as potencialidades que surgem pela atuação dessas entidades junto ao STF, em especial a ANAPE, para a defesa fortalecida dos interesses corporativo-institucionais dos advogados públicos brasileiros, mormente pelos sinais de reforço ao poder de barganha entregue a tais *players*.

3 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O STF COMO ATOR POLÍTICO

Os sistemas constitucionais contemporâneos, em geral, contemplam a separação dos poderes como um de seus elementos nucleares. Não à toa a divisão das funções administrativas, legislativas e judiciais, em órgãos distintos e independentes, hoje, é vista como um elemento essencial à própria noção de Constituição em sentido moderno (ver, nesse sentido, art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).⁸

Grande parte dessa conquista é tributária de uma pequena — porém relevantíssima — obra: “O espírito das leis”, publicado em 1748 por Charles-Louis de Secondat, barão de Brede e de Montesquieu. As ideias dominantes na concepção de Montesquieu eram a prevenção e defesa da liberdade natural do ser humano para protegê-lo da tirania da autoridade. A sua premissa básica era de que todo ser humano que detém o poder se vê tentado a abusar dele, em linha realista bastante similar à de David Hume. Para conter os efeitos de sua premissa, o barão propugnava a necessidade de que o poder encontrasse limites em outros poderes, ou na sua famosa expressão: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Assim, para Montesquieu, a solução do problema relativo ao possível abuso do poder se encontra

⁸ Sobre essa ubiquidade da separação de poderes nos sistemas constitucionais, cf.: BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 208.

em separar o poder e conseguir que as partes separadas deste poder se detenham entre si, de forma recíproca.⁹

Esse mecanismo de freios recíprocos proposto por Montesquieu visava ao equilíbrio entre os poderes do Estado, o qual seria conquistado distribuindo-se as funções estatais entre diversos órgãos, constituídos por pessoas em princípio diferentes¹⁰, de maneira tal que nenhum deles possa impor sua vontade a outros e nem permaneça submetido a uma vontade alheia à própria. Bem de ver, entretanto, que não se trata de um isolamento de funções ou agências; pelo contrário, é necessário o contato, pois a finalidade última do sistema é a de que os poderes possam deter-se entre si, de modo que nada impeça que se promovam relações de recíproca colaboração entre eles.¹¹

Contudo, vale lembrar, antes mesmo de Montesquieu, na Inglaterra do século XVII, a separação dos poderes já era uma ideia naturalmente imantada à doutrina do *rule of law* e da supremacia parlamentar.¹² Isso porque a proposta inglesa era submeter o monarca à vontade dos legisladores, o que alimentou o desenvolvimento de um arranjo institucional capaz de promover tal submissão (ou seja, a separação dos poderes) e serviu de combustível para fortes tensões políticas, cujo ápice foi a Guerra Civil inglesa.

Nessa ocasião, nasce outro trabalho seminal à noção de separação dos poderes: a obra “Two Treatises of Government”, de John Locke. Esse trabalho é apontado por muitos como a pioneira sistematização a respeito da separação dos poderes¹³, pois indicava a necessidade de separação orgânico-funcional para que a lei fosse aplicada por outra pessoa que não quem a elaborou. Desse modo, Locke apontava a existência de dois órgãos de poder: (i) o parlamento, que exerce a função legislativa, a que se atribuía primazia; e (ii) o monarca, a quem cabia a função executiva, que se desdobrava em

⁹ Profundamente, confira: BOSCH, Jorge Tristán. *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944. p. 35 s.

¹⁰ Sobre essa partilha orgânica e pessoal dos poderes, modernamente, veja-se: VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de los poderes*. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2007. p. 17-18.

¹¹ Sobre o tema, no mesmo sentido, ver: BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1966. t. II. p. 698 e 703, obs. 31; BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*. Buenos Aires: Zavalía, 1951. p. 37; VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1977. v. II. p. 135.

¹² Nesse sentido, vale consultar: PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 71; MACPHERSON, C. B. *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1962, passim; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217.

¹³ Quanto à relevância da contribuição de Locke, há (i) autores que lhe atribuem a paternidade da doutrina; (ii) outros que o enxergam como um mero precursor; e ainda (iii) os que não consideram qualquer relação de sua obra com a referida doutrina. Sobre essas disparidades, cf. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 63.

duas: a) função federativa, quando se tratava de assuntos de guerra e paz e assuntos externos; e b) a função de fazer o bem público sem se subordinar a regras.¹⁴

A partir das contribuições de Montesquieu e Locke, a tese da separação dos poderes se difundiu para os mais variados sistemas de Direito Constitucional. No velho continente, a doutrina da separação dos poderes se alargou em uma solução compromissária entre o rei e o povo¹⁵, com a materialização da supremacia parlamentar. Assim, o rei se sujeitava à lei do parlamento, eis que esta representava a vontade geral rousseauiana¹⁶, acima da qual não há nenhum poder, com o que se garantiria a liberdade.¹⁷ Essa supremacia do parlamento também se apresentava em relação ao Judiciário, demonstrando-se enorme influência do pensamento de Rousseau, Locke e Montesquieu. Para este último, aliás, “o Judiciário é de algum modo nulo”, devendo o juiz não ser “mais que a boca que diz a lei”.¹⁸

A doutrina da separação dos poderes logo cruzou o atlântico e viu terra fértil nos Estados Unidos da América. Com efeito, desde “O Federalista”, por influência dos iluministas europeus, já se desenvolvia a doutrina da separação dos poderes nos EUA. Em solo estadunidense, as ideias de Montesquieu se tornaram normas jurídicas constitucionais. Por ter juridicidade, a separação dos poderes passou a ser interpretada e desenvolvida por um Poder Judiciário da *common law* e, assim, a noção de separação rígida entre os poderes foi sendo relativizada, pois as Cortes desenvolveram o seu

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217.

¹⁵ Cabendo lembrar que a este tempo inexistia sufrágio universal. Amplamente, cf.: CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 27.

¹⁶ Vale esclarecer, conquanto Rousseau tenha negado a possibilidade de um corpo de representantes eleitos, suas ideias de vontade geral soberana acabaram por migrar e fortalecer o Poder Legislativo e a sua supremacia. De fato, Rousseau, em sua obra *Do Contrato Social*, defendia a soberania popular plena, sendo adepto do monismo de poder, havendo apenas um “centro único de poder no Estado, excluindo, conseqüentemente, qualquer outro polo de poder para além do Legislativo soberano” (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 136). Além disso, tal Poder Legislativo só poderia ser exercido diretamente pelo povo, sendo impossível a representação política (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 134). De qualquer forma, a ideia de soberania do parlamento tem em Rousseau a sua maior raiz, pela forma radical com que defendia a “vontade geral”.

¹⁷ Segundo Locke: “onde não existe lei não existe liberdade, sendo a liberdade entendida como a capacidade de ser livre de limitação e violência de outros; o que não é possível, onde não exista a lei” (no original: “where there is no law there is no freedom; for liberty is to be free from restraint and violence from others; which cannot be, where there is no law”). LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Book II, London: C. Baldwin Printer, Harvard University Press, p. 162).

Fazendo também uma análise entre liberdade e lei, Montesquieu dizia: “não compete a mim examinar se os ingleses gozam ou não desta liberdade. É suficiente para eu dizer que ela é estabelecida pelas leis” (*Do espírito das leis*, trad. Jean Melvill e, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 175).

¹⁸ *Do espírito das leis*. trad. Jean Melvill e, São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 169 e 172. Essa visão explica a razão da tardia aceitação do controle de constitucionalidade das leis na Europa. Com efeito, apenas na Constituição austríaca de 1920, por influência direta de Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade de leis encontrou campo na Europa. Ou seja, mais de um século após o pioneiro *Marbury v. Madison*, nos EUA, julgado pela Suprema Corte daquele país em 1803, em que se considerou inconstitucional a lei do parlamento. Sobre a questão, amplamente, cf.: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 15 e ss.

significado para adaptar a doutrina filosófica francesa “às necessidades de um sistema de governo que possui suas raízes na tradição inglesa”.¹⁹

Nos EUA, a separação dos poderes teve de lidar com um Poder Executivo representado na figura do presidente e um Poder Judiciário forte, que não se assemelhava a proposta inicial de Montesquieu de ser a *bouche de la loi*. De fato, o Poder Judiciário estadunidense, com raiz na tradição da *common law*, desenvolveu-se como um braço forte do Estado, capaz, inclusive, de declarar a invalidade das leis do Parlamento.²⁰ Com tal desenho, nivelavam-se funções, criando-se uma realidade de maior equilíbrio entre os Poderes, que caminhou para um sistema de supervisão recíproca.

“Ambition must be made to counteract ambition”²¹: esta famosa frase de James Madison serviu de inspiração para que se desenhasse um modelo de controle entre as instituições, com um robustecido e independente Poder Judiciário, bem como um Poder Executivo fortalecido pela legitimidade democrática do presidencialismo. Nesse cenário, construiu-se a doutrina dos *checks and balances*, que “determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os 'poderes separados', mas sim a predominância cíclica de cada um deles”.²²

Portanto, como se vê de tudo que acima foi escrito, em sua origem, enquanto fundação do Estado Liberal, a separação dos poderes significou, principalmente nos Estados europeus de tradição monárquica, o imperativo de diminuição da autoridade real, com sua submissão ao Parlamento. Criavam-se as condições institucionais da liberdade e da prevenção da tirania, que dependiam, primordialmente, da sujeição dos demais poderes ao Parlamento, símbolo da vontade geral do povo. Já nos EUA, a separação dos poderes funcionaria por intermédio de um sistema de recíproca supervisão, no qual os Poderes devem interagir atendendo a uma lógica de predominância cíclica, cientes de suas funções inerentes: ao Executivo, administrar; ao Legislativo, legislar; e, ao Judiciário, julgar. Essa perspectiva clássica deu origem a alguns dogmas importantes, tais como: a indelegabilidade legislativa, o alheamento do Judiciário da política, a insindicabilidade de mérito administrativo etc.

Embora seja de extrema importância a análise da separação dos poderes segundo a doutrina clássica que a forjou, é mister ter em mente que, hodiernamente, os contornos dados à separação dos poderes são outros. Sob o influxo das ideias desenvolvidas a partir da experiência dos EUA, hoje, o que se tem é um sistema de separação orgânico-funcional das atividades estatais básicas, com

¹⁹ GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*. Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905. p. 42.

²⁰ Ver, por exemplo, o clássico *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos EUA.

²¹ Tradução livre: “A ambição deve ser usada para se contrapor à ambição”. MADISON, James. *The federalist n° 51*. Wesleyan University Press, p. 349.

²² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 184.

incentivos para controles mútuos. Nesta visão, há interpenetração de funções e constante supervisão recíproca, o que se aproxima da realidade e das necessidades do Estado contemporâneo.

Assim, por exemplo, no caso brasileiro, tem-se: (i) que o Legislativo julga (em caso de *impeachment*, o Senado Federal exerce a função de processar e julgar o presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como ministros de Estado e comandantes das Forças Armadas em crimes de mesma natureza conexos com o do presidente — art. 52, I, da CRFB); (ii) que o Judiciário (como todos os outros poderes) exerce funções administrativas (art. 96, I, da CRFB); e (iii) que o Executivo legisla (tanto por meio de Medida Provisória, art. 62 da CRFB, quanto por regulamentos, art. 84, IV e VI, da CRFB). Portanto, a toda evidência, a separação dos poderes não está presa ao conteúdo proposto no século XVIII, senão é historicamente determinada.²³

As premissas sociológicas, políticas e jurídicas que serviram de base para a aplicação da teoria original da separação dos poderes não são mais as mesmas. A evolução da sociedade, em seus diversos arranjos, ocasionou o surgimento de instituições com características completamente impensáveis aos arquitetos originais da separação de Poderes. Nesse contexto, alerta Meirelles Teixeira:

O princípio da separação de poderes (ou divisão, ou distribuição, conforme a terminologia adotada) significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder), ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou pratica certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência.²⁴

Para justificar esse novo panorama, pode-se pensar em sete elementos básicos que legitimam esta nova roupagem²⁵: (i) o sufrágio universal, enquanto fonte de legitimidade democrática, fortifica tanto o Executivo quanto o Legislativo, ao mesmo tempo em que a adstrição à Constituição dá tónus à ação e à legitimidade democrática do Judiciário²⁶; (ii) a consagração de um Estado Democrático de Direito, que em seus próprios termos já pressupõe a busca de outras formas de legitimação do poder que não a mera legalidade formal; (iii) a ascensão de um novo constitucionalismo e da ideia de juridicidade que, materialmente, enfraquecem o culto formal à lei (legalismo); (iv) o controle social, notadamente de uma mídia independente, atributos inerentes à democracia e de uma sociedade pluralista²⁷; (v) o amplo controle recíproco entre os Poderes, notadamente o controle jurisdicional dos atos estatais; (vi) o desenvolvimento do estado de bem-estar social e seu desdobramento como Estado

²³ GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 248.

²⁴ *Curso de Direito Constitucional*, Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 590-591.

²⁵ É o que defende, por exemplo, ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014, p. 13-23.

²⁶ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492 e ss.

²⁷ Ponderando a importância do controle social e midiático à atuação do Estado, cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

regulador, do qual se demanda uma postura ativa incogitável ao pensamento iluminista original; e (vii) o sistema de controles políticos advindos da dinâmica partidária do presidencialismo de coalizão²⁸ e seus caminhos de formação de consensos, os quais dependem tanto da ação parlamentar, quanto da própria Administração Pública, liderada pelo presidente da República, governadores e prefeitos.²⁹

Sobre esses pontos, com muita propriedade, a doutrina estadunidense alerta que, malgrado sua grandeza, Montesquieu, ou qualquer outro pensador iluminista,

[...] não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em Legislativo, Judiciário e Executivo — sendo o Direito Administrativo Comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade.³⁰

Em outros termos, os teóricos da separação de poderes não imaginaram seus modelos para a realidade partidária, que acabou se desenvolvendo, e para a complexidade trazida pelo presidencialismo brasileiro. Os Federalistas, aliás, rejeitavam a criação de partidos, o que seria um sinal de

²⁸ A ideia de presidencialismo de coalizão trabalha com a percepção, muito alentada por Sérgio Abranches (Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988. p. 21-22), de que a experiência política brasileira singulariza uma combinação entre proporcionalidade de voto para a composição do legislativo, multipartidarismo, “presidencialismo imperial” e uma organização da gestão executiva do Estado por intermédio de coalizões. Segundo Sérgio Abranches (Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988. p. 21), esse modelo seria fruto da própria heterogeneidade da sociedade brasileira, cuja pluralidade transparece da multiplicidade de partidos e da estrutura federativa.

O presidencialismo de coalizão, assim, constitui, por um lado, um sistema de governo em que, devido a fragmentação propiciada pelo multipartidarismo, o Poder Executivo vê-se obrigado a formar alianças, políticas ou oportunistas, a fim de poder governar; por outro, após a Constituição da República de 1988, o modelo de coalizão emerge também como padrão de diálogo institucional entre Chefe do Executivo e líderes partidários no Poder Legislativo, o que propicia o interesse de aderir ao governo e uma vontade deliberativa suprapartidária (COUTO, Cláudio Gonçalves. *Presidencialismo de coalizão*. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário de políticas públicas*. São Paulo: Ed. UNESP, 2018. p. 807).

É importante notar que Sérgio Abranches, recentemente, preconizou a existência de uma “crise do presidencialismo de coalizão” (*O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 153 e s.). A democracia, nestes governos incidentais, tem se caracterizado por parlamentos sem maioria, levando a coalizões precárias e instáveis; ou às maiorias efêmeras em torno destas lideranças incidentais (ABRANCHES, Sérgio. *O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 161).

Embora o momento de crise do presidencialismo de coalizão seja inegável, não parece correto afirmar que este modelo acabou; ou que o interesse no estudo do tema se esvaiu (ABRANCHES, Sérgio. *O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 164). Como alerta Sérgio Abranches: “o modelo político brasileiro continua sendo o presidencialismo de coalizão” (*O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 164-165). O que muda é o papel disruptivo do presidente, que tem desconsiderado as regras do modelo (*O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 165).

²⁹ Com a mesma proposta de revisão do princípio da separação dos poderes, mas pela ótica do ordenamento estadunidense, cf.: ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014. p. 13-23.

³⁰ ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014. p. 14.

formação de facções.³¹ E, nestas bases, curial reconhecer que o processo de formação de consensos, notadamente na realidade multipartidária que se observa no Brasil, implica percepções renovadas sobre o princípio da separação dos poderes, para que ele continue sendo um instrumento útil e válido para a contenção do arbítrio e para o bom funcionamento da democracia.

Os pais da separação dos poderes também não imaginaram a crescente importância que as Cortes Constitucionais assumiriam para a tutela da democracia, o que lhes abriu um novo papel político no desenho institucional dos poderes. Os diálogos institucionais passaram a contemplar o Judiciário, de forma bastante frequente. E por mais que essa atuação caminhe sobre a linha tênue do abuso pelo ativismo político, impossível negar que na moldura constitucional contemporânea se reserva também ao Judiciário a interferência nas políticas públicas. Dessa forma, colore-se ainda mais a já aquarelada separação dos poderes moderna.

A nova roupagem da separação dos poderes melhor se ajusta à ideia de um modelo no interior do qual o exercício do poder político sofra controles internos mútuos — não necessariamente vinculados às três clássicas funções —, tendo como mote o ideal de um governo efetivamente limitado. Dentro dessa perspectiva, o sistema possui uma série de controles recíprocos que se apresentam como freios para as minorias ocasionais e para as atitudes antidemocráticas dos *players* institucionais. E isso se opera com relação à dinâmica governo-parlamento-judiciário; aos atos normativos aprovados pelo governo e seu impacto sobre as minorias eleitorais; e às decisões judiciais estruturantes.³²

A atual modelagem da separação dos poderes também implica desafios. Um deles reside justamente nos efeitos sistêmicos que o desequilíbrio de poderes pode gerar no Estado Democrático de Direito. Por exemplo, se na visão clássica da separação dos poderes o Judiciário “era achatado por um legislador onipotente e por um Executivo que, fortalecido com rígidas estruturas burocráticas, podia administrar e governar”³³, hoje, com a expansão da justiça constitucional e a ascensão da teoria dos princípios, é o Poder Judiciário que tem ganhado maior espaço de atuação funcional (predominância cíclica). Esse movimento traz consequências práticas, algumas alvissareiras, outras indesejadas. Aponta-se, no ponto, os perigos do “hiperativismo judicial”³⁴ causado pela expansão do Poder Judiciário sobre domínios próprios ao da política legislativa e da governabilidade oriunda do voto

³¹ Sobre esse pensamento, cf.: MADISON, James. *The federalist n. 10*. In: ed. Wesleyan University Press. p. 56-65.

³² Cf. ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Ciudad du México: Fondo de Cultura Económica, p. 703 e ss.

³³ PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 212.

³⁴ PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 373.

popular, ocasionando um processo denominado na literatura de “politização da política”³⁵ ou “governo dos juizes”³⁶. A denúncia que se faz é a de que o protagonismo do Poder Judiciário na contemporaneidade traz consigo (i) o risco de pressões por parte de grupos de interesses sobre o recrutamento e orientações políticas dos juizes³⁷, (ii) o perigo inerente ao maior influxo e influência dos anseios sociais nas decisões das Cortes, fruto da ampliação dos meios de comunicação e diálogo social, a ocasionar espécie de “populismo judicial”³⁸ e (iii) a própria normatização da Constituição e das políticas públicas, que abre-alas à decisão judicial sobre assuntos antes entregues à política ordinária, gerando, em casos extremos, a substituição do legislador pelo julgador, seja no controle de constitucionalidade das leis, seja em julgamentos mais ordinários, mas cujo efeito reverbera na escolha governamental (*lato sensu*) subjacente à política pública afetada³⁹.

Malgrado as críticas acima sejam válidas e pertinentes, inclusive sendo um dos motes da própria tese principal deste trabalho, é inegável que, de fato e de direito, uma nova configuração da separação dos poderes se impôs. Trata-se de uma formatação fluída, dúctil, cujos contornos não são tão rígidos como antes. O foco, hoje, não é mais a divisão de funções; é o equilíbrio e reciprocidade no desempenho conjunto e harmônico das funções.

Justamente por reconhecer que o STF atua na arena política, ainda que limitado pelas amarras constitucionais, é que se abre espaço para a formação de um jogo sequencial e interativo entre variados atores (Judiciário, Legislativo, Executivo, sociedade, entidades de classe, mídia etc.). Como se verá no curso desta tese, é neste espaço de interação que a ANAPE, enquanto *player*, pode fazer uso de seu poder de barganha privilegiado para alcançar melhorias nos direitos e prerrogativas dos advogados públicos brasileiros.

³⁵ Veja-se, por exemplo, os seguintes trabalhos: TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; SHAPIRO, Michael J. Judicialization of Politics in United States. *International Political Science Review*, v. 15, n. 2, p. 101-112, apr. 1994.

³⁶ Confira-se a seminal obra : LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. Paris: Giard, 1921.

³⁷ MILIBAND, R. *Lo stato nella società capitalistica*. Roma: Laterza, 1970. p. 165.

³⁸ Sobre a questão, vale conferir: PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 252.

³⁹ “A elaboração da teoria de que existem “princípios supremos da Constituição”, enquanto tais imodificáveis, inclusive pelo poder de revisão constitucional, e dos quais os Tribunais consideram-se guardiães atentos, parece colocar as Cortes Constitucionais [...] não somente acima do Poder Legislativo, mas verdadeiramente ao lado do constituinte. Não há, portanto, que se surpreender se, como órgãos de fechamento” dos ordenamentos constitucionais e artífices da direção político-constitucional, mas também da direção político *tout-court*, as Cortes Constitucionais foram por vezes definidas por autores de todo o mundo — juristas e politólogos — como “poder constituinte permanente”, “ilha da razão no caos das opiniões”, “aristocracia com vestes modernas” ... Trata-se, no caso das Cortes, não de uma aristocracia de sangue, mas do saber, imersa no próprio papel não em virtude de uma ligação direta com o eleitoral, mas, sim, com base em outros critérios, antes de tudo o conhecimento e formação profissional” (PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 375-376).

4 A TEORIA DOS “VETO PLAYERS” E O JOGO SEQUENCIAL TRAVADO NO STF

É na ciência política que se concentram os estudos mais robustos sobre a teoria dos *veto players*.⁴⁰ Lá se coloca que o conceito de *veto player* diz respeito aos atores (individuais e coletivos) cuja concordância é necessária para que se tome uma decisão política. A ação negativa destes atores (isto é, o veto) representa uma operação de bloqueio ou inviabilização da decisão política. Quando posta a teoria dos *veto players* em um cenário estratégico do jogo político, observa-se que tais atores têm poder — efetivo ou potencial — de controlar a agenda pública ou governamental, com capacidade de interferir de maneira decisiva em sua formatação.⁴¹

Nesse cenário, cabe mencionar também a teoria dos jogos, cujo *design* agrega conteúdo regulativo à dinâmica dos *veto players*. Por isso, faz-se, aqui, uma análise — rasteira, bem verdade — das ferramentas trazidas pela teoria dos jogos. Esta cuida da análise geral de interação estratégica entre agentes, podendo ser aplicada não só no âmbito econômico, senão também no político e no jurídico.⁴² Por meio desse enfoque, a análise se pauta nas estratégias de comportamento dos diversos jogadores nas suas relações entre si, de modo a se elaborar uma matriz de ganhos. São identificadas, nessa matriz, as escolhas de cada jogador, os seus ganhos e, ao fim, as situações mais vantajosas para os envolvidos.⁴³

Inserido no rol de estratégias possíveis no embate, há a chamada estratégia dominante, consistente na escolha ótima para um jogador, independentemente do que os demais façam. Embora se possa obter uma estratégia dominante para todos os jogadores, em equilíbrio, o mais comum é que a escolha ótima de um jogador interfira na dos demais. No ponto, vem à tona o *equilíbrio de Nash*: a escolha de cada jogador é ótima dada(s) a(s) escolha(s) do(s) outro(s). A análise do equilíbrio de Nash é dinâmica e depende da compreensão de que, em dados momentos, os atores do jogo assumirão comportamentos cooperativos (em que, apesar de momentaneamente importarem em uma escolha desfavorável, o objetivo final é induzir a cooperação dos atores nas rodadas seguintes), coordenados

⁴⁰ Sobre o tema, vale conferir: TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. New Jersey: Princeton University Press, 2002 (*passim*); MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: Free Press, 1989; SHAPIRO, Ian. *Politics against Domination*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

⁴¹ Amplamente, confira-se: TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. New Jersey: Princeton University Press, 2002 (*passim*).

⁴² VARIAN, Hal R. *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 543.

⁴³ Sobre o tema, mais amplamente, cf.: KUHN, Harold W. (Org.). *Classics in Game Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1997; NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. RUBINSTEIN, Ariel; e KUHN, Harold W. (org.). Princeton: Princeton University Press, 2004; POSNER, Eric. *Law and social norms*. Cambridge: Harvard Press, 2000; e WATSON, Joel. *Strategy – An introduction to Game Theory*. New York: W. W. Norton & Company, 2002.

(nos quais os atores alinham a sua ação, a fim de que os ganhos de todos os jogadores sejam maximizados), de competição (em que o ganho de um dos atores implica perda dos outros), de coexistência (mediante uma análise comportamental, na finalidade de tornar estável a seleção e a evolução de certa interação) e de compromisso (no qual, em uma perspectiva nitidamente sequencial, um participante se compromete, de forma irreversível e notável pelo outro, a uma escolha futura, convencendo os outros atores a alterarem o seu comportamento). Dentro da iteração destes comportamentos é que a logística dos jogos se estabelece e se define, abrindo campo para ocorrência de *veto players* e de *veto points*.⁴⁴

Outro conceito importante à compreensão dos fenômenos de iteração estratégica ligados às teorias acima listadas é o de “jogo político sequencial”, a expressão é trazida por Willian N. Eskidge Jr., a fim de descrever que as relações entre os Poderes se dão de maneira sequencial. Nesse sentido, por exemplo, tem-se que a Suprema Corte nem sempre adota, pura e simplesmente, as suas preferências jurídicas ou ideológicas, antes adotando uma *postura estratégica* para reduzir as possibilidades de superação da jurisprudência. De outro lado, o Poder Legislativo também se posiciona estrategicamente quando aprova uma proposição normativa consentânea com a jurisprudência da Corte. Quando caminham nesse sentido, o objetivo dos atores é, justamente, atingir um ponto de equilíbrio entre as suas preferências.⁴⁵ No bojo dessa iteração estratégica, lembra Rodrigo Brandão, a pressão política externa (dos cidadãos e da sociedade civil politicamente organizada) pode ensejar jogadas que não se destinam a cooperação ou conservação das posições de cada Poder, senão uma competição que pode gerar certo descrédito de um *player* frente à estratégia adotada por outro e vice-versa.⁴⁶ A ilustrar, no âmbito da superação legislativa da jurisprudência, há, destarte, o risco de desprestígio da solução jurisdicional outrora adotada, bem como da nova reversão da saída política do Legislativo por uma nova declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo. O jogo é, pois, sequencial; um caminho processual em que cada passo interfere no seguinte, sendo esta lógica repetida nas mais variadas ações dos *players*, inclusive quanto ao seu poder de veto, compromisso ou conformação.

Sendo assim, no âmbito da justiça constitucional é possível a análise dos *veto players* também em relação aos Tribunais Constitucionais e aos agentes que lá interagem (v.g., legitimados ativos às ações constitucionais de competência da Corte, Ministério Público, governantes, congressistas,

⁴⁴ KUHN, Harold W. (Org.). *Classics in Game Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1997; NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. RUBINSTEIN, Ariel; e KUHN, Harold W. (org.). Princeton: Princeton University Press, 2004; e WATSON, Joel. *Strategy – An introduction to Game Theory*. New York: W. W. Norton & Company, 2002.

⁴⁵ ESKIDGE JR., William N. Overriding Supreme Court Statutory Decisions. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331-472, 1991-1992. p. 372 e s.

⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. pp. 254 e 279 e s.

sociedade, mídia etc.), porque, em virtude da judicialização da política e do aumento do poder de revisão judicial das Cortes, estas atuam como *veto players* dentro do emaranhado jogo político inerente aos “diálogos institucionais”⁴⁷. Nem mesmo a afirmação de que “juízes argumentam, enquanto políticos barganham”⁴⁸ seria o bastante para afastar a possibilidade de aplicação da teoria dos *veto players* em âmbito jurisdicional. Conquanto a afirmação até possa se fazer coerente e verdadeira sob o ângulo abstrato do discurso, quando trazida para a perspectiva prática, vê-se que, não raras vezes, a Corte Constitucional tem, sim, assumido posição de barganha nos diálogos institucionais.

E, aqui, vale a pena abrir parênteses para explicar uma premissa: como já visto, não se nega, neste trabalho, a intersecção da função desempenhada pelo Tribunal Constitucional com a política e, conseqüentemente, com a legitimidade dos diálogos institucionais. Com efeito, o Direito é um fenômeno cultural.⁴⁹ Por isso, ele deve ser compreendido em seu contexto, enquanto fruto das interações constantes entre política, economia, religião, sociedade etc. Em razão dessa premissa não se pode afirmar que a justiça constitucional, em suas diversas manifestações, alheia-se da política. Obviamente, nas funções que a Constituição investe a Corte Constitucional há, sim, componentes políticos

⁴⁷ Por diálogos institucionais se quer fazer menção à “complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade” com o objetivo de colmatar a lacuna empírica existente na falha da plenitude dos juízes e dos legisladores para sozinhos interpretarem a Constituição (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2017. p. 256). Ao contrário das teorias da supremacia judicial e da supremacia do parlamento, a teoria dos diálogos reconhece a falibilidade das instituições políticas (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008. p. 11). Assim, ela, a teoria dos diálogos institucionais, adota a máxima da sabedoria política, na qual não há um procedimento unívoco que garanta resultados justos; não há instituição infalível, por melhor que seja desenhada. Os resultados são sempre fruto da interação de instituições imperfeitas, tal como a humanidade o é. Por isso, a deliberação passa a ser analisada empiricamente, em tom crítico, mas não alheio à realidade das coisas.

⁴⁸ ROBERTSON, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010. p. 36.

⁴⁹ FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima (*Il concetto del diritto*). 5. ed. Milano: Giuffrè, 1975. p. 218-219; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92-94; OLIVEIRA, Lucas Soares de. *Inspeção judicial: uma análise propositiva acerca da autorreferência judicial*. In: ALVIM, Teresa Arruda; e DIDIER JR., Fredie (org.). *Doutrinas essenciais. Novo Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, v. IV. p. 962; CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 120.

relevantes⁵⁰, os quais são muito claros quando analisada a atuação concretizadora do STF no controle de constitucionalidade sobre atos e omissões legislativas, por exemplo.⁵¹

Demais disso, a Corte Constitucional, no exercício de sua *função arbitral*⁵², acaba arvorando-se em legítimo papel pacificador e resolutivo das fricções inerentes aos diálogos entre os poderes.⁵³ Nesta função, as decisões do STF acabam ostentando certa — e legítima — carga política, pois dadas em garantia da federação e da separação dos poderes, zelando pela harmonia da estruturação dos poderes e pela efetividade das interações federativas.⁵⁴ Mas, ao lado desse viés político, há sempre o jurídico, consistente na autorização constitucional predisposta à atuação da Corte em sua função arbitral. Assim, no exercício dessa função, longe de ferir a separação dos poderes por uma invasão indevida da justiça constitucional no âmbito político, o Tribunal Constitucional se coloca como *locus* apropriado à preservação da harmonia dos Poderes Constituídos⁵⁵, em verdadeira garantia jurídico-político-constitucional.⁵⁶

Retomando às explicações sobre a teoria dos *veto players*, mas tendo em mente as premissas acima alinhavadas, tem-se que a função arbitral entregue aos Tribunais Constitucionais autoriza a afirmação de que estas Cortes são o lugar apropriado para controlar e equilibrar os demais Poderes

⁵⁰ Como lembra Fernando Alves Correia: “De facto, a instituição pela Constituição de um Tribunal Constitucional com um amplo leque de competências em vários tipos de processos e com a relevante missão de ser intérprete supremo da Lei Fundamental faz daquele órgão jurisdicional um garante do ‘funcionamento constitucional do Estado’, que o mesmo é dizer, do ‘correto e regular desenvolvimento do processo político’” (*Justiça Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 401).

Também, para uma ampla e racional abordagem do tema, rechaçando a ideia do Tribunal Constitucional como um órgão político, mas aceitando que ele pode tocar em questões políticas, mas sob o ângulo autorizado pelo direito e pela Constituição, veja-se: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297-319; e 447-487.

⁵¹ Sobre a interpretação concretizadora das normas constitucionais e seu significado político-jurídico, vale conferir: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 435-487. Similarmente, confira-se: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 471.

⁵² Trata-se de feliz terminologia (e categorização) construída por André Ramos Tavares, cujo significado, em termos sucintos, pode ser assim colocado: “[c]onsidera-se exercício da função arbitral apenas na hipótese de se reportar o Tribunal Constitucional à atuação normativa ou material dos ‘poderes’, procurando solver eventuais conflitos que surjam, fundamentada exclusivamente na preocupação de superar o atrito entre entidades constitucionais” (*Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297).

⁵³ Amplamente, veja-se: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297-319.

⁵⁴ J. J. Gomes Canotilho elucida sobre o tema: “O Tribunal Constitucional é um autêntico órgão judicial que, em virtude de ter de discutir questões jurídico-constitucionais de claro sentido político, profere decisões com grande incidência política. Isto é, porém, diferente da caracterização do Tribunal Constitucional como instituição quase «autónoma» relativamente à Constituição ou da sua legitimação como «legislador constituinte»” (Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático português. *Revista do Ministério Público*, ano 9, n.º 33-34, jan.-jun., 1988. p. 16).

⁵⁵ Sobre a nova visão da separação dos poderes, confira-se: ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

⁵⁶ Esse papel regulativo do Tribunal Constitucional também é destacado na doutrina estrangeira, veja-se: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 401-427.

Constituídos, garantindo a separação dos poderes e a proteção das minorias.⁵⁷ No entanto, esta função arbitral não contrasta com a aplicação da teoria dos *veto players* à justiça constitucional, pois os tribunais precisam ser provocados a agir, em nome do princípio da inércia, sendo neste contexto verificada a sua utilização pelos atores vencidos na arena política. Em outros termos, o *judicial review* habilita como *veto players* não somente os juízes constitucionais, mas, igualmente, outros atores, que possuem legitimidade para provocar o Tribunal Constitucional ou que podem participar do litígio constitucional por outras formas (audiências públicas, *amicus curiae* etc.).

É necessário ter em mente que o potencial de cada agente com poder de veto é distinto.⁵⁸ Nesse panorama, a colocação da Corte Constitucional dentro da arena política acaba viabilizando que diversos atores, que naturalmente não teriam voz direta no jogo político do parlamento e do Executivo, consigam destaque na justiça constitucional. Esse fato leva a outro: a latitude de acesso à Corte pode demonstrar que, quando imergido na arena política, o Tribunal Constitucional pode acentuar o poder de barganha de alguns atores políticos em detrimento de outros. Assim, o grande desafio que se coloca é o de averiguar quais atores ou grupos políticos, concretamente, beneficiam-se política e estrategicamente com a atuação do STF na arena política. É dizer: como fica o poder de barganha dos atores políticos diante da judicialização da política na Corte Constitucional?

Dentro da teoria dos *veto players*, especificamente no que tange aos movimentos estrategicamente calculados por cada um dos atores políticos, há de se considerar ainda a existência de *veto points*. Esses são locais institucionais onde os atores podem exercer, real ou potencialmente, o poder de veto sobre a decisão política.⁵⁹ Quem atua nos *veto points*, desta maneira, consegue influir nas negociações políticas antes mesmo da implementação destas. E mais: rigorosamente, a simples potencialidade de atuação no *veto point* tende a conferir ao *veto player* maior envergadura política, aumentando o seu poder de barganha.⁶⁰

Considerando esse cenário de interação estratégica, tem-se que, não raras vezes, a conduta dos Tribunais Constitucionais diante de julgamentos a respeito de questões políticas acaba urdindo a própria decisão política, tanto no que diz respeito aos seus efeitos passados, quanto no que se refere aos efeitos futuros.

⁵⁷ Nesse sentido, confira-se: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297-319.

⁵⁸ Com igual pensamento, veja-se: TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 76.

⁵⁹ Amplamente, confira-se: IMMERGUT, Ellen M. Institutions, Veto Points, and Policy Results: a comparative analysis of health care. *Journal of Public Policy*, vol. 10, n. 4, oct.-dec., 1990. p. 391-416.

⁶⁰ TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 76.

Isso, pois a ameaça de derrubada de determinada política pelo sistema de revisão judicial impõe que se considere, no próprio processo em que a política é edificada, o fator de veto judicial.⁶¹ A ilustrar, basta ver que os partidos menores e a oposição podem se valer da possibilidade de veto judicial para barganhar importantes pontos a seu favor, no *iter* de aprovação da medida. Além disso, mesmo depois de judicializada, a questão política ainda poderá ser moldada pelo Tribunal Constitucional, levantando a questão da atuação estratégica de partidos menores e da oposição na justiça constitucional, transformando-a em verdadeira arena política; uma espécie de continuação do parlamento.⁶²

No Brasil, como adverte Matthew Taylor⁶³, a arquitetura política e a grande fragmentação dos partidos políticos acabam transformando qualquer decisão deliberativa em algo naturalmente complexo. Dentre os fatos que tornam a decisão no campo político-deliberativo tão complexa, tem-se:

(i) a existência de um Congresso Nacional com representação desproporcional, o que dá a entes federativos menores poderes muito grandes e, sistemicamente, torna o parlamento fraco programaticamente;

(ii) o notável esfacelamento do sistema partidário pelo especialmente elevado número de partidos fragmentados, instáveis e regionalizados, sem integridade de pautas internas ou externas;

(iii) a distribuição de ministérios e cargos políticos, cuja utilização vai bem longe ao natural, sendo utilizada como ferramenta para unir coalizões congressionais;

(iv) a presença de uma burocracia estatal patrimonialista⁶⁴ que atua em próprio benefício; e

⁶¹ Por essa perspectiva, o federalismo e mecanismos mais rígidos de separação de poderes, como o presidencialismo, fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este atuará como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais Poderes ou entre os Estados-membros e a União (ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*. Connecticut, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997. [passim]).

⁶² Tratando desse acesso dos grupos minoritários à justiça constitucional, inclusive com indicação de que tal movimento se ajustaria a própria lógica do constitucionalismo social, por meio da garantia de um Estado amplo, mas, simultaneamente, respeitoso aos direitos individuais e à democracia, confira-se: SHAPIRO, Martin. *The success of judicial review*. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (ed.). *Constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: St. Martin Press, 1999. p. 193-220; e KAGAN, Robert. *American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism*. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 33.

⁶³ Como adverte Matthew Taylor, o sistema político brasileiro ostenta tantas variáveis que as decisões alcançadas são “intrinsecamente escleróticas” (*Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 73).

⁶⁴ O patrimonialismo, resumidamente, pode ser compreendido como “resultado da relação viciada que se estabelece entre a sociedade e o Estado, quando o bem público é apropriado privadamente. (...) trata-se do entendimento, equivocado, de que o Estado é bem pessoal, ‘patrimônio’ de quem detém o poder” (SCHWARZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 65).

Como advertem nossos historiadores, o patrimonialismo é uma chaga que afeta a realidade institucional brasileira desde sempre, pois desde “o início dessa breve história de cinco séculos foi logo ficando patente a dificuldade que temos de construir modelos compartilhados de zelo pelo bem comum” (SCHWARZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 64).

(v) a existência de um Senado com amplos poderes para interferir na maioria dos domínios políticos — algo, inclusive, não encontrado em outros sistemas políticos no direito comparado.⁶⁵

Além disso, o sistema de *judicial review* acrescenta outro fator de complexidade à decisão política: o aumento dos *veto players*. Explica-se: dentro da acidentada história constitucional brasileira, alguns grupos tiveram maior poder de influência no estabelecimento das instituições formais pátrias, o que é percebido, também, no texto da Constituição de 1988. Exemplo disso é o acesso privilegiado à Corte dado pela Constituição a determinados *players* como legitimados ativos das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103 da CRFB; art. 2.º da Lei n. 9.868/1999; e art. 2.º, I, da Lei n. 9.882/1999).

Ao facilitar o acesso à justiça constitucional a certos segmentos de atores ou corporações políticas organizadas, o texto constitucional acaba proporcionando a estes *players* uma posição de vantagem no processo de revisão judicial. Com isso, frente à possibilidade de judicialização de questões políticas, estes *players* beneficiados pelo acesso direto à Corte Suprema ganham um poder de barganha qualificado no jogo político.

À evidência, o aumento dos *veto players* pela ampliação do rol de legitimados ativos às ações de controle concentrado de constitucionalidade — sendo uma questão consolidada a partir de um discurso de democratização de acesso à Corte Constitucional brasileira⁶⁶ — possui inegável impacto no jogo político. Se, por um lado, se pode dizer que, em tese e abstratamente, quão maior o número de *players* no processo político, mais democrática seria uma decisão política; por outro, concreta e pragmaticamente, vê-se que, diante de um grande número de *veto players* na arena política os custos de transação⁶⁷ para aprovação de políticas públicas se exacerbam, sendo a lógica vetorizada pelo *status quo*.⁶⁸

Com a ampliação do acesso à justiça constitucional, os partidos políticos menores e de oposição ganharam uma ferramenta bastante útil na negociação estratégica inerente ao jogo político sequencial: a judicialização da questão. Como a Constituição exige dos partidos políticos tão só a representação no Congresso Nacional para os legitimar ativamente às ações de controle concentrado

⁶⁵ Essa lista é inspirada pelas observações feitas em: TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 73.

⁶⁶ Em rica e interessante defesa da maior abertura da Corte, mercê de uma ampliação do acesso ao Tribunal Constitucional (na terminologia do autor, “latitude de acesso”), a fim de robustecer a sua legitimidade democrática, confira-se: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 511-513.

⁶⁷ Para uma análise aprofundada deste tema à luz da teoria dos custos de transação políticos, veja-se: EPSTEIN, David; e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 34-51; e HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. *Deliberate Discretion? The institutional foundations of bureaucratic autonomy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

⁶⁸ TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 75-76.

(inciso VIII do art. 103 da CRFB)⁶⁹, mesmo os pequenos partidos, com baixa representatividade congressual, conseguem acesso à justiça constitucional, cujas decisões, se favoráveis a estes *players*, são definitivas e fazem prevalecer o interesse de uma minoria parlamentar.

Assim, a revisão judicial pela Corte Constitucional, tendo em mente a arena política, aumenta significativamente o poder de barganha de atores políticos, principalmente partidos menores e de oposição. Pois estes podem negociar determinadas pautas com as maiorias parlamentares oferecendo, como parte da barganha, a contrapartida de não judicializar a questão. O poder de barganha propiciado pela ampliação da latitude de acesso à justiça constitucional também capacita o STF. Isso porque frente ao potencial de rever judicialmente decisões políticas tomadas por outros Poderes, a Corte pode barganhar determinados pontos em projetos de lei, emendas à Constituição ou, até mesmo, na implementação de determinadas políticas.

Neste contexto jurídico-político, a ampliação do acesso ao STF e o fenômeno da judicialização da política põem à tona uma nova dinâmica na arena política: as ações de controle concentrado de constitucionalidade — e, por conseguinte, a justiça constitucional — são importantíssimos *veto points* no jogo político, sendo aproveitadas pelos *veto players* tanto para derrubar uma política aprovada pelo parlamento, quanto para barganhar mais espaço ou atenção no processo político-deliberativo.

Aqui, há destaque especial para a ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Isso, por algumas razões: a uma, tem-se que ADI possui inegáveis impactos na esfera política em razão de seus efeitos *erga omnes* e de sua eficácia vinculante; a duas, a ADI é, sem sombra de dúvida, a ação de controle concentrado de constitucionalidade mais utilizada na prática, o que, por si só, explicaria a sua relevância no contexto político. De fato, a ADI entrega aos seus legitimados um privilegiado *veto point*, aumentando o poder de barganha de diversos atores que teriam pouca força no processo político-deliberativo se não fosse essa legitimação para suscitar a revisão judicial da decisão política pela ação direta.⁷⁰

Neste sinuoso jogo sequencial, como visto, a justiça constitucional brasileira cria e capacita diversos *veto players*, com diferentes poderes. Aqui, aproximamo-nos de um ponto essencial ao trabalho, qual seja, a diferenciação dos *players* pelos interesses predominantes em suas ações estratégicas na justiça constitucional: interesses político-partidários *versus* interesses corporativo-

⁶⁹ O STF se divide quanto à exigência de pertinência temática. No sentido da não exigência, há: STF. ADI n. 1.407-MC. rel. min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 07.03.1996, *DJ* de 24.11.2000. Verificando a existência de pertinência temática, confira: STF. ADI n. 3.059-MC. rel. min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2004, *DJ* de 20.08.2004. Majoritariamente, tem-se compreendido que não há exigência de pertinência temática à legitimação ativa dos partidos políticos nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (veja-se, por todos: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 120).

⁷⁰ Nesse sentido, confira-se: TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 87.

institucionais. Tomemos, pois, o caso da OAB, que teria um poder de barganha relativamente baixo no processo legislativo, sobretudo se comparada a outros *players* (v.g., congressistas, presidente da República etc.). No entanto, ao ganhar legitimação para a ADI na Constituição de 1988, a OAB — no cenário político atual — ostenta posição privilegiada, o que lhe confere poder de barganha diferenciado no processo político, na medida em que pode atuar mais influentemente na defesa de seus interesses corporativos.

Não à toa, segundo relata Matthew Taylor⁷¹, a OAB é a corporação representativa de classe que mais propôs ADIs no STF, somando cerca de 46% das ações diretas propostas por entidades de classe na Corte; e 5% do total de ações diretas propostas por todos os legitimados. Não bastasse isso, a posição privilegiada da OAB neste jogo político evidencia outro dado relevante: segundo pesquisa empírica relatada por Daniel Brinks, quando se trata de ação proposta pela OAB, a probabilidade de sucesso é, estatisticamente, 60% maior do que as ações propostas por outros atores.⁷² Desse modo, seja pelo *design* constitucional, seja pelo alto índice de sucesso nas ADIs propostas, o acesso privilegiado da OAB à Corte Constitucional, otimiza o poder de barganha dessa instituição na arena política.

Por outro lado, os partidos políticos, diferentemente da OAB, não guiam suas ações necessariamente por interesses corporativo-institucionais ou eminentemente jurídicos, senão por pautas populistas, ideológicas ou de política ordinária. Essa ação estratégica acaba por refletir também no modo como o STF aprecia e julga as demandas destes partidos, traduzindo um êxito substancialmente menor do que, por exemplo, o êxito da OAB nas demandas constitucionais que propõe.⁷³

Não raras vezes, ao ajuizar ADI, os partidos políticos não fitam, a rigor, defender uma tese constitucional. Buscam, sim, obter vantagens em uma posição estratégica ou em um interesse circunstancial. Por isso, é comum que, no andar da ADI, os partidos políticos comecem a defender a tese oposta a anteriormente defendida, justamente porque passaram a se beneficiar da situação inicialmente contestada, denotando uma estratégia oportunista que é vista com maus olhos no *judicial review*. Há exemplos desse tipo de ação na justiça constitucional brasileira. Cite-se, por todos, a discussão a respeito da execução da pena privativa de liberdade a partir de decisão de segunda instância. Neste caso, o Partido Ecológico Nacional (PEN) propôs a ADC n. 43 pleiteando a declaração da inconstitucionalidade do art. 637 do Código de Processo Penal (CPP), que possibilitava a prisão após

⁷¹ *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 86.

⁷² BRINKS, Daniel M. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153, esp. p. 145.

⁷³ BRINKS, Daniel M. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153, esp. p. 145.

condenação em segunda instância; e a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado. O principal argumento pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena é a alegação de que ela violaria o princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CRFB). Como relator do caso no STF, foi designado o ministro Marco Aurélio Mello, sendo ele, conhecidamente, favorável à tese da inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Contudo, a discussão quanto à (in)constitucionalidade da execução provisória da pena corria em paralelo com as condenações na Operação Lava Jato, a incluir quais afetaram o então ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Nesse cenário, uma decisão deferindo a medida cautelar na ADC n. 43 beneficiaria Lula, eis que este se encontrava preso por decisão condenatória de segunda instância. Ocorre que o eleitorado do PEN era amplamente favorável à prisão do ex-presidente. Por isso, em nítida ação estratégica, de viés político, o PEN solicitou a retirada do pedido de medida cautelar na ADC n. 43.⁷⁴ O ministro Marco Aurélio Mello, na oportunidade, acolheu o pedido de desistência formulado e retirou de pauta a análise da medida cautelar.⁷⁵ Tempo depois, no dia 7 de novembro de 2019, no julgamento das ADCs n. 43, n. 44 e n. 54, por maioria apertadíssima, o plenário do STF firmou a tese de que só é possível a execução de pena após o trânsito em julgado, afastando, assim, a possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância.⁷⁶ Em razão deste entendimento do STF, Lula foi colocado em liberdade no dia seguinte, ou seja, no dia 8 de novembro de 2019.

A experiência constitucional brasileira tem demonstrado, portanto, que, no caso dos partidos, a atuação estratégica perante a Corte Constitucional ocorre com diversos desígnios: reverter uma derrota política; marcar posição perante o eleitorado; obter repercussão midiática de sua atuação etc. Essas múltiplas finalidades por detrás do acionamento do STF por partidos políticos podem, de certa forma, transpor à Corte uma atuação eleitoreira ou populista, prejudicando o êxito nas ações. Por outro lado, a OAB, geralmente, vai ao STF com o principal objetivo de resguardar suas prerrogativas e obter benefícios para a categoria que representa, o que acaba sinalizando para o STF uma postura

⁷⁴ ESTADÃO CONTEÚDO. *PEN tenta retirar liminar que poderá livrar Lula*. São Paulo: Jornal Estado de São Paulo, 09.04.2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/sn8lAwu>>. Acesso em: 20.06.2021.

⁷⁵ STF. ADC n. 43-MC. Relator ministro Marco Aurélio Mello. Decisão monocrática. Julgado em 25.04.2018.

⁷⁶ Para o STF, é proibida a chamada “execução provisória da pena”. Com isso, quer-se dizer que, se não houve ainda trânsito em julgado, não se pode determinar que o réu inicie o cumprimento provisório da pena. Não importa que os recursos pendentes possuam efeito meramente devolutivo (sem efeito suspensivo). Não existe cumprimento provisório da pena no Brasil porque ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado (art. 5º, LVII, da CRFB). O art. 283 do CPP, que exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie o cumprimento da pena, é constitucional, sendo compatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CRFB. (STF. ADC n. 43, n. 44 e n. 54. Relator ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgados em 07.11.2019).

mais institucional, no sentido de uma atuação voltada à garantia das instituições e das prerrogativas de seus próprios associados, em regra, sem uma parente ou oculta vontade eleitoreira ou populista.⁷⁷

De tal modo, pode-se supor, por evidências indiretas e mediatas, que a própria postura estratégica de cada *player*, vale dizer, a maneira como recorrem ao *veto point*, também interfere na análise e no comportamento do STF, como se, por um pré-conceito, a Corte já qualificasse a atuação de um ator como mais eleitoreira e de outro como provavelmente institucional. A qualificação dessas ações, de um ou outro modo, como se nota, interfere no êxito que cada *player* tem junto à justiça constitucional.

Assim, há de se considerar que os atores políticos se diferenciam quanto aos interesses (ocultos) quando ajuízam uma ADI e quanto a frequência de utilização destas ações. Por exemplo, os partidos políticos são os legitimados que mais propõem ADIs. Porém, são eles também os legitimados com menor índice de sucesso. Em termos comparativos, a OAB é bem mais discreta no ajuizamento de ADIs. Contudo, a Ordem ostenta índice de sucesso muito maior do que o titularizado pelos partidos políticos.⁷⁸ Com isso, chega-se a um importante indicador: o sucesso na justiça constitucional se encontra muito mais relacionado aos interesses defendidos pelos *players* do que à frequência de ação no *veto point*, sendo certo que os legitimados que aparentam defender interesses corporativo-institucionais possuem maior poder de influência do que os legitimados que atuam por meio de pautas ideológicas, populistas ou de política ordinária.

5 A ANAPE COMO *PLAYER* INSTITUCIONAL PRIVILEGIADO

Nas linhas anteriores ficou clara a importância de certos atores dentro da dinâmica sequencial da Suprema Corte brasileira. Viu-se, por exemplo, que atores se utilizam da condição de *veto point* e *veto player* do STF para agenciar as suas próprias jogadas estratégicas. Ademais, constatou-se, por intermédio de análises empíricas retiradas de outros trabalhos, que o STF, enquanto *player* e *point* de vetos, tem-se mostrado mais permissivo aos interesses de *players* que denotem certa institucionalidade em seus pleitos, como é o caso da OAB; lado outro, a mesma Corte atua de forma mais ressabiada quando na arena se postam *players* que, pela postura no jogo sequencial, aparentam fazer uso da

⁷⁷ BRINKS, Daniel M. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153, esp. p. 145.

⁷⁸ TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 89.

justiça constitucional para fins meramente oportunistas, de viés político-partidário e interesse ideológico próprio.

Pois bem. A ANAPE, assim como a OAB, é entidade de classe com legitimidade ativa para a garantia dos direitos e interesses dos advogados públicos em solo brasileiro, podendo, para tanto, valer-se inclusive das poderosas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Também como a OAB, a ANAPE se comporta como *player* no jogo sequencial da justiça constitucional brasileira, muitas vezes exercendo poder de veto sobre políticas públicas ou assuntos que interfiram nos direitos e prerrogativas dos advogados públicos brasileiros. Por isso, as conclusões sintetizadas no parágrafo acima são relevantes para este trabalho.

Nessa esteira, a ANAPE, assim como a OAB, teria um poder de barganha relativamente baixo no processo legislativo, sobretudo se comparada a outros *players* (v.g., congressistas, presidente da República etc.). E, aqui, um ponto há de se fazer claro: longe de infirmar a decisiva contribuição da associação na tramitação de propostas legislativas afetas à advocacia pública nacional, o que se almeja dizer é que, diferentemente dos agentes políticos, a ANAPE não tem poder de controle da agenda, tampouco de decisão, sobrando a ela o poder de influência nas demandas legislativas, que decorre diretamente de sua envergadura corporativo-institucional.

Já no âmbito do Poder Judiciário, com a Constituição de 1988 e a inclusão das entidades de classe de âmbito nacional no rol de legitimados ativos para as ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VIII, da CRFB), bem como com a abertura da justiça constitucional à participação coletiva mediante audiências públicas, *amici curiae* etc., a ANAPE viu seu poder de barganha amplamente alargado naquela arena. O fato é alvissareiro e digno de comemoração. Traçando um paralelo com OAB, que, segundo Daniel Brinks, ostenta um índice de sucesso na justiça constitucional pátria substancialmente maior do que outros legitimados, justamente por defender pautas corporativo-institucionais,⁷⁹ a ANAPE, ao adotar o mesmo estilo de enfrentamento das questões constitucionais, qual seja, o corporativo-institucional, tem meios de fazer repetir a mesma dinâmica de sucesso da OAB. Desse modo, seja pelo *design* constitucional, seja pelo alto índice de sucesso nas ADIs propostas, o acesso privilegiado da OAB e também da ANAPE à Corte Constitucional, otimiza o poder de barganha dessas instituições na arena política e judicial.

Há ótimos exemplos da atuação da ANAPE em defesa dos direitos e prerrogativas de seus associados, cujo teor deixa claro o quão relevante é o fortalecimento deste *player* corporativo-institucional no âmbito da justiça constitucional. Os exemplos deixam claro que, ao lado do trabalho

⁷⁹ BRINKS, Daniel M. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 145.

sério, competente e comprometido de seus membros, a ANAPE também gozou de um poder de barganha privilegiado na arena política e judicial, fruto de seu reconhecimento enquanto entidade vocacionada à defesa de interesses institucionais, e não meramente ideológicos e partidários.

A ilustrar, no bojo da ADI 7.042, proposta pela ANAPE, o Ministro ALEXANDRE DE MORAES deferiu parcialmente cautelar requerida pela Associação, suspendendo a eficácia do art. 17, §20 da Lei Federal nº 8.429/92, incluído pela Lei Federal nº 14.230/21, bem como deu interpretação conforme a Constituição ao mesmo art. 17, *caput* e §§6º-A, 10-C e 14, restabelecendo o reconhecimento da legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura de ação por ato de improbidade administrativa. Posteriormente, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pela ANAPE, confirmando a liminar anteriormente deferida e reconhecendo a inconstitucionalidade parcial dos dispositivos impugnados. Essa importante atuação da ANAPE na justiça constitucional garantiu a importante prerrogativa dos Estados e Distrito Federal, por meio de seus advogados públicos, atuarem na condição de legitimados ativos nas ações de improbidade.

Também é digna de nota a atuação incessante da ANAPE no resguardo do princípio da unicidade de representação, trazido pelo art. 132 da Constituição Federal. A título de exemplo, foi proposta a ADI 6.500 em face do art. 88 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte e outras normas, que determinavam a criação e estruturação da Assessoria Jurídica Estadual, vinculada à Procuradoria-Geral do Estado. A partir da argumentação da ANAPE, o Tribunal declarou, por unanimidade, inconstitucional o dispositivo impugnado, restaurando o *status* dos membros da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte como únicos detentores da competência de realizar a representação judicial e exercer as atribuições de consultoria jurídica do ente.

Ainda na defesa dos direitos e prerrogativas dos associados, a relevância institucional da ANAPE também se manifestou quando do julgamento das ADIs 6197, 6181, 6178, 6165 e 6053, que afastou qualquer questionamento acerca do direito de percepção de honorários sucumbenciais por advogados públicos. No ponto, cumpre ressaltar que a atividade desempenhada pela ANAPE foi capaz de extrapolar o universo de seus associados, alcançando, para além dos Procuradores do Estado, integrantes das carreiras de advocacia pública da União e dos Municípios.

O resultado alcançado pela ANAPE nas ações propostas junto ao STF demonstra de maneira clara o peso institucional da Associação na arena da justiça constitucional brasileira, bem como sua vocação para a defesa das prerrogativas de seus associados e, por consequência, a defesa do interesse público. Compreendemos que, junto à competência e seriedade do trabalho desenvolvido pela Associação, há um forte indicador de que o sucesso da ANAPE na justiça constitucional também decorre de sua postura perante o STF: o zelo institucional e corporativo dá importantes sinais à Corte, que

aumentam a chance de êxito da ANAPE no jogo sequencial instaurado dentro da justiça constitucional. Essas considerações dão notas da autoridade da ANAPE para a promoção dos direitos ligados à advocacia pública e suas prerrogativas e, conseqüentemente, para a própria democracia. Outrossim, sinalizam um alvissareiro cenário de possibilidades para a atuação da Associação em benefício dos advogados públicos, o que, peremptoriamente, traz benefícios à sociedade em geral.

6 CONCLUSÃO

A atuação da ANAPE, enquanto *player* na arena da justiça constitucional, reveste-se de inegável importância. Essa conclusão, segundo pensamos, fica clara pelas observações tracejadas no curso deste trabalho. Assim como a OAB, a ANAPE, por se portar essencialmente pela defesa dos direitos e prerrogativas institucionais de sua classe, afasta-se de ações populistas ou partidárias. Isso, segundo evidências empíricas, aumenta o poder de barganha da Associação e, conseqüentemente, a sua taxa de êxito na justiça constitucional. Os exemplos de atuação da ANAPE trazidos no texto confirmam essa percepção. Como dito, há um intenso indicador de que o zelo institucional e corporativo dá importantes sinais à Corte, que aumentam a chance de êxito da ANAPE na justiça constitucional. Estrategicamente, a ANAPE se posta na arena da justiça constitucional como um relevante e respeitado *player*, sinalizando também um auspicioso quadro de possibilidades para a atuação da Associação em benefício dos advogados públicos, o que, peremptoriamente, traz benefícios à sociedade e à democracia. São essas as conclusões que se retiram do estudo ora realizado, sendo certo que o diagnóstico também aponta para um norte de atuação a ser explorada, enquanto marco regulativo e propulsor dos interesses públicos tutelados pela advocacia pública nacional e por sua maior associação, a ANAPE.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANCHES, Sérgio. *O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1966. t. II.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Tecnos, 1987.
- BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Adninistración pública?*. Buenos Aires: Zavalia, 1951.
- BOSCH, Jorge Tristán. *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BRINKS, Daniel M. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático português. *Revista do Ministério Público*, ano 9, n.º 33-34, jan.-jun., 1988.
- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- COUTO, Cláudio Gonçalves. Presidencialismo de coalizão. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário de políticas públicas*. São Paulo: Ed. UNESP, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

EPSTEIN, David; e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*. New York: Cambridge University Press, 1999.

ESKIDGE JR., William N. Overriding Supreme Court Statutory Decisions. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331-472, 1991-1992.

ESTADÃO CONTEÚDO. *PEN tenta retirar liminar que poderá livrar Lula*. São Paulo: Jornal Estado de São Paulo, 09.04.2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/sn8lAwu>>. Acesso em: 20.06.2021.

FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche, parte prima (Il concetto del diritto)*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*. New York: G. P. Knickerbocker Press, 1905.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 248

HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. *Deliberate Discretion? The institutional foundations of bureaucratic autonomy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

IMMERGUT, Ellen M. Institutions, Veto Points, and Policy Results: a comparative analysis of health care. *Journal of Public Policy*, vol. 10, n. 4, oct.-dec., 1990.

KAGAN, Robert. American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

KUHN, Harold W. (Org.). *Classics in Game Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. Paris: Giard, 1921.

LEAL, Fernando. Apresentação. In: LEAL, Fernando (coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Book II, London: C. Baldwin Printer, Harvard University Press. [s/d].

MACPHERSON, C. B. *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

MADISON, James. *The federalist n° 51*. Wesleyan University Press, [s/d].

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: Free Press, 1989.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008.

MILIBAND, R. *Lo stato nella società capitalistica*. Roma: Laterza, 1970.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. trad. Jean Melvill e, São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. RUBINSTEIN, Ariel; e KUHN, Harold W. (org.). Princeton: Princeton University Press, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Inspeção judicial: uma análise propositiva acerca da autorreferência judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda; e DIDIER JR., Fredie (org.). *Doutrinas essenciais. Novo Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, v. IV.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. In: MEDRADO, Vitor Amaral; SENA, Lucas Rodrigues. *A justiça sub judice: reflexões interdisciplinares*. São Paulo: Dialética, 2022.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 23, n. 265, p. 97-106, mar. 2023.
- PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.
- POSNER, Eric. *Law and social norms*. Cambridge: Harvard Press, 2000; e WATSON, Joel. *Strategy – An introduction to Game Theory*. New York: W. W. Norton & Company, 2002.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROBERTSON, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- SCHWARZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SHAPIRO, Ian. *Politics against Domination*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.
- SHAPIRO, Martin. The success of judicial review. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (ed.). *Constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: St. Martin Press, 1999.
- SHAPIRO, Michael J. Judicialization of Politics in United States. *International Political Science Review*, v. 15, n. 2, p. 101-112, apr. 1994.
- TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014.

TEIXEIRA, Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1977. v. II.

VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de los poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2007.



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO