

**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**

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 subseqüentes 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 Estudios 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 tônus 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: Zavallia, 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.