

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O MORALISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**GABRIEL GUIMARÃES BATISTA**

**Rio de Janeiro  
2021**

**GABRIEL GUIMARÃES BATISTA**

**O MORALISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Carlos Bolonha**

**Rio de Janeiro  
2021**

### CIP - Catalogação na Publicação

GS237m      Guimarães Batista, Gabriel  
                  O Moralismo e a Judicialização das Políticas  
                  Públicas / Gabriel Guimarães Batista. -- Rio de  
                  Janeiro, 2021.  
                  69 f.

                  Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves  
                  Bolonha.

                  Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
                  Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
                  Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

                  1. Direito. 2. Direito Público. 3. Poder  
                  Judiciário. 4. Políticas Públicas. 5. Moralismo. I.  
                  Alberto Pereira das Neves Bolonha, Carlos, orient.  
                  II. Título.

**GABRIEL GUIMARÃES BATISTA**

**O MORALISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Carlos Bolonha**

Data da Aprovação:.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Bolonha  
Orientador

---

Prof. Dr. Luigi Bonizzato (UFRJ)  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2021**

*Por sentimento social, nesse contexto, deve-se entender o sentimento que a sociedade, através dos constituintes, plasmou na Constituição. Em outras palavras, o sentimento social ou o sentimento da sociedade que deve ser o norte das decisões da Suprema Corte é o sentimento da Constituição.*

*Teori Zavascki*

## **AGRADECIMENTOS**

Em princípio agradeço a Deus, por ter me dado o sopro da vida, bem como me guiado em todos os bons e maus momentos da vida. Sem suas mãos a caminhada seria impossível.

Agradeço aos meus pais, Eder e Rosane. Ao meu pai, agradeço por me ensinar o valor do conhecimento, do estudo e da reflexão crítica e autonôma, sem nossos debates a UFRJ jamais entraria na minha vida. À minha mãe, agradeço por me ensinar o valor da disciplina, da organização, do foco e por me ensinar a vida coletiva e solidária. Aos meus tios, Ricardo e Telma, agradeço pelo estímulo à curiosidade, pelas lições morais e por toda apoio em minhas lutas. Agradeço aos meus avós, Alderiva, João, Leonora e Reginaldo, por terem batalhado por uma vida inteira para permitir que seus descendentes pudessem sonhar. Aos meus irmãos e irmãs, em especial Laiz Guimarães, agradeço pelo companheirismo e pelos ensinamentos da vida. Ao meu primo Lenigher, agradeço pela coragem para realizar meus sonhos. À toda minha família agradeço pelo apoio incondicional e pelo acolhimento.

Agradeço ao meu orientador, Carlos Bolonha, que desde o meu primeiro período, esteve comigo nesta longa e feliz jornada. Nestes quase seis anos de faculdade, ampliados pela infeliz pandemia, tive a honrosa oportunidade de aprender com suas aulas, conselhos e lições. Em especial nos últimos quatro anos aprendi a admirar um professor, que além de iluminar a excelência acadêmica, sempre busca ajudar às alunas e alunos da FND.

Agradeço à todas as professoras e professores que me estimularam a paixão pela educação, pela universidade e pela docência. Agradeço em especial à Carolina Pizoeiro, Denise Pires de Carvalho, Fábio de Oliveira, Flávio Martins, Luigi Bonizzato, Luiz Cláudio Gomes, Ilana Aló, Marilson Santana, Renato José de Moraes e Vanessa Berner.

Agradeço às técnicas e técnicos administrativos pelo trabalho incansável em prol da FND e da UFRJ e por me ensinarem o valor do serviço público. Nomeadamente agradeço à Deligia Rodrigues, Fátima Madruga, Maria Luiza Delgado, Priscila Loureiro, Waldelice Souza e Walmir Jacaré. Em especial agradeço à Jorge Gomes, Rose Imamura e Simone Solidonio pelo apoio pessoal diário e pelo empenho em ajudar o corpo discente da FND.

Agradeço às servidoras e servidores terceirizados, na pessoa de Barbara Cristina, pela amizade, pela dedicação em zelar pela FND e por garantir diariamente um espaço seguro, agradável e limpo para todas e todos que frequentem nosso amado prédio

Agradeço aos amigos, Luis Fernando Vieira e Antônio Caubi, pelo companheirismo de todos os dias. Agradeço ao grande amigo, Eduardo Souza, nosso Dudu da Xerox, pelas tardes compartilhadas, pelas risadas e acima de tudo por toda a ajuda nestes anos.

Agradeço às amigas e amigos, Daniel Pontes, Felipe Beum, Fernando Souza, Gabriel Borges, Gabriel Mattos, Gabriel Melo, Geovana Kelly, Guilherme Borges, João Abdo, João Marcos Baggio, Julia Garcia, Juliana Farias Sanches, Laryssa Brum, Lucas Teixeira, Luiza Azevedo, Marco Túlio Couto, Marina de Andrade, Matheus Barcelos e Renan Sangalli, por serem os melhores companheiros das minhas tempestades pessoais.

Agradeço aos amigos e mestres, Igor Alves Pinto, Natália Trindade e Rafael Acioli, por me ensinarem a importância e o valor da política. Agradeço especialmente à Luciana Silveira Ardente, uma das pessoas mais genias, dedicadas e companheiras que tive o prazer de conhecer.

Agradeço também à Alexia Kelly, Amanda Bastos, Ana Carolina Barros, Bernardo Burlamaqui, Bruna Magalhães, Carol Mattos, Isabela Coimbra, Isis Larissa, Magu Soeiro, Maria Eduarda Sá, Mateus Maverick, Micaela Freitas, Paula Pessoa, Roque Militim e a todos os amigos do Olimpo, da Tabacana, da Varanda, do Vozes Pelo Direito, da UFRJ e da UJS.

Agradeço ao, centenário e glorioso, Centro Acadêmico Cândido de Oliveira, à Faculdade Nacional de Direito, à Universidade Federal do Rio de Janeiro, ao Vozes Pelo Direito, instituições que me ajudaram a ser um ser humano melhor, justo e politicamente consciente.

Por fim dedico este trabalho à minha avó, Alderiva Silva, que não pode ver o fim do sonho do ensino superior, mas sempre esteve ao meu lado nas angústias e alegrias de minha vida, seu amor incondicional me ensinou a viver um dia de cada vez. Dedico também ao meu avô João Batista, que não tive a oportunidade de conhecer, mas me inspirou a buscar o crescimento pessoal e intelectual. E dedico ai final ao querido Seu Jorge, que partiu mais cedo, mas foi conselheiro, amigo e guardião de todas e todos dignos de conhecê-lo na FND.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo promover a reflexão crítica do fenômeno de judicialização de políticas públicas a partir do debate acerca dos limites da discricionariedade judicial. Com esta finalidade foi desenvolvida uma pesquisa teórica e casuística acerca do tema. Inicialmente é apresentada uma contextualização histórica do surgimento do fenômeno em análise, atrelado a necessidades materiais da população e as promessas do texto constitucional. Analisa-se também a elevação do Poder Judiciário à condição de protagonista na dinâmica da política nacional. Em seguida são apresentados os conceitos que delimitam o debate sobre os limites entre Direito e Moral, destacando-se o moralismo e o metapositivismo, além de sua presença na atuação judicial. Após são analisados os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial e sua correlação com o moralismo. Analisa-se também a problemática da legitimidade na judicialização de políticas públicas atrelado a fundamentações essencialmente principiológicas. Por fim é examinada a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em sede de controle judicial de políticas públicas, apontando suas contradições, bem como a presença de fundamentações essencialmente moralistas em casos meramente exemplificativos. Concluindo-se que a moralidade é determinante nas decisões judiciais em matéria de políticas públicas.

**Palavras-Chaves:** Poder Judiciário; Moralismo; Políticas Públicas; Discricionariedade Judicial; Direito Constitucional.



## **ABSTRACT**

This final paper, in monograph format, aims to promote a critical reflection on the phenomenon of judicialization of public policies based on the debate on the limits of judicial discretion. For this purpose, theoretical research and case study were developed. Initially, a historical contextualization of the advent of the phenomenon under analysis is raised, linked to the social needs of the population and the promises of the constitutional text. It also analyzes the elevation of the Judiciary Branch to the condition of protagonist in the dynamics of national politics. Next, the concepts that delimit the debate on the limits between Law and Morals are presented, highlighting moralism and “metapositivism”, in addition to their presence in judicial performance. Afterwards, the phenomena of judicialization of politics and judicial activism and their correlation with moralism are analyzed. Then analyzes the problematic of legitimacy in the judicialization of public policies linked to essentially principled foundations. Finally, the case law construction of the Brazilian Supreme Court in terms of judicial review of public policies is examined, pointing out its contradictions, as well as the presence of essentially moral reasons. Concluding for understanding that morality is decisive in judicial review of public policy.

**Keywords:** Judiciary Branch; Moralism; Public Policy; Judicial Discretion; Constitutional Law

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 – AS TRANSFORMAÇÕES NO PAPEL DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NA ESTRUTURA JUDICIAL .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 – O projeto transformador do Estado Democrático de Direito: Entre a escassez e a     efetividade dos direitos e garantias fundamentais. ....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 – O Poder Judiciário como protagonista no Estado Democrático de Direito sob o     contexto de um Direito Constitucionalizado .....</b>	<b>24</b>
<b>CAPÍTULO 2 – O MORALISMO COMO VÍCIO DE UM JUDICIÁRIO CADA VEZ MAIS PROTAGANISTA NA VIDA POLÍTICA.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 – A Caixa de Pandora do Moralismo: O Metapositivismo no Judiciário brasileiro..</b>	<b>27</b>
<b>2.2 - A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial como instrumentos do moralismo     na atuação judicial .....</b>	<b>35</b>
<b>2.3 - A problemática da legitimidade no controle judicial de políticas públicas e o uso de     argumentação principiológica. ....</b>	<b>43</b>
<b>CAPÍTULO 3 – AS CONTRADIÇÕES NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>50</b>
<b>3.1 – O ovo da serpente do moralismo no controle judicial de políticas públicas: A     fundamentação da ADPF nº45.....</b>	<b>50</b>
<b>3.2 – A controvérsia jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na judicialização de     políticas públicas prisionais .....</b>	<b>54</b>
<b>3.3 – A Emenda Constitucional nº 95/2016, vitória do princípio da escassez? A     contradição na fundamentação do Mandado de Segurança nº 34.507/DF.....</b>	<b>58</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a se definir como um Estado Democrático de Direito, prometendo um projeto transformador da realidade social de um país historicamente marcado por desigualdades das mais diversas possíveis. A Constituição Cidadã não só apresenta um projeto de nação em linhas gerais, como assegura meios para que os direitos dele advindos sejam promovidos pela via da atuação jurisdicional. Para tanto, assegura ao Poder Judiciário, historicamente coadjuvante das disputas políticas nacionais, meios para interferir diretamente nos atos dos demais poderes, anulando seus atos, corrigindo-os e indicando os atos a serem praticados. A isto atribui-se o nome de judicialização de políticas públicas.

Esse fenômeno ocupa espaço privilegiado no campo da pesquisa acadêmica em direito e tem sido objeto de diversos trabalhos, que analisam suas mais diferentes perspectivas, confirmando-se como umas das temáticas centrais das discussões jurídicas contemporâneas. Igualmente destacado no debate jurídico é o tema dos limites da discricionariedade judicial inserido num cenário de crescente ativismo judicial e judicialização da política.

A Constituição de 1988, além de prover instrumentos para que o Poder Judiciário garantisse os direitos nela esculpidos, concedeu a juízes e tribunais a função de analisar pelas mais diversas formas a constitucionalidade de atos normativos, podendo anulá-los quando incompatíveis com o texto constitucional, sendo inclusive capazes de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O resultado natural foi a judicialização crescente das disputas dentro da seara política.

*Pari passu* o fenômeno da redemocratização promovido pela Constituição de 1988 somado a governos comprometidos com o fortalecimento e emancipação das instituições democráticas no Brasil, o Poder Judiciário foi levado a um nível de autonomia sem paralelo na história nacional. O crescimento desse protagonismo judicial na vida pública brasileira tem permitido que cada vez sejam usados argumentos de cunho principiológico, muitas vezes ligados a uma moralidade abstrata, não facilmente identificada com os ditames constitucionais.

Diante disso, esse trabalho objetiva conjugar essas duas grandes temáticas, analisando a judicialização de políticas públicas sob a ótica do debate acerca dos limites da discricionariedade judicial. Sustenta-se como hipótese central que o primeiro fenômeno tem cada vez mais se validado no uso amplo de uma fundamentação essencialmente principiológica, sujeita a oscilações morais do magistrado responsável por tomar a decisão.

No primeiro capítulo, dividido em duas partes, será feita uma contextualização histórica da judicialização de políticas públicas, através da evolução da natureza e do papel do Estado nos últimos séculos, com um recorte especial para a realidade brasileira, compreendendo o fenômeno como resultado de um processo amplo de transformações da realidade material do país e das promessas políticas e jurídicas realizadas ao longo da história. Neste primeiro capítulo também serão brevemente apresentadas críticas comuns a dois fenômenos correlatos, quais sejam a judicialização da política e o ativismo judicial.

No que tange ao segundo capítulo, dividido em três partes, será trabalhado o debate sobre as fronteiras entre direito e moral, delimitando o conceito de moralismo entendendo-o como elemento crescente nas decisões judiciais e apresentando também o conceito do metapositivismo. Será também analisado criticamente neste capítulo a judicialização da política, no que tange ao seu crescimento e a sua fundamentação, que são cada vez mais pautados numa moralidade abstrata. O segundo capítulo também abordará a problemática da legitimidade nas decisões em matéria de políticas públicas, de modo a compreender como que se busca legitimar tais decisões.

Ao fim no terceiro capítulo serão analisadas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal em matéria de políticas públicas, a título exemplificativo, que denotam o uso de argumentação tida como moralista, de modo a concluir que a perceptível dificuldade de desenhar os limites da discricionariedade judicial é um problema que perpassa todas as áreas do direito. E assim como nas demais áreas, a atuação judicial deve ser problematizada não só quanto aos seus resultados, mas também quanto aos motivos e fundamentos que levam o Poder Judiciário a tomar determinadas decisões. Concebe-se, assim, que, através de uma análise crítica dos fenômenos jurídicos, pode-se não só os aperfeiçoar como também promover o desenvolvimento democrático das instituições.

## CAPÍTULO 1 – AS TRANSFORMAÇÕES NO PAPEL DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NA ESTRUTURA JUDICIAL

### **1.1 – O projeto transformador do Estado Democrático de Direito: Entre a escassez e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.**

O Estado tem sido motor de profundos debates no âmbito das ciências sociais, ocupando imenso protagonismo em todas as diferentes áreas das ciências humanas. No campo da filosofia política, por exemplo, discute-se a justificação do Estado e sua ordem política e social, decorre deste debate o conceito de contratualismo, tal como descrito em Thomas Hobbes<sup>1</sup>, John Locke<sup>2</sup>, Jean Jacques Rousseau<sup>3</sup>, Immanuel Kant<sup>4</sup> e mais recentemente em John Rawls<sup>5</sup>.

No campo das ciências sociais aplicadas, em especial da economia e do direito, discute-se as finalidades do Estado e os instrumentos para a concretização desses objetivos. O direito, valendo-se de conceitos e categorias produzidos a partir da ciência política e em diálogo com outras áreas das ciências humanas, busca descrever e analisar os processos históricos da transformação do Estado e do seu papel na vida social e econômica, entendendo que a atual ordem político-jurídica decorre de uma série de eventos que não só a explicam como também ajudam a construir soluções para os dilemas atuais.

Cumprir mencionar que, por definição, o Estado é forma político-jurídica própria da modernidade e da superação da sociedade baseada no feudalismo<sup>6</sup>. Em sua primeira forma, o Estado surge através do fenômeno absolutista, com a unificação da moeda, a delimitação de fronteiras e a criação de exércitos nacionais leais à figura do soberano, além, é claro, da concentração de poderes na figura do monarca.

O Estado absolutista atende a necessidades próprias de uma burguesia nascente nos fins do medievo. O capitalismo incipiente urgia a criação de normas impessoais e gerais que

---

<sup>1</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>2</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

<sup>3</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução de Antônio P. Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

<sup>5</sup> RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. (trad. João Sedas Nunes) Lisboa: Editorial Presença, 2001.

<sup>6</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de.; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8ª Edição, rev. e atualizada. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014

produzem a segurança necessária para a produção e comercialização das riquezas do período<sup>7</sup>. Percebe-se, desde o princípio, a forte importância de fatores materiais no estabelecimento, conformação e transformação da figura jurídica do Estado.

O crescimento do poder econômico da burguesia transforma suas demandas, passando da simples necessidade da sistematização de regras que permitissem um ambiente seguro para a prática de suas atividades econômicas para a necessidade de exercer o poder político, participando diretamente do processo de criação das normas. Conforme nos diz Lenio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, a burguesia: “legitima-se como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma ‘Constituição’ – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado”.<sup>8</sup>

Surge então o chamado Estado liberal de direito, aquele que possui como característica marcante a limitação da ação estatal. Parte-se de uma compreensão filosófica do Estado como adversário do indivíduo, entendido como ator principal da vida social – é o que Ferdinand Lassalle conceituou como “guarda-noturno”<sup>9</sup>, o Estado como responsável por garantir a paz e a segurança do conjunto de indivíduos.

Diz-se de “de direito” porque a partir do século XIX estabelece-se a compreensão de que o direito serve não só para legitimação do poder estatal, mas também como instrumento da atuação estatal, classificando-a como jurídica. Submete-se, portanto, o Estado a um regime de direito, limitando quanto a forma e conteúdo a intervenção do Estado e sua relação com os indivíduos<sup>10</sup>.

Durante o século XIX, o ocidente, em especial a Europa e os EUA, passou pelas transformações da Segunda Revolução Industrial, responsável por trazer grandes inovações tecnológicas como a adoção da matriz energética de ordem petrolífera, o uso industrial e doméstico da eletricidade, a criação e explosão das ferrovias como principal meio de transporte,

---

<sup>7</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de.; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8ª Edição, rev. e atualizada. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014.

<sup>8</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de.; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8ª Edição, rev. e atualizada. Porto Alegre. Livraria do Advogado. p. 41-42. 2014.

<sup>9</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, Tradução Walter Stonner. 3 ed. Rio de Janeiro . Liber Juris, 1995.

<sup>10</sup> CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de Droit*. 2ª ed. Paris: Montchrestien. 1994.

a revolução na produção agrícola e a massificação da produção industrial e do consumo desses produtos. Contudo, esses processos históricos também levaram à explosão de desigualdades sociais, com uma imensa concentração de renda, oriunda dos monopólios próprios das novas cadeias produtivas, além disso a pobreza, em especial a urbana, produz um profundo empobrecimento da população que se submete a jornadas extenuantes e perigosas de trabalho.

Todo esse contexto somado forma o caldo para uma tremenda efervescência política que levará as massas empobrecidas a lutarem pela melhoria de sua condição material, surgindo inclusive concepções teóricas que tinham como ideário a extinção do Estado, por entendê-lo como fiador da dura realidade imposta na época. As demandas desse operariado urbano possuem o condão de influenciar os debates políticos da época, permitindo conquistas históricas como sufrágio universal masculino e a regulamentação embrionária do trabalho.

Na lição de Dalmo Dallari, o empobrecimento próprio do período somados a importantes eventos históricos como as duas grandes guerras mundiais e a crise econômica de 1929 levaram a mais uma transformação da estrutura e do papel do Estado na sociedade<sup>11</sup>. Esse processo é marcado pela intervenção estatal na seara social e econômica, o que não significa dizer que o Estado Liberal se caracteriza pela não-intervenção, mas sim por uma postura ausenteísta, que prefere a dita auto regulação do mercado, um Estado que não intervém nas relações sociais seria uma contradição em termos.

Através de programas, como o *New Deal* do presidente estadunidense Franklin Delano Roosevelt, o Estado passa a expandir os investimentos públicos atuando diretamente em empreendimentos econômicos e atuando também indiretamente regulamentando os pormenores da atividade econômica e construindo a infraestrutura básica para o desenvolvimento das atividades de acumulação, tais como construção de usinas hidrelétricas e rodovias<sup>12</sup>.

A intervenção do Estado passa a ser também de ordem social através da criação de sistemas de proteção social que visam a garantir o acesso à educação, à saúde, à alimentação, à moradia e a outros direitos sociais. Cresce também a regulamentação das relações de trabalho com medidas como a limitação de jornada de trabalho e férias remuneradas. O Estado de Bem-

---

<sup>11</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989

<sup>12</sup> SCAFF, Fernando Facury. *A Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Estar Social, classificação histórica concedida a esta atuação estatal, caracteriza-se principalmente pelo entendimento dessas garantias sociais como um direito assegurado a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político<sup>13</sup>.

A constitucionalização desses direitos surge a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, contudo a conformação desse modelo como padrão da atuação estatal ocorre nos anos 1940, no contexto da segunda guerra mundial e do mundo pós-guerra. Surge daí o Estado Social de Direito, não como superação revolucionária de sua forma predecessora, mas como uma complementação, as mudanças quanto a limitação do poder estatal e a submissão a um regime de direito permanecem, mas guiadas, conforme Manuel Garcia-Pelayo, pelo: “dever de exercer uma ação constante através da legislação e da administração que realize a ideia social do Direito”<sup>14</sup>.

Faz-se necessário produzir um recorte da história brasileira durante o período até aqui relatado. O Brasil na segunda metade do século XIX constitua-se como um país essencialmente agroexportador tendo cerca de 60%<sup>15</sup> das suas exportações concentradas no Café, produzido no Vale do Paraíba e no Oeste Paulista, utilizando largamente de mão de obra de negros escravizados. Cerca de 80%<sup>16</sup> da mão de obra do período concentrava-se em atividades do setor agrícola. Portanto as dinâmicas próprias das transformações produtivas e urbanas da Europa Ocidental e dos Estados Unidos não eram a tônica do debate político jurídico brasileiro.

Nas duas últimas décadas do século XIX o Brasil passou por uma série de transformações que levaram ao fim da monarquia e da escravidão, o período republicano inaugura uma série de transformações jurídicas no país, a Constituição de 1891<sup>17</sup> implementou, além da república, o presidencialismo e o sufrágio universal masculino e trouxe novas instituições para o arranjo institucional brasileiro, como o Supremo Tribunal Federal. Contudo, apesar inovações do campo do político-institucional o país seguiu com uma economia fortemente direcionada a

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, Verbete Estado do bem-estar. 1992.

<sup>14</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3 ed. P. 56, Madrid:Alianza. 1982.

<sup>15</sup> FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado, 2001.

<sup>16</sup> FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado, 2001.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em 27 de agosto de 2021



produção agrícola, principalmente cafeeira. A urbanização e a industrialização que caminhavam a passos largos em países como o Reino Unido, era um fenômeno profundamente menos intenso no país e geograficamente concentrado na capital federal, a época o Rio de Janeiro, e na cidade de São Paulo, assim perdurará até a chamada Revolução de 1930.

No período que vai da década de 1930 a década de 1960, o Brasil, assim como seus vizinhos latino-americanos, passou por um processo tardio, ainda que acelerado, de transformação de sua matriz econômica e do perfil demográfico da população, levando a uma intensa urbanização e industrialização que trouxe novas questões sociais para o centro do debate político. Surge nesse período, sob forte influência do presidente Getúlio Vargas, instituições como a Justiça Eleitoral e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, além de grandes empresas estatais como a Petrobrás e a Vale do Rio Doce, e uma série de inovações jurídicas, como a Consolidação das Leis do Trabalho e a constitucionalização de determinados direitos sociais. O período se caracteriza por uma fortíssima intervenção estatal, típica do Estado Social de Direito, que possibilitou um robusto crescimento econômico.

Contudo, enquanto a intervenção estatal com viés de transformação econômica se concretizava, a tão almejada proteção social, típica deste modelo estatal, não se concretizou de fato em solo brasileiro. Cabe aqui colecionar as reflexões da obra “Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro”<sup>18</sup>, de Raymundo Faoro, que através de uma análise sociológica da história brasileira, identifica o patrimonialismo-estamental como traço definidor da formação do Brasil. De forma sucinta o argumento de Faoro é que historicamente o Estado brasileiro esteve sobre o controle de um estamento, na forma de diversos atores, que aparelharam suas estruturas de modo a orienta-las para o melhor atendimento de seus interesses privados, alheios ao bem comum. Uma estrutura perene e plástica, capaz de sobreviver as diversas mudanças históricas, nas palavras de Faoro: “O Brasil era dirigido por uma classe dirigente sem conexão com uma base, uma classe dirigente que se renova dentro dela própria”<sup>19</sup>. Persistindo, portanto, as demandas materiais históricas que serviam de fundamento político a concretização do Estado Social de Direito.

---

<sup>18</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008.

<sup>19</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, p. 62. 2008.

No ano de 1964, em um contexto de guerra fria e acirramento do conflito político, inicia-se a ditadura civil-militar brasileira que aprofunda a intervenção estatal sob a ótica da indução do crescimento econômico e urbanização, mas também aprofunda a exclusão social, a despeito do alto crescimento econômico alcançado a época. O período é profundamente marcado pelo recrudescimento democrático, definido pelo avanço do autoritarismo nos mais diversos aspectos da vida política e social do país. O cerceamento de liberdades políticas e civis dá a tônica do debate público, toda e qualquer forma de oposição política, cultural ou de quais outras formas são duramente reprimidas pelo regime.

Na década de 1980, nos anos finais da ditadura civil-militar, o Brasil se encontrava em severo quadro de crise econômica e social, com um quadro de hiperinflação, a população estava empobrecida com altíssimos níveis de miséria, fome e outras mazelas sociais típicas do país e agudizadas pela crise. Dentro desse cenário inicia o processo de redemocratização, impulsionado não só pelo desejo de liberdade política, mas também por demandas de cunho social dos mais diversos movimentos sociais e organizações da sociedade civil.

Na década anterior os países ibéricos, Portugal e Espanha, passaram por um processo de redemocratização que puseram fim aos seus próprios regimes autoritários que duraram cerca de 40 anos nesses países, o salazarismo e o franquismo respectivamente. As reflexões políticas e jurídicas originárias desses processos de redemocratização produziram a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978 que dão forma a uma nova identidade estatal, o Estado Democrático de Direito, que além de se preocupar com a limitação da atuação estatal e de ter um enfoque na resolução de questões sociais, incorpora a efetivação da soberania popular como elemento dirigente do agir estatal e qualifica-o como transformador da realidade<sup>20</sup>. Na lição de José Afonso da Silva:

A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v.1. (Coleção Estado e Constituição).

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro. 34, n. 93, p. 31–42, jul./set., 2000.

As constituições que nascem deste processo são classificadas como constituições dirigentes, isto porque para além de organizar e desenhar as estruturas do Estado, estes documentos políticos buscam conferir ao direito um papel transformador da vida política e social, apresentando para tal um projeto de nação com uma finalidade democrática e social muito bem definidas e com objetivos esculpidos no seu texto<sup>22</sup>. Na lição de Canotilho: “Na perspectiva dirigente, a constituição não se reduz a uma norma limitadora nem a um momento de decisão; ao contrário, o texto constitucional volta-se para a ordenação do processo político e para a conformação da realidade social”<sup>23</sup>.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 se dá em meio a todo o contexto histórico já exposto e no momento de ápice de promulgação das constituições dirigentes, o que inevitavelmente influência de forma determinante na identidade da Constituição Federal de 1988. Em seu Art. 1 a CRFB/1988 já anuncia: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito**...”<sup>24</sup>. No Art. 3 a CRFB/1988 indica objetivos fundamentais do Estado com uma clara orientação voltada a perspectiva transformadora do *status quo*, própria do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Cidadã, como ficou historicamente conhecida, contou com participação popular em níveis nunca antes vistos na histórica jurídica brasileira e congregou os sonhos e expectativas das mais diversas identidades que compõem o Brasil, não só na forma da atuação dos deputados constituintes, mas principalmente pela atuação dos mais diversos movimentos sociais organizados que atuaram não só através de pressão difusa, mas com atuação direta no processo legislativo, através das “emendas populares”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>23</sup> *Ibidem*

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >.

<sup>25</sup> BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.8.2012.tde-16082012-125217. Acesso em: 2021-08-27

Paralelamente a este processo de redemocratização e de construção tardia de um Estado de Bem-Estar Social em países como Brasil e Portugal, o modelo de Estado Social começa a passar por uma intensa crise nos países nos quais ele já estava consolidado. As crises estruturais que abalam o modelo, na lição de Bolzan de Moraes, são de três ordens: a crise fiscal, a crise ideológica e a crise filosófica<sup>26</sup>.

A principal delas é a crise fiscal-financeira<sup>27</sup>, pois oferece o pano de fundo para as demais. A economia mundial, a partir da segunda metade do século XX, amplia e aprofunda sua escala de globalização, cadeias produtivas começam a ficar cada vez mais geograficamente espalhadas, a complexificação tecnológica transforma profundamente os métodos de produção industrial e surgem no cenário econômico internacional novas potências industriais como o Japão, a Coreia do Sul e Taiwan. Todos esses fatores, somados a outras questões menores, induzem a mudanças na estrutura do capitalismo praticado pela Europa ocidental e pelos Estados Unidos, saindo de um modelo pautado na produção em direção a uma financeirização da economia.

Essa mudança de perspectiva macroeconômica inviabiliza a fórmula do Estado Social, pautado pela intervenção estatal como indutora do crescimento econômico em bases essencialmente produtivas e utilizando deste tipo de crescimento para financiar os programas governamentais que construíam a rede de proteção social que em linhas gerais se fazia presente nesses países. Nesse sentido a partir do final dos anos 1960 o déficit no orçamento público aparece como primeiro sinal do esgotamento do modelo, nos anos 1970 as duas crises econômicas (1973 e 1979) decorrentes das crises do petróleo agravam ainda mais a situação fiscal dos Estados.

Nos anos 1980, surge a pretensa solução para os problemas vividos pelo Estado Social. Governos de perfil conservador, como os de Ronald Reagan nos EUA e Margaret Thatcher no Reino Unido, promoveram um intenso programa de redução da intervenção estatal no campo social e econômico. Este se deu através de um programa marcado por privatizações, redução

---

<sup>26</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v.1. (Coleção Estado e Constituição)

<sup>27</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Op. Cit.

de impostos e fim ou diminuição de políticas sociais. Sendo assim as características mais marcantes do Estado Social de Direito são minguadas<sup>28</sup>.

O orçamento público passa a ser cada vez mais restrito. Simultaneamente cada vez mais grupos sociais, principalmente minorias políticas, se inserem no debate público, ampliando e tornando mais complexas as demandas por uma atuação positiva do Estado. A complexificação das pretensões sociais acaba por reforçar o argumento da escassez, que entende que as necessidades humanas são ilimitadas, enquanto que os recursos são limitados, o que impossibilita, portanto, que a atuação Estatal possa lidar com todas as questões sociais.

Este fenômeno de democratização do espaço público da política também conduz a crise ideológica<sup>29</sup> do Estado Social. Para exercer adequadamente sua função social o Estado constitui um corpo técnico-burocrático que atua na intermediação dos interesses políticos e sociais dos diversos segmentos, ocorre que a entrada de novos atores com demandas cada vez mais complexas se choca com um modelo que pretende ser generalista, nas palavras de Bolzan de Moraes: “constantemente a demanda política se vê frustrada pela resposta técnica”<sup>30</sup>. Desafia-se a capacidade do Estado Social de superar as questões sociais e promover a melhoria da qualidade de vida dos diferentes grupos políticos.

Já a terceira crise que atinge o Estado Social é a filosófica<sup>31</sup>, é definida por Bolzan de Moraes nos seguintes termos:

A base antropológica do Estado de Bem-Estar Social pretende dispor de agentes dotados de uma compreensão coletiva, compartilhada e compromissada de ser-estar no mundo. Todavia, o que se observou foi, muitas vezes, apenas a transformação do indivíduo liberal em cliente da administração, apropriando privadamente a poupança pública ou adotando estratégias assistencialistas de distribuição das respostas estatais e dos serviços públicos, quando não, naqueles locais onde a fórmula do Bem-Estar Social apenas como farsa foi forjada, elaborando-se mecanismos de constituição do consenso social desde um processo de infantilização dos atores, para além do assistencialismo que lhe suporta.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Op. Cit.

<sup>29</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Op. Cit

<sup>30</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Op. Cit. p. 33

<sup>31</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Op. Cit

<sup>32</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Op. Cit p. 34

Inserido nesse contexto de uma tríplice crise do Estado Social que surge e é constitucionalizado o projeto transformador do Estado Democrático de Direito, entalhado na Constituição Federal de 1988. Portanto as políticas públicas instituídas pela nova constituição já nascem em um cenário de profunda contestação do papel social do Estado. A título de exemplo a universalização da saúde pública, através do Sistema Único de Saúde (SUS), nasce juntamente com a carta constitucional brasileira em 1988, enquanto que o que seria o equivalente britânico, o *National Health Service* nasce em 1948, no auge das políticas de bem-estar social.

Em 1989 ocorreu nos Estados Unidos um encontro, conduzido pelo economista John Willianson, com o objetivo de construir uma série de recomendações visando o desenvolvimento econômico da América Latina. O evento ficou popularmente conhecido como Consenso de Washington<sup>33</sup> e produziu uma espécie de receituário econômico que, baseado nas medidas dos governos Reagan e Thatcher, estabelecia que os países latino americanos deveriam colocar no centro da política econômica reformas objetivando estabilidade monetária, disciplina fiscal rígida, abertura comercial, privatizações de empresas estatais, desregulamentação do trabalho e da produção e desoneração tributária das empresas e da renda.

O Consenso de Washington influenciou diretamente diversos governos na América Latina, com o Brasil não foi diferente. Nos anos 1990 a política econômica brasileira, em especial do presidente Fernando Henrique Cardoso<sup>34</sup>, seguia boa parte das recomendações aludidas. Ocorreram grandes privatizações como a da Telebrás e da Vale do Rio Doce, mas a principal reforma do período foi o Plano Real, que tinha como principal objetivo debelar a hiperinflação, instituindo uma nova moeda e uma série de mecanismos de política monetária e fiscal, que formaram o chamado tripé macroeconômico.

A política econômica do período exigia um severo ajuste fiscal o que ia de encontro ao projeto da Constituição de 1988, produzindo uma série de reformas constitucionais que possibilitassem a implementação desse programa econômico. Foram criados mecanismos como a Desvinculação de Receitas da União, que permite o remanejamento de despesas sociais

---

<sup>33</sup> NOVAES, André. Consenso de Washington: crise do Estado Desenvolvimentista e seus efeitos sociais – um balanço crítico. *Revista Ensaios*, Niterói, v.1 n.1, p. 8-22, 2008.

<sup>34</sup> NOVAES, André. Consenso de Washington: crise do Estado Desenvolvimentista e seus efeitos sociais – um balanço crítico. *Revista Ensaios*, Niterói, v.1 n.1, p. 8-22, 2008.

constitucionalmente vinculadas para outras áreas. Os governos que se seguiram nos anos 2000, ainda que tenham dado maior prioridade a políticas sociais, em especial as setorializadas, perpetuaram a política monetária do tripé macroeconômico construída sob a ótica da escassez orçamentária.

Percebe-se a construção de uma contradição entre o projeto transformador da Constituição de 1988 e as diretrizes orçamentárias construídas a partir dos anos 1990 no país. Contudo a Constituição Cidadã, além de alçar os direitos e garantias fundamentais a natureza de cláusulas pétreas, também organizou diversos instrumentos para assegurar o acesso a esses direitos e garantias, os chamados remédios constitucionais<sup>35</sup>. O direito de acesso à justiça amplo e universal também ganhou status constitucional, criando uma verdadeira rede não só de direitos, mas também de mecanismos para a proteção destas garantias. E é graças a esse contexto que o fenômeno de judicialização de políticas públicas se dá.

Com o choque entre o argumento da escassez orçamentária e a multiplicação da quantidade e dos tipos de demandas sociais o poder judiciário se torna, inevitavelmente, o árbitro de conflitos entre a sociedade e o governo estabelecido. A Constituição de 1988 ao possibilitar a judicialização dos direitos sociais, buscava garantir-lhes eficácia e traduzir o projeto transformador sonhado pela sociedade brasileira de então, contudo, na lição de Bolzan de Moraes<sup>36</sup>: “... isso não implica dizer que o Poder Judiciário seria o agente principal de uma revolução em busca de maior igualdade”.

E é justamente esse entendimento de que o Judiciário é detentor de uma função vanguardista na promoção da igualdade que gera decisões<sup>37</sup> que expandem as fronteiras da atuação jurisdicional para além do previsto na Constituição e permitem que estas decisões estejam fundamentadas em questões profundamente ligadas a subjetividade moral, em contraposição a uma ideal objetividade legal.

---

<sup>35</sup> Desses instrumentos jurídicos destaca-se o Mandado de Injunção, importante remédio constitucional em especial na defesa de direitos sociais. O Mandado de Injunção foi criado na Constituição de 1988 que estabelece que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

<sup>36</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

<sup>37</sup> Decisões dessa natureza serão analisadas mais detalhadamente no capítulo 3 deste trabalho monográfico.

## 1.2 – O Poder Judiciário como protagonista no Estado Democrático de Direito sob o contexto de um Direito Constitucionalizado

A Constituição Federal de 1988 assegura a supremacia constitucional, entendendo a carta constitucional como filtro de eficácia das normas<sup>38</sup>, ampliando significativamente o rol de legitimados, as possibilidades e os efeitos do controle de constitucionalidade, que somado aos remédios constitucionais faz com que o Poder Judiciário exerça o papel de árbitro dos mais diversos conflitos políticos, estando no centro do debate público.

Essa função gera dois fenômenos que são centrais nos debates jurídicos atuais: o ativismo judicial e a judicialização da política. Cabe distingui-los dentro do que leciona Streck:

...um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional...<sup>39</sup>

Esses fenômenos contextualizados historicamente no subcapítulo anterior e possibilitados pelo constitucionalismo democrático e dirigente adotado no período da redemocratização levaram a atuação judicial não só para o centro do debate jurídico, mas também para o centro do debate político. E com o acirramento das disputas políticas no país, que vem ocorrendo desde 2013, cada vez mais o judiciário é provocado a intervir nas disputas dentro e entre os poderes e conseqüentemente cada vez mais essa intervenção é questionada.

Uma das principais críticas que se faz ao fenômeno da judicialização da política diz respeito a legitimidade democrática da intervenção judicial em atos típicos da vida política. Isto porque no Brasil os membros do Poder Judiciário não são submetidos ao escrutínio eleitoral como os membros dos outros poderes, mas ainda assim tomam decisões que muitas vezes anulam ou contrariam aquelas emanadas pelo legislativo e executivo.

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 01.

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589, nota de rodapé 123.



Cabe aqui mencionar o que Alexander Bickel<sup>40</sup> chama de atuação contramajoritária, que coloca claro que o papel do judiciário e em especial das cortes constitucionais em um país estruturado dentro dos parâmetros do constitucionalismo democrático é o de garantir que os direitos e garantias fundamentais, em especial de minorias políticas e sociais, não sejam vilipendiados por majorias eleitorais ou do parlamento. A atuação contramajoritária é fundamental para a garantia da democracia em sua plenitude, contudo os protagonistas da vida política devem ser os agentes eleitos, ficando a atuação judicial restrita a preservar a democracia e os direitos fundamentais<sup>41</sup>.

Em decisões recentes o Judiciário tem dado contornos elásticos as fronteiras entre a atuação contramajoritária e as funções típicas de outros poderes, produzindo críticas que o acusam de violar a separação dos poderes, princípio de caráter constitucional. A título de exemplo recentemente foram proferidas decisões que anulavam nomeações de Ministros de Estado (MS 34.070 e AP 00017867720184025102), afastaram deputados de funções parlamentares (AC 4.070) e até mesmo impedir que parlamentares assumam relatorias em comissões parlamentares de inquérito (AP 10220473320214013400). Essas decisões geraram intensos debates sobre o crescimento da judicialização da política e contribuíram para colocar a atuação judicial ainda mais no centro do debate político-jurídico.

Esta crítica também é frequente no fenômeno do ativismo judicial, que também é problematizado pela ótica dos limites da discricionariedade das decisões judiciais<sup>42</sup>. A questão colocada é que a expansão da atuação judicial aliada a compreensão de que cabe ao Judiciário exercer função vanguardista na realidade político-social, leva inexoravelmente ao uso cada vez maior de argumentos políticos e principalmente morais, portanto estranhos ao direito e ao texto constitucional e legal. Cabe mencionar que as fronteiras entre direito e moral foram e são motores de muitos debates no âmbito jurídico. Debates que estão diretamente relacionados com a problemática aqui levantada.

Todavia enquanto a questão dos limites da discricionariedade judicial e a influência moral em decisões judiciais tem sido profundamente debatida no âmbito do direito penal, do direito

---

<sup>40</sup> BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 2 nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

<sup>42</sup> A crítica apresentada será melhor desenvolvida no capítulo 2 deste trabalho monográfico.

constitucional e diversas outras áreas do direito, a mesma problematização não é tão frequente quando se discute a judicialização de políticas públicas.

No campo das políticas públicas, Guilherme Brum ensina que os autores acreditam:

“...na forte atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, atuação essa fenomenalizada por meio da interpretação de princípios e valores constitucionais que incorporam cânones de moralidade abstrata como justiça social, justiça distributiva, igualdade, interesse público, mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, mas deixam de trabalhar com um problema central do juspositivismo: o não enfrentamento da questão da *discricionariedade judicial* acarretada pela inerente indeterminação do Direito.”<sup>43</sup>

Isto posto, cabe problematizar o uso de argumentos de cunho moral, seja na forma da interpretação de princípios ou quaisquer outras formas no fenômeno da judicialização de políticas públicas. Entendendo este como uma consequência lógica do modelo constitucional brasileiro e da realidade social do país e tendo como centro a análise crítica da atuação judicial. E observando como a moralidade determina as decisões judiciais em matéria de políticas públicas.

---

<sup>43</sup> BRUM, Guilherme Valle. Juspositivismo, Discricionariedade e Controle Judicial de Políticas Públicas no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília. V. 3, n. 2. p. 392-406. 2013

## CAPÍTULO 2 – O MORALISMO COMO VÍCIO DE UM JUDICIÁRIO CADA VEZ MAIS PROTAGONISTA NA VIDA POLÍTICA

### 2.1 – A Caixa de Pandora do Moralismo: o metapositivismo no Judiciário brasileiro

O referencial jurídico brasileiro na Constituição Federal, assim como os direitos fundamentais garantidos, não é constante no Brasil. Desse modo, este terreno se mostra muitas vezes instável e problemático, necessitando de maiores entendimentos sobre o direito e a sociedade. Dentro do direito, o debate entre jusnaturalismo e juspositivismo permeia as ciências jurídicas modernas, desde seu conceito até no que se enquadra em cada uma destas correntes de pensamento.

O jusnaturalismo é uma concepção jurídica de que os fundamentos do direito estão além do que prevê as leis editadas pelo Estado. Já o direito positivo é aquele legislado pelo homem, o qual independe de tempo e espaço e é imposto pelo Estado.<sup>44</sup> Olhando criticamente, ao se falar em positivismo, este se trata de um sistema de normas as quais orientam a prática jurídica, conferindo autonomia a este, separando o direito de outros elementos como a moral, mas tal autonomia pode levar a um isolamento ilógico do direito.

Contudo, apesar de se posicionarem em pontos opostos, as duas correntes possuem pontos convergentes entre si. No ponto de oposição destas duas correntes, Roberto Lyra Filho ensina que:

Vimos que as duas palavras-chaves, definidoras do positivismo e do iurisnaturalismo, são, para o primeiro, ordem, e, para o segundo, Justiça. Isto se esclarece bem nas duas proposições latinas que simbolizam o dilema (aparentemente insolúvel) entre ambas as posições: *iustum quia iussum* (justo, porque ordenado), que define o positivismo, enquanto este não vê maneira de inserir, na sua teoria do Direito, a crítica à injustiça das normas, limitando-se ou a proclamar que estas contêm toda justiça possível ou dizer que o problema da injustiça “não é jurídico”; e *iussum quia iustum* (ordenado porque justo), que representa o iurisnaturalismo, para o qual as normas devem obediência a algum padrão superior, sob pena de não serem corretamente jurídicas. Este padrão tende, por sua vez, a apresentar-se, já dissemos, como fixo, inalterável e superior a toda legislação, mesmo quando se fala num “direito natural de conteúdo variável.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>45</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. 91 p. (Coleção primeiros passos; 62), p. 28/29.

Tanto o jusnaturalismo quanto o juspositivismo são tentativas de justificar o entendimento acerca do direito, entretanto não são o direito mesmo. Para Vasconcelos e Miranda<sup>46</sup>, o Direito Natural fornece ao Direito Positivo as orientações morais e humanas que irão regê-lo, já que o direito seria fruto das ações humanas e de uma leitura social. Desse modo, estas correntes são primordiais para a compreensão do debate entre o direito e a moral

O direito, ao ser positivado pelo Estado, constitui-se em outro dogma verdadeiro, substituindo aqueles que o antecederam, sendo mais uma vez instrumento de legitimação e imposição pelos grupos dominantes, detentores de poder. Pensando em jusnaturalismo, juspositivismo e o papel do direito surgem outros institutos, como a segurança jurídica.

Em 1988, no Brasil, é promulgada a Constituição Cidadã, de caráter dirigente, a qual surgiu após um período autoritário visando a restauração da ordem jurídica, retornando ao direito anteriormente comprometido<sup>47</sup>.

Neste texto constitucional, o artigo 102 disciplina as competências do Supremo Tribunal Federal. Como função primordial encontra-se a guarda da constituição, o julgamento das diversas ações dentro do controle concentrado de constitucionalidade e por conseguinte a interpretação definitiva do texto constitucional. Ainda, Lima Resende e Ribas ensinam que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, “(...) não está a estatuir a sua exclusividade na produção do significado constitucional, sem levar em consideração a relevância da vontade dos demais poderes ou de outros entes políticos<sup>48</sup>”.

Posto isso, o Poder Judiciário não detém autorização para modificações constitucionais, visto que uma de suas funções é a proteção das decisões políticas coletivas proferidas quando da vigência da democracia constitucional. Assim, frisa Salgado:

---

<sup>46</sup> VASCONCELOS, Yumara Lúcia; MIRANDA, Kleyvson José de. *Jusnaturalismo e Juspositivismo: Objetos e Orientações Doutrinárias*. UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., v. 14, n. 2, p. 243-254, Set. Londrina: 2013.

<sup>47</sup> CARVALHO, Cláudia Paiva. Desafios democráticos para a constituição dirigente: entre vinculação e abertura constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 117, pp. 193-217 | jul./dez. Belo Horizonte: 2018.

<sup>48</sup> LIMA RESENDE, Ranieri.; RIBAS VIEIRA, José. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 29 dez. 2016, p.417.

A democracia constitucional – à qual, por força de decisão constituinte, estamos vinculados – é “aquele regime (ou forma de governo) em que o exercício do poder de decisão coletiva (fundado na atribuição de direitos políticos a todos os membros adultos da coletividade) se encontra formal e materialmente limitado”. **E essas decisões coletivas são o parâmetro para a atuação dos poderes constituídos, submetidos à e domesticados pela Constituição e democracia.** <sup>49</sup> (grifo próprio)

Para a autora, caso o legislador utilize de alguma moral para a tomada de decisões, esta deve ser a moral objetiva baseada nos preceitos e fundamentos constitucionais, “não havendo autorização para fundamentalismos axiológicos para além das decisões constituintes<sup>50</sup>”. Alves corrobora com este entendimento, pontuando que “não é a interpretação livre e deliberada do magistrado, mas aquela que molda e exprime uma construção jurídica plausível e de acordo com o texto legal<sup>51</sup>”

Contudo, no caso concreto, não é tão simples, principalmente com as questões relacionadas à ponderação de princípios, formas de moralismo e a distorção do conceito de ética por parte do judiciário no denominado neoconstitucionalismo, o qual é difícil de ser conceituado devido às inúmeras vertentes encontradas. Em suma, esta corrente abrange características do direito constitucional contemporâneo e da *common law* e mistura juntamente ao ordenamento jurídico da *civil law*<sup>52</sup>.

O neoconstitucionalismo entende que a interpretação das leis feita à luz do texto constitucional deve sempre observar o sentido axiológico das normas contidas na Constituição, valendo-se de uma gama ampla de princípios explícitos e implícitos para aplicar o direito. Conferindo, portanto, ao judiciário papel central na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sem, contudo, problematizar os limites da discricionariedade judicial.

---

<sup>49</sup> SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, 15 nov. 2018, p.200

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 201

<sup>51</sup> ALVES, Cristiano Botelho. *A mítica do “juiz héracles” de dworkin na solução dos casos difíceis (hard cases): fábula ou esforço interpretativo?* Emporio do Direito, 2015. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-mitica-do-juiz-hercules-de-dworkin-na-solucao-dos-casos-dificeis-hard-cases-fabula-ou-esforco-interpretativo-por-cristiano-botelho-alves>>. Acesso em 07/07/2021

<sup>52</sup> ZIEGLER, Joici Antônia; UNSER, Rosemara; FERNANDES, Paula. *Neoconstitucionalismo: origem, conceito e características*. XXII Jornada de Pesquisa UNIJUÍ, 2017.

Ao tecer críticas ao neoconstitucionalismo, Streck<sup>53</sup> destaca que esta corrente confia em elementos contrários à democracia, utilizando como exemplo a ponderação e a discricionariedade do judiciário. O autor ainda elabora questionamentos que, para ele, não são respondidos pela doutrina neoconstitucionalista, tais como:

Quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? Mais ainda: a subsunção – admitida para os casos fáceis – tem lugar no plano de um paradigma filosófico que ultrapassou o esquema sujeito-objeto? E por que a regra de direito fundamental adscripta (resultado da ponderação) se transforma em uma subsunção de segundo grau ou uma “meta-subsunção”?<sup>54</sup>

Ou seja: o autor destaca problemas tanto no que diz respeito ao julgador, ao controle do judiciário e aos pesos e princípios a serem ponderados em casos de conflito. Ainda, para Streck, as decisões judiciais devem ser totalmente fundamentadas e justificadas, coerente com os princípios constitucionais e pertencentes à história do direito, o que por si só já afastaria o moralismo das decisões.

Já no tocante ao moralismo e a ética, os dois são muitas vezes confundidos, porém estes se distinguem. Após a separação da Igreja e do Estado na política ocidental, a ética foi tida como um conjunto de normas as quais orientam a vida social, derivada da moral e da religiosidade a depender do momento histórico. Conseqüentemente, a ética se enquadraria como a compreensão das formas socialmente aceitas enquanto a moral compreenderia à aplicação destas normas em um momento histórico e social, conforme Gilberto Almeida. O autor ainda leciona que:

O moralismo é uma deterioração, um estiolamento da Ética, pois há uma distorção de valores com fins de dominação, de exercício de poder através da pura intolerância. Não há meio termo no moralismo: ou se é alguma coisa, ou não. Erigem-se barreiras comunicativas com o intuito de estabelecer verdades absolutas, que não admitem discussões, debates, outros pontos de vista. O moralismo semeia ódio às posições contrárias, não permite que a Razão predomine, corresponde à abertura de uma caixa de Pandora da qual são liberadas paixões as mais radicais, daquelas que justificam a morte de infiéis.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> STRECK, Lenio. Contra o Neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n.4, Jan-Jun, p. 9-27, p. 25

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 25

<sup>55</sup> ALMEIDA, Gilberto W. *Moralismo na Política Brasileira: manifestações recentes. IV Encontro da Compólitica*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

A partir destes conceitos, ao transferi-los para a esfera da atuação judicial, é possível tratar da metáfora do Juiz Hércules, cunhada por Ronald Dworkin. Apoiado na pujança da mitologia grega, o autor exemplificava a questão do juiz arrolada as práticas morais.

Héracles, um dos heróis da mitologia grega, era o filho de Zeus (deus dos céus, da ordem e da justiça) com a humana Alcmena. A mortal era esposa de Anfitrão e, uma vez que seu marido se encontrou ausente, Zeus se disfarçou deste e, da noite com Alcmena, nasceu Héracles, mais conhecido pela grafia em latim, Hércules.

O bebê, mesmo antes de nascer, despertava ciúmes em Hera, esposa de Zeus, a qual tomada pelo ciúme, enviou serpentes para matá-lo em seu berço. Entretanto, herdando os poderes do pai, Hércules estrangulou as serpentes com suas próprias mãos em frente a seus pais.

A ira de Hera não cessou e, após adulto, a deusa veio incomodá-lo mais uma vez. O ataque de raiva do herói acabou matando a esposa Mégara e seus três filhos, o que acabou fazendo com que fosse punido, tendo de cumprir os conhecidos “Doze Trabalhos de Hércules.” Ao realizar todos os trabalhos, este se redimiou pela morte de sua família e, após ser assassinado pela própria esposa tempos depois, foi remetido para o Olimpo como um imortal.

Hércules, sendo assim, é conhecido por sua força e bravura e, para realizar os trabalhos foram necessários atributos como a inteligência, a razão, o discernimento e a perseverança.

Segundo Coelho, os mitos são definidos como “narrativas primordiais que, sob forma alegórica, explicam de maneira intuitiva, religiosa, poética ou mágica os fenômenos da vida humana em face da natureza, da divindade e do próprio homem<sup>56</sup>”. Em um aspecto da atuação judicial, utiliza-se o mito relacionando a figura do herói Hércules e a do Juiz, buscando extrair o mais relevante.

---

<sup>56</sup> COELHO, Nelly Novaes. *O conto de fadas: símbolos, mitos, arquétipos*. São Paulo: Paulinas, 2012, p.139

De acordo com Dworkin<sup>57</sup>, o Juiz Hércules é uma figura dotada de virtudes, paciência e discernimento a fim de que cumpra suas responsabilidades e tenha compromisso com a justiça, com suas decisões não sendo voltadas somente para a política. Assim, conforme pontua Alves, este tem a visão do direito como integridade.

Para Wayne Morrison, Dworkin intencionava mostrar através do mito do Juiz Hércules um indivíduo engajado em questões contemporâneas envolvendo o ser humano. Desse modo, este magistrado deve analisar as questões pelo texto constitucional e as regras pontuadas visando formular um ponto. O autor discorre que:

“Na reta disposição do termo seria um juiz ideal, com intenção de elaborar teorias políticas que poderiam servir como justificações do conjunto de regras constitucionais que são expressamente relevantes ao problema. Se duas ou mais teorias se ajustarem, mas apresentarem resultados contrastantes para o caso -, Hércules deve se voltar para o conjunto remanescente de regras, práticas e princípios constitucionais para criar uma teoria política para a Constituição como um todo”<sup>58</sup>

Utilizando deste entendimento, Emerson Gabardo tece o conceito de metapositivismo, que se configura como uma insegurança jurídica pautada no moralismo, a qual se mostra como uma forma de desordem no ser (moralismo político) afetando o dever ser (direito moralista)<sup>59</sup>.

O metapositivismo não se enquadra em uma teoria, sendo somente uma forma de negação. De acordo com Gabardo, esta forma é marcada de subjetividade, insegurança jurídica, inversão de solidariedade, subsidiariedade, eficiência pragmática e principalmente da moral extraída do senso comum como forma de substrato axiológico, ou seja, o moralismo.

Gabardo elucida que o metapositivismo é uma forma de neoconstitucionalismo, entretanto além da negação, propaga a manutenção do seu discurso espontaneamente, “radicalizando na prática seus pressupostos ao ponto de promover uma autêntica (e perigosa) inovação<sup>60</sup>”. Na prática, sobre a temática, o autor ensina:

---

<sup>57</sup> DWORIKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>58</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.508

<sup>59</sup> GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*; Vol 17, No 70 (Ano 2017).

<sup>60</sup> GABARDO, Emerson. Op.cit. P. 67



Quando os tomadores de decisão são sujeitos virtuosos, estudiosos, competentes, sérios, dedicados, sensíveis, honestos, solidários e possuem um forte senso de alteridade e responsabilidade para com o sistema positivo – o que implica inexoravelmente uma grande deferência à segurança jurídica (...ufa!), são produzidas decisões excelentes. **Mas caso essas características não estejam presentes, o destino pode ser cruel com o destinatário da decisão. Dependendo da sorte, por si só, já é um horror. Como tem sido asseverado por vários autores, este “metapositivismo” substitui o juiz Hércules pelo juiz Salomão.** Isso é um problema tenebroso que a sociedade está tratando como se fosse algo natural e lindo<sup>61</sup> (grifo próprio).

Porém, não é a moral que incide, nem de forma subjetiva e nem objetiva, mas sim a ideia de moral. O moralismo insurgente é oriundo de senso comum e interesses dos operadores do direito, que se mostram principalmente arrogantes. O abuso desta faz com o que o modelo de Estado de Direito proclamado pela Constituição de 1988 seja rompido.

Ao comparar com a noção de moralismo anterior à separação de poderes entre o Estado e a Igreja, vê-se que o princípio da onipotência do legislador, inquestionável, ofertou ao próprio legislador o trono vago na ausência de Deus em âmbito jurídico.

E, dessa forma, o direito positivado se transformou em um novo dogma o qual, se antes justificava-se determinada atitude utilizando-se da vontade de Deus, agora pode-se dizer que algo regido de tal forma simplesmente porque é da vontade da lei ou do legislador<sup>62</sup>.

Mais além, houve quem afirmasse que o direito é um subconjunto da moral, o que, no caso da Civil Law e do direito brasileiro, pressupõe que toda lei é moralmente aceitável. Entretanto, há situações que mostram conflitos entre o Direito e Moral, como a desobediência civil, por exemplo. Em uma mesma sociedade, estes dos institutos podem apresentar discordâncias a depender do ponto de vista. Outra diferença já supracitada é que o direito não precisa obedecer a moral para ser aceito, pois sua natureza não exige uma validade moral, mas sim, jurídica. Assim, Direito e Moral novamente se separam.

---

<sup>61</sup> GABARDO, Emerson. *Boas Intenções e Ideias Malditas. Direito do Estado*, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>>. Acesso em 08/09/2021

<sup>62</sup> GIGANTE, Rodrigo Duarte; AMARAL, Sérgio Tibiriça. *Jusnaturalismo e juspositivismo: uma análise crítica. INTERTEMAS Presidente Prudente*, v. 14 p. 162-184 nov. 2009

No entanto, conforme elucida Gabardo, a condição humana pressupõe um gosto pelo conflito e pela retaliação, fazendo com que esta seja uma luta da nação que custa os direitos e o Direito para perpetuar a ideia de que “os fins justificam os meios”.

Desse modo, apesar das divergências entre os dois pontos, Leila Bijos<sup>63</sup> afirma que o direito se alimenta de moral, tem convivência com ela e oferece novos conceitos e normas de acordo com a “vontade do povo” e a identificação.

Para concluir a presente seção e utilizando mais uma vez os mitos gregos, é interessante fazer uma analogia do uso da moral no direito quando aplicado a assuntos políticos com o mito da Caixa de Pandora.

O nome Pandora significa: “aquela que tem todos os dons<sup>64</sup>”. Segundo o mito Pandora fora criada por Hefesto a mando de Zeus como forma de se vingar da humanidade após o titã Prometeu haver dado aos homens o segredo do fogo; enviada à terra para se casar com Epimeteu, irmão de Prometeu, levava consigo uma caixa com a recomendação de que nunca poderia ser aberta, mas Pandora, que sempre havia sido curiosa, não conseguia se distanciar do objeto e acabou abrindo-o.

Ao abrir a caixa, ela liberta todos os males e horrores no mundo, tais como o ódio, a dor, inveja, pobreza, guerras, ganância e a morte. Ao ver o que havia acontecido, Pandora fechou a caixa deixando dentro dela somente a esperança.

Foi a curiosidade de Pandora que a fez abrir a caixa e é essa mesma curiosidade no campo da hermenêutica, igualmente ingênua e desprovida de más intenções, que tem sido suscitada na busca pela efetividade e coesão das decisões em conformidade com a constituição. Infere-se daí a conexão do mito com a atuação judicial contemporânea. A caixa de Pandora na atuação judicial já foi aberta e libertou um amplo leque de princípios inspirados no moralismo, contaminando o exercício da função jurisdicional, disseminando o mal-estar, principalmente na ausência de segurança jurídica.

---

<sup>63</sup> BIJOS, Leila. Caixa de pandora: uma reflexão sobre a ética, a moral e o direito. *Revista do Mestrado em Direito UCB*. v. 4, n 1, 2010.

<sup>64</sup> Pandora - Mitologia Grega" em Só História. Virtuoso Tecnologia da Informação, 2009-2021. Disponível na Internet em <<http://www.sohistoria.com.br/ef2/mitologiagrega/p1.php>>. Acesso em 09/09/2021

## 2.2 - A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial como instrumentos do moralismo na atuação judicial

Ao tratar de sistemas políticos, Tzvetan Todorov descreve como inimigos íntimos da democracia o messianismo, a o ultraliberalismo e o populismo. Ao tratar do assunto, o autor descreve a moralidade elucidando que “a moral e a justiça a serviço da política dos Estados prejudicam a moral e a justiça, porque as convertem em simples instrumentos nas mãos dos poderosos e as fazem aparecer como um véu hipócrita que oculta a defesa de seus interesses”<sup>65</sup>.

Entretanto, além destes fenômenos políticos, outro ponto que coloca em xeque o sistema democrático é o rompimento da separação poderes, através, da judicialização da política. Vê-se que não só o moralismo enfraquece a democracia, mas também a interferência e o papel do Poder Judiciário como forma de controle político, ultrapassando a Separação dos Poderes.

Como visto na seção anterior, um dos princípios previstos na Constituição é o Princípio da Separação dos Poderes, expresso no Art. 2º do referido dispositivo:

**Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário<sup>66</sup>.

Conforme ensina Dirley da Cunha Júnior:

(...) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> TODOROV, Tzvetan. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2012.

<sup>66</sup> BRASIL. PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14/09/2021

<sup>67</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 522.

Contudo, conforme dito pelo Ministro Ricardo Lewandowski, do STF, “estamos no século do Poder Judiciário<sup>68</sup>”. O fenômeno de judicialização da política acontece quando os tribunais, ao cumprirem com suas funções constitucionalmente previstas, refletem em outra esfera, afetando e, possivelmente alterando, as condições políticas significativamente.

De acordo com Antoine Garapon<sup>69</sup>, *pari passu* a judicialização da política, ocorre um intenso processo de politização da justiça, tais como a operação *Mani Pulite* ocorrida na Itália no início dos anos 1990, que objetivando combater acabou por alterar por projetar o judiciário que vê sua força agigantada frente à política. Esse ponto coloca à prova o Princípio da Separação dos Poderes ou o equilíbrio este estes, assim como o próprio sistema democrático.

Para Neal Tate e Torbjorn Vallinder, judicializar a política significa expandir o Poder Judiciário e utilizar de métodos próprios do sistema judicial para solucionar conflitos em áreas distintas do que é típico dos tribunais, em ambos os contextos supracitados.

Conforme Amandino Nunes Júnior<sup>70</sup>, a judicialização da política tem de considerar dois aspectos. O primeiro diz respeito à transparência em tomadas de decisão na seara administrativa ou política para a seara judicial, referentes ao Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, respectivamente. Já o segundo refere-se ao procedimento judicial seguindo para o administrativo e legislativo. O autor ainda, dentro deste conceito, ao trabalhar seus componentes, os elenca, sendo estes: a presença de um ativismo judicial distinto, nos quais novas questões surgem para serem trabalhadas nos tribunais; e interesses administrativos e políticos na adoção de métodos e procedimentos oriundos do processo judicial em suas ações e deliberações.

Em sua obra, Tate<sup>71</sup>, trata da expansão do judiciário para compreender o processo de judicialização da política considerando as condições políticas que o tornam possível.

---

<sup>68</sup> MOREIRA, Luiz. *O século do Poder Judiciário*. *Brasil Debate*, 2015. Disponível em: <<https://brasildebate.com.br/o-seculo-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 13/09/2021

<sup>69</sup> GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 13.

<sup>70</sup> NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico]: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série temas de interesse do legislativo ; n. 30)

<sup>71</sup> TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power?* In: *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialização of Politics*, pp. 28-31.

A primeira condição necessária é a democracia como sistema, justificado por este ser pautado na soberania popular e versar sobre a opinião da maioria. A segunda condição tanto necessária quanto relevante se dá com a política de direitos, a qual pode vir a favorecer a minoria em detrimento da maioria.

Outra característica trata-se do sistema de governo montesquiano com a separação em três poderes. O autor elucida que esta separação favorece a judicialização política a partir do momento que os juízes, mesmo não participando do processo de elaboração das leis, são aqueles que as aplicam no caso concreto.

A utilização dos tribunais por grupos de interesse mostra que a política e o papel das instituições jurídicas não são deslocados dos interesses econômicos e sociais. Sendo assim, os grupos de interesse utilizam cada vez mais dos tribunais para alcançar seus objetivos, seja por meio de decisões judiciais que vinculem suas vontades ou na deliberação de um projeto de lei que atenda aos seus direitos.

A oposição também tem relevância ao estudar este fenômeno, já que a corte, conforme pontua Nunes Júnior, é vista mais como um terceiro braço do legislativo como de fato uma corte regular. Desse modo, muitos políticos podem acabar judicializando a própria política para enfraquecer o governo vigente. Nesta seara, ainda há a questão dos partidos políticos já que, quando demandas sociais acabam por englobar entraves político-partidários, estas não são decididas na seara política, com o Tribunal mediando o conflito.

Analisando estas características, vislumbra-se que a judicialização da política é uma das formas de crise da democracia representativa, pois uma maior confiança nas decisões judiciais e tribunais, assim como os fenômenos políticos de Tzvetan Todorov trazidos anteriormente, mostram a desconfiança do povo nos poderes políticos.

Tratando-se do Brasil, de acordo com o jurista Luiz Moreira:

“A judicialização da política alcançou patamares alarmantes no Brasil. Sob o argumento de que vivemos sob uma democracia de direitos, o sistema de justiça passou a tutelar todas as áreas, interferindo em políticas públicas, imiscuindo-se no mérito do ato administrativo, desbordando de suas competências para envolver-se em assuntos que foram tradicionalmente conjugados conforme uma organização horizontal de poder, violando assim a autonomia dos poderes políticos tudo submetendo ao jurídico. Essa tentativa de colonização do mundo da vida pelo jurídico se realiza mediante um alargamento do espectro argumentativo, desligando a argumentação jurídica de

qualquer vinculação à lei. [...] Hoje a legitimidade da democracia no Ocidente decorre dos tribunais constitucionais. Conforme esse modelo, não ocorre apenas a judicialização da política, mas a sua conseqüente criminalização, chegando-se à conclusão segundo a qual a democracia emana do direito. Esse quadro teórico contraria todo o projeto libertário contido na modernidade”<sup>72</sup>

Observando decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal com um recorte para a seara de políticas públicas, vê-se decisão do Supremo Tribunal Federal pontuando que “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”<sup>73</sup>.

No mesmo sentido, citando expressamente a figura do Ministério Público:

Esta Corte já firmou a orientação de que **o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde**. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes<sup>74</sup>. (grifo próprio)

Ainda na temática da judicialização de políticas públicas, tem-se:

A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 30-4-2010. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se **tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas**<sup>75</sup>. (grifo próprio)

Em suma, conforme explícito no Agravo em Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, “não viola o princípio da separação de poderes quando o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determina que a Administração Pública adote medidas

---

<sup>72</sup> MOREIRA, Luiz. *Judicialização da política no Brasil*. 2013. Disponível

em: <<<https://diplomatie.org.br/judicializacao-da-politica-no-brasil/>>>. Acesso em: 10/09/2021

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.487/PR – Paraná*. 2010. Ministra Relatora Ellen Gracie. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 635.679/GO - Goiás*. Ministro Relator Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 642.536/AP - Amapá*. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021.

assecuratórias de direitos constitucionalmente essenciais”<sup>76</sup>. Frisa-se que o entendimento de que não viola o princípio de separações dos poderes pelo Poder Judiciário advém do próprio Poder Judiciário. Ou seja: o próprio poder judiciário legitima a sua atuação.

Tanto o fato de um Poder usurpar a função de outra quanto o moralismo das decisões judiciais acabam gerando uma insegurança jurídica cada vez maior. Complementando com a seção anterior, a judicialização da política, além de muitas vezes enfraquecer o processo democrático, acaba por escancarar ainda mais o moralismo presente em decisões judiciais. Uma das formas de enxergar a figura do Poder Judiciário se dá com o a sacralização da figura jurídica, corroborada anteriormente pelo trono vago da ausência divina, denominado “solipsismo judicial”.

Madeira descreve que esta forma de santificar as atividades do Judiciário torna esta obscura e inacessível às críticas. O autor ainda ensina que: “estabelece-se, assim, uma crença de que o julgador, por características que lhes são subjetivas e imanentes, seja capaz de dizer o que é bom, justo, certo e verdadeiro para o restante da sociedade, em especial, para aqueles que sofrerão os efeitos de suas decisões, notadamente, as partes.”<sup>77</sup>

Vê-se uma ideia de justiça salomônica, com os magistrados aparentando ter recebido um dom divino para ocupar aquela posição, com senso de justiça superior ao restante. Uma das formas de vislumbrar este tipo de comportamento está no conteúdo das próprias decisões quando os magistrados utilizam de expressões como: minha convicção, minha compreensão, não compreendo desta forma, conforme minha consciência... com total falta de rigor, sem seguir padrões legais ou jurisprudenciais e mascarando ainda mais uma subjetividade nas decisões.

Streck, ao tratar desta seara, discorre que o solipsismo encontra problemas a partir do momento que a consciência do juiz se afasta de fundamentos legais, estando próxima somente daquilo que este julga conveniente. O autor reflete sobre o tema:

Daí a minha pergunta: De que adianta dizer que não há segurança jurídica hoje no Brasil e, ao mesmo tempo, sustentar que o juiz deve decidir conforme sua consciência? Ora, em termos de paradigmas filosóficos, estamos apenas saindo da crítica de uma

---

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 725.968/MG- Minas Gerais*. Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021.

<sup>77</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *O que é solipsismo judicial?* Revista Jurídica da Presidência, Brasília v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020, p. 194.

concepção sofisticada e indo em direção a uma concepção solipsista, para dizer o menos. Que segurança tem o jurisdicionado quando sabe que a decisão é dada conforme a consciência individual do decisor? Ainda que isto esteja afiançado por uma instância transcendente com pretensões de objetividade (Deus ou a Natureza)<sup>78</sup>.

A seara do solipsismo se encontra juntamente ao moralismo, pois ao proferir decisões judiciais segundo o entendimento subjetivo, o julgador acaba envolvendo a moral acima do direito, considerando aquilo que ele considera justo e não o dispositivo.

Tratando da postura dos ministros do STF nos casos supracitados, vê-se que argumentos moralistas são utilizados ao invés do texto e interpretação constitucional para justificar as questões competentes a outros poderes ou de ordem política. Essa abordagem pode ser vista nas justificativas para determinadas decisões com a utilização de expressões tais como: *excepcionalidade, singularidade, pontual, individual e inusitada*, dentre outras.<sup>79</sup>

Diversos casos envolvendo fundamentações moralistas, com posicionamentos sem o devido embasamento probatório e de direito, tanto na judicialização da política quanto nas decisões judiciais em geral, podem ser observados no Brasil. Como exemplo tem-se a prisão do jornalista que denunciou a “lista de furnas”. Arbitrariamente, a juíza alegou que o réu era membro de uma quadrilha com a finalidade de caluniar e difamar concorrentes políticos, além de afirmar que o Novo Jornal tem financiamento ilegal, porém sem provas para tal<sup>80</sup>.

Outro exemplo, este analisado por Gabardo, é a prisão do reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luis Carlos Cancellier. Depois de ser preso arbitrariamente em fase investigatória, o professor passou por exposições e, conseqüentemente, retaliações midiáticas e não suportou a pressão. Ademais, houve a humilhação perante os discentes e docentes da própria universidade, o que fez com que o Reitor cometesse suicídio. De acordo com Gabardo, “inúmeras instituições denunciaram o ocorrido, mas os integrantes do Poder Judiciário mantiveram sua posição corporativa típica do moralismo político metapositivista”<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> STRECK, L. O. “*decido conforme minha consciência*” dá segurança a alguém? *Consultor Jurídico – CONJUR*, 15.05.2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 14/09/2021

<sup>79</sup> LEITÃO, Rômulo Guilherme; SOUZA, José Patriarca Brandão de. Questões políticas e Supremo Tribunal Federal: da autolimitação ao moralismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 189-204, dez. 2018.

<sup>80</sup> BORGES, Altamiro. A estranha prisão do jornalista que denunciou "Lista de Furnas". Em outras palavras, 2014. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/a-estranha-prisao-do-jornalista-que-denunciou-lista-de-furnas/>>. Acesso em: 10/09/2021

<sup>81</sup> GABARDO, Emerson. Op. Cit. p.81



No âmbito do Supremo Tribunal Federal também há fartos exemplos de decisões de cunho moralista, nas Ações Cautelares 4.039, 4.070 e 4.327 ministros do STF determinaram a suspensão e afastamento de deputados da função parlamentar e até mesmo a prisão de um parlamentar, por flagrante em crime afiançável. Todas essas decisões encontravam óbice no Art. 53, §2º da Constituição de 1988 que dispõe: “...os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável...”<sup>82</sup>. Ainda assim tais decisões eram prolatadas sob o argumento do alto grau de reprovabilidade das condutas parlamentares, ainda que não previstas perante as hipóteses do dispositivo constitucional.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5526 o Supremo decidiu, por maioria, confirmar a legitimidade de decisões monocráticas ou colegiadas que afastassem cautelarmente parlamentares de suas funções, contudo impôs a limitação de que compete a casa legislativa a qual pertencer o parlamentar decidir pela continuidade ou não da medida. Acordaram ainda os ministros que tal decisão deveria ser tomada por votação nominal e aberta da maioria de seus membros, o que pode soar como forma de constranger o parlamento, que pressionado pelo moralismo que sobrepõe a constituição, teria mais dificuldade em revogar tais decisões.

Analisa-se que o moralismo aplicado de maneira diversa ao texto constitucional é impulsionado de maneira a combater a suposta impunidade, sendo justificativa para diversos atos contrários à Carta Maior.

O moralismo no Brasil, como posto acima, permeia as diversas decisões judiciais, conforme exemplos supracitados, e esse fenômeno cresce cada vez mais a partir da judicialização da política. Ademais, não é possível desvincular a ideia de poder à controle. Neste ponto e complementando os acórdãos acima, Madeira, tece questionamentos pertinentes para análise:

Ora, sendo assim, como fiscalizar a atividade judicante solipsista? Como exercer o contraditório sobre uma sentença solipsista que despreza o argumento das partes ou que se funda, apenas, em argumentos de cunho subjetivo, como o moral, a convicção

---

<sup>82</sup> BRASIL. PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14/09/2021

íntima, a intuição ou outro do gênero? Se todo poder emana do povo, como permitir que este último seja afastado do exercício da função jurisdicional?<sup>83</sup>

Vê-se que esse processo representa além de uma ameaça à democracia, mas um enfraquecimento do debate político, já que o traz para a seara jurídica e torna-o inacessível ao cidadão comum. O discurso político perde a característica política quando judicializado, pois não age mais a favor dos cidadãos, mas da proteção e aplicação dos direitos. A supremacia do Direito começa a ocupar o espaço da Política.

Sobre o sucesso político e o sucesso jurídico, Garapon os compara, afirmando que não há proporcionalidade entre os dois.

O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos<sup>84</sup>.

Tonelli se aprofunda neste ponto, registrando que os próprios conceitos políticos basilares acabam por confundir devido ao fenômeno supracitado. A autora assevera que: “quando isso ocorre, discursos da direita e da esquerda se equivalem, não havendo uma clara diferenciação entre campos ideológicos distintos e antagônicos, o que confunde o cidadão comum impedindo que faça suas escolhas e para que forme sua opinião com autonomia<sup>85</sup>”.

A democracia começa a ser compreendida como uma forma de governo que se reduz somente ao Estado de Direito e uma forma jurídica, na qual o Poder Judiciário ergue-se politicamente perante à diversos fatores, os quais vão desde interpretações distintas do legislador, omissão de ações do poder legislativo e interesses de grupos econômicos e políticos. Assim, enfraquece o ponto primordial do sistema democrático: a soberania popular.

Dessa perspectiva, observa-se que a temática ainda vai além: o juiz não troca de toga para julgar diferentes matérias. Com o solipsismo, o moralismo nas decisões judiciais e a judicialização da política, as decisões seguirão uma linha de raciocínio subjetiva, no qual o

---

<sup>83</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020, p. 202.

<sup>84</sup> GARAPON, Antoine. Op.Cit. P. 48

<sup>85</sup> TONELLI, Maria Luiza Quaresma. *Judicialização da política*. São Paulo. Fundação Perseu Abramo. 2016

mesmo moralismo será utilizado quando as decisões foram proferidas pelo mesmo magistrado, seja no âmbito de matéria penal, ou seja, na judicialização de políticas públicas.

### **2.3 - A problemática da legitimidade no controle judicial de políticas públicas e o uso de argumentação principiológica.**

Em matéria de judicialização seja da política ou de políticas públicas, a legitimidade das decisões costuma figurar como motor de muitos debates. A discussão quanto a legitimidade democrática na judicialização da política foi apresentada brevemente na seção anterior. Nesta seção será analisada a problemática da legitimidade nas decisões que versam sobre judicialização de políticas públicas e como isso indica o uso de fundamentações de cunho essencialmente moral.

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu Art. 5º, XXXV, o acesso à justiça como uma garantia fundamental, dispondo que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>86</sup>. Isto porque dentro da organização do Estado moderno o Judiciário é o caminho por excelência para resolução de conflitos, de forma que se abandone meios violentos ou sujeitos a favorecimentos que seriam contrários ao ideal de igualdade formal apregoado.

Contudo se fez necessário entender que o simples reconhecimento da igualdade em sua perspectiva abstrata não leva a sua concretização, pois acaba por reproduzir a desigualdade em seu âmbito material, perpetuando desequilíbrios que se chocam com a imparcialidade e a paridade de armas, que se constituem como valores caros a um sistema de justiça que se intitula democrático.

A questão se torna ainda mais sensível dentro do arranjo institucional proposto pelo modelo do Estado Democrático de Direito, no qual cabe ao Poder Judiciário papel central na salvaguarda da legalidade e constitucionalidade dos atos de qualquer natureza dos demais poderes, além, é claro, do papel de assegurar e dar efetividade a direitos de cunho social, como os direitos à saúde, educação, moradia e similares.

---

<sup>86</sup> BRASIL. PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14/09/2021

Em razão da importância da temática diversos são os trabalhos que se dedicam a destrinchá-la, destacando-se o Projeto de Florença, coordenado na década de 1970 por Mauro Cappelletti<sup>87</sup>, que traz o conceito de “ondas do movimento de acesso à justiça” e a importância histórica dessas transformações. Destacam-se também estudos em âmbito nacional que observam desde o perfil dos atores nos crescentes processos de judicialização até as políticas públicas com o fim de ampliar o acesso à justiça.

Em consonância com a problematização no âmbito teórico e acadêmico diversas foram as mudanças no âmbito legislativo com o fito de ampliar o acesso à justiça. Medidas como a criação de juizados para causas de menor complexidade como o, já extinto, Juizado de Pequenas Causas (lei nº 7.244/1984), os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (lei nº 9.099/1995) e os Juizados Especiais Federais (lei nº 10.259/2001), a constitucionalização da Defensoria Pública como função essencial à justiça e a implementação de meios alternativos de resolução de conflitos são exemplos de esforços políticos nesse sentido.

Na obra *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*<sup>88</sup>, Luciana Gross e Fabiana Luci de Oliveira dedicam um capítulo a problemática do acesso à justiça. As autoras analisam os dados produzidos no Índice de Confiança na Justiça, ICJ Brasil<sup>89</sup>, realizado pela FGV para traçar o perfil dos usuários do sistema de justiça, a avaliação pública do judiciário, as percepções sobre o sistema e o perfil das demandas judicializadas.

Gross e Oliveira concluem que as demandas de judicialização de políticas públicas representam um percentual ínfimo frente a totalidade das demandas, mas o que mais se destaca é o cruzamento de dados entre o perfil dos usuários e o perfil das demandas. Para além da problemática do acesso à justiça por si só, identifica-se que quando a demanda versa sobre a judicialização de serviços públicos o perfil socioeconômico e racial destoava daquele apresentado nos outros tipos de demanda. Segundo as autoras:

---

<sup>87</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso a Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

<sup>89</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV), Índice de Confiança na Justiça- ICJBrasil. Escola de Direito de São Paulo. Coord. CUNHA, Luciana Gross. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19034>>. Acesso em 16/09/2021.

“O perfil socioeconômico da população parece influenciar o tipo de demanda levada à justiça – enquanto os conflitos nas áreas criminal, de família e INSS foram relatados predominantemente por entrevistados com renda familiar e escolaridade mais baixas, os conflitos nas áreas trabalhista, consumerista, de trânsito e a judicialização de políticas públicas vieram em sua maioria daqueles com renda familiar e escolaridade mais altas [...] Por fim observamos uma diferença no perfil de judicialização de serviços no que se refere a cor e raça dos entrevistados – essa é a única área em que a maioria dos casos foi de autoria de pessoas autodeclaradas brancas”<sup>90</sup>

Inferese-se daí que o problema vai além do próprio acesso à justiça e engloba também um acesso desigual a justiça, ou seja, mesmo que grupos vulnerabilizados consigam alcançar o judiciário, dificilmente a demanda será para efetivar os direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988 e obstaculizados pela administração pública.

No campo da judicialização do direito à saúde, por exemplo, Fabiola Sulpino Vieira e Paola Zucchi<sup>91</sup> apresentam que o que acaba ocorrendo é uma elitização do acesso à saúde pela via judicial. Ao analisarem o perfil geográfico das ações judiciais objetivando a aquisição de remédios na cidade de São Paulo, as autoras identificaram que a maioria (63%) dos autores se concentravam em áreas com menor grau de exclusão social. Concluem afirmando que quando o Poder Judiciário desconsidera critérios efetivos de redistribuição gera distorções que fragilizam a política de medicamentos do SUS aumentando a irracionalidade na administração do erário e gerando prejuízo à equidade.

Segundo Gustavo Henrique Valle e João Marcos Pires Camargo<sup>92</sup>, essas e outras problemáticas no âmbito da judicialização da saúde foram apresentadas em audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a temática em 2009, contudo produzem pouco impacto nas decisões judiciais. É comum também que os entes públicos, em especial municípios<sup>93</sup>, aleguem em juízo que determinados provimentos colocam em risco as políticas

---

<sup>90</sup> OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz, 2019.

<sup>91</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino. ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, 41(2), p. 214-222, 2007.

<sup>92</sup> VALLE, Gustavo Henrique Moura do. CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2011.

<sup>93</sup> MAZZA, Fábio Ferreira. MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública, *Revista do Direito Sanitário*, v. 14, n 3, p 42-65, 2014.

de saúde mais amplas, em razão das limitações orçamentárias, tampouco isso produz impacto nas decisões finais tomadas pelos juízes<sup>94</sup>.

O que se percebe é que os magistrados, acreditando que o Poder Judiciário se traduz como agente principal de uma revolução em busca de maior igualdade<sup>95</sup> tomam decisões que buscam concretizar direitos, sem contudo avaliar o impacto sistêmico de suas decisões, muitas vezes gerando distorções, que no cenário de escassez orçamentária acaba por privar aqueles que não conseguem judicializar suas necessidades. Destaca-se que esse impacto é objeto de diversos estudos, apresentado para debate nos tribunais e é objeto também de recomendações do Conselho Nacional de Justiça.

Ainda que esforços interinstitucionais tenham ocorrido para capacitar os magistrados em termos de técnica médica e para reduzir a judicialização do direito à saúde, persistem as decisões que menosprezam o impacto orçamentário ou sistêmico do provimento. Daí decorre o entendimento de que há um problema na legitimidade das decisões, quando estas ao invés de concretizarem o direito à saúde, criam ou reforçam categorias privilegiadas no atendimento de seus direitos.

E ao enfrentar os obstáculos materiais apresentados pelos entes públicos com fundamentação de ordem essencialmente principiológica, como é a praxe, o Judiciário busca legitimar o seu papel de agente moral imbuído do dever de corrigir a ineficácia dos agentes públicos. Os juízes acabam por se colocar num papel de vanguarda da promoção de direitos, função que não lhes foi constitucionalmente atribuída, mas que é continuamente reafirmada em provimentos que ignoram a complexidade das políticas públicas. Todos esses elementos denotam como a moralidade é determinante nas decisões judiciais em matéria de políticas públicas.

A perspectiva da legitimidade no controle judicial de políticas públicas também pode ser analisada por uma outra ótica, a da legitimidade por reflexividade. O conceito é de Pierre

---

<sup>94</sup> VALLE, Gustavo Henrique Moura do. CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2011.

<sup>95</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

Rosanvallon e foi aplicado na realidade brasileira por José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum<sup>96</sup> ao analisarem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na judicialização de políticas públicas.

A tese de Ronsavallon<sup>97</sup> é a de que três são as formas de legitimar o exercício do poder estatal, são elas por reflexividade, por imparcialidade e por proximidade. A segunda, sinteticamente, versa sobre a necessidade de instituições imparciais e autônomas de maiorias políticas na gestão de determinados aspectos da administração pública. Já a terceira, de forma resumida, versa sobre a atitude do poder perante o povo, entendendo que se faz necessária uma ideia de justiça procedimental que não só regulamente o agir estatal, mas estabeleça uma lógica de equidade nessa atuação.

Em relação a primeira, a legitimidade por reflexividade, faz-se necessário uma pequena digressão sobre categorias de povo utilizadas pelo autor<sup>98</sup>, sendo elas o povo eleitoral, o povo social e o povo princípio. O primeiro é aquele se manifesta ocasionalmente durante os períodos de eleição, constituindo maiorias parlamentares, elegendo presidentes ou participando de referendos e plebiscitos. A segunda categoria se refere ao povo enquanto o somatório das iniciativas políticas do dia a dia, o que se constitui como: “uma exposição de situações vividas como manifestação do que se faz e desfaz de um mundo comum, um povo-fluxo, um povo-história, um povo problema”<sup>99</sup>.

Já o povo princípio, na definição de Pierre Rosanvallon, é aquele que se manifesta na existência de uma ordem mínima garantidora de direitos fundamentais, pautados pelo princípio da igualdade, entendendo a totalidade da população como sendo composta por sujeitos de direitos dignos do atuar e da proteção estatal. Nesses termos a legitimidade por reflexividade é responsável por mediar o confronto constante entre o povo eleitoral e o povo princípio, sendo que a jurisdição constitucional, em especial a exercida pelas Cortes Constitucionais, é o principal meio pelo qual essa forma de legitimidade se manifesta. Na lição de Moraes e Brum: “As Cortes Constitucionais, dessarte, possuem uma função propriamente reflexiva, que

---

<sup>96</sup> Ibidem

<sup>97</sup> ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*. Imparcialidad, reflexividad y proximidad. Tradução de Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

contribui para a formação de uma vontade comum, o que as distingue da imediatidade dos processos eleitorais (o povo princípio é permanente).”<sup>100</sup>

Trazendo para a realidade jurídica brasileira pode-se entender que a legitimidade por reflexividade é aquela que, por exemplo, se exerce na atuação contramajoritária do Poder Judiciário, quando este assegura direitos de minorias políticas por força do constitucionalismo democrático da Constituição de 1988. Contudo as decisões não podem ficar exclusivamente na abstratividade constitucional, devem ser tensionadas com a teoria do Estado, entendendo sua natureza e suas limitações<sup>101</sup>, ou seja, a legitimidade por reflexividade:

...demanda um olhar sobre os tribunais enquanto “foros de princípios”, que devem resgatar a facticidade e traduzir a história da comunidade a que pertencem. Não representam o “povo eleitoral”, tampouco o “povo social”, mas o “povo princípio, legitimando-se a partir desse último.”<sup>102</sup>

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de judicialização de políticas públicas, nas mais diversas áreas e tendo como ponto de partida o despacho do então Ministro Celso de Mello que julgou prejudicada a ADPF nº 45, Moraes e Brum chegam à conclusão de que:

O Supremo Tribunal Federal, portanto, por estar atuando, no tocante ao controle de políticas públicas, sem incorporar a facticidade do direito (representada, nessas situações, por uma teoria do Estado Social que dê conta de seus limites e possibilidades) e sem se comprometer ou, pelo menos, trabalhar com seus próprios precedentes, deixou de representar o “povo princípio”. Se o critério de sua legitimidade fosse o majoritário, teria condições de determinar a alocação de recursos dessa forma, porquanto estaria agindo, mesmo que em um plano formal, autorizado por aqueles que depositaram os votos na urna, pelo “povo eleitoral”. Mas ele deve representar – permitimo-nos insistir no ponto – o “povo princípio” e, por isso, sua legitimidade opera em chave diversa, reflexivamente. Daí podermos afirmar que os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre controle judicial de políticas públicas, à luz das premissas colocadas neste estudo, estão equivocados.<sup>103</sup>

Naturalmente a jurisprudência do STF repercute e influencia diretamente em todos os tribunais, não só quanto ao teor da decisão, mas também nas razões de decidir. Como se vê o STF optou por assentar sua jurisprudência em uma análise abstrata da sua função, essencialmente principiológica e ao fim essencialmente moral. Novamente reafirma-se uma

---

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

<sup>102</sup> Ibidem. p. 122

<sup>103</sup> Ibidem. p. 133



espécie de dever moral do Poder Judiciário, que acaba por se sobrepor a realidade dos demais poderes e em última instância se sobrepõe ao projeto constitucional que se faz pautado na democracia, em seu âmbito eleitoral e principiológico.

**CAPÍTULO 3 – AS CONTRADIÇÕES NA CONSTRUÇÃO  
JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE  
JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**3.1 – O ovo da serpente do moralismo no controle judicial de políticas públicas: A fundamentação da ADPF nº45**

O controle judicial de políticas públicas, como já dito, tem seu nascedouro a partir do projeto transformador implementado pela Constituição Federal de 1988, bem como se alicerça nos mecanismos criados a partir da implementação plena da supremacia constitucional, que possibilitou, tanto pela via difusa como pela concentrada que o Poder Judiciário confrontasse os atos do Poder Executivo com os ditames constitucionais na garantia de direitos.

Contudo, como toda transformação política e histórica, as mudanças não se dão da noite para o dia. Aos poucos o judiciário foi explorando os novos instrumentos concedidos pela Constituição Cidadã, possuindo inicialmente uma postura mais contida, restrita ao controle da legalidade estrita dos atos de outros poderes.

No âmbito da judicialização de políticas públicas tem-se como um *leading case* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 da relatoria do Ministro Celso de Mello. A ação proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira tinha como objeto o veto presidencial sobre o §2º do Art. 59 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/2003) que versava sobre diretrizes orçamentárias da seguridade social. O autor argumentava que o veto estava em desconformidade com a Emenda Constitucional 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiro mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Ocorre que posteriormente foi publicada a Lei 10.777/2003, de iniciativa do Presidente da República, que restaurava de forma integral o texto vetado, na forma do §3º do Art. 59 da LDO, ocasionado a perda de objeto da ação. O Ministro Celso de Mello em seu despacho reconheceu que a ADPF teve seu mérito prejudicado, contudo, em sede de *obiter dictum*, teceu argumentos em defesa de uma posição concretista do judiciário no controle de políticas públicas.

Tendo em vista a prejudicialidade da ação toda a explanação se deu em ordem abstrata, além é claro de ser uma reflexão individual do relator. Contudo a decisão se constituiu como verdadeiro marco jurídico na jurisprudência sobre controle judicial de políticas públicas do STF e do judiciário em geral. Tendo isso em vista faz-se necessário colacionar os trechos que delinearão posições posteriores do sistema de justiça. Confira-se:

[...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a **concretização de políticas públicas**, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. [...]

**É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas** (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

**Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.** [...]

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. **Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.** [...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

**É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (grifo próprio)**<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 - Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

Cabe aqui mencionar que o conceito de *obiter dictum*, se apresenta em antagonismo ao de *ratio decidendi*, se constituindo como argumento retórico, muitas vezes manifestando uma opinião do julgador, não sendo, por óbvio, o verdadeiro fundamento da decisão. Segundo Silva<sup>105</sup>: “...o obiter dictum consiste nas razões persuasivas ou argumentativas dos precedentes judiciais, são argumentos “de passagem”, são as razões que não possuem o condão de vincular o processo subsequente, não servindo como precedente de fato.”

Segundo Moraes e Brum<sup>106</sup>, o despacho do Ministro Celso de Mello na ADPF nº45 inaugurou o recorte perfeccionista<sup>107</sup> no STF e serviu como fio condutor de decisões concretistas posteriormente. Isto posto é fundamental que se perceba a fragilidade sobre a qual se assenta essa tese jurídica no STF, pois mesmo que não seja produto de um debate amplo do pleno da corte e sequer tenha sido legitimada em sede de *ratio decidendi*, essa decisão serviu como fundamento para diversas outras ao lidarem com casos concretos em matéria de controle judicial de políticas públicas.

A opção por um lastro exclusivamente abstrato da postura concretista acaba por dificultar. Imensamente, a definição dos contornos e limites desse entendimento, ficando, portanto, ao sabor do magistrado aplica-lo quando este entender ser necessário e ignorá-lo quando achar conveniente. Tamanho é o grau de abstração do precedente que em determinado trecho da decisão, o Ministro Celso de Mello legitima a intervenção judicial afirmando que ela se constitui como “imperativo ético-jurídico”, sem dirimir o que isso significa.

Destaca-se também trecho do despacho no qual se reflete sobre o confronto entre o princípio da separação dos poderes e o entendimento que estava sendo firmado na decisão:

---

<sup>105</sup> SILVA, Mateus Santos da. Precedentes judiciais: formação, superação e desafios da prática na advocacia moderna. 2019. 99 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

<sup>106</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

<sup>107</sup> A classificação é de Cass Sunstein, que intitula como perfeccionistas os magistrados que entendem a interpretação constitucional como instrumento para concretizar e até mesmo criar direitos no ordenamento jurídico a partir dos termos abstratos comuns em constituições, buscando fazer da Constituição o melhor que ela pode ser. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005. Edição Kindle.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária **a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes** em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil **se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais**.<sup>108</sup> (grifo próprio)

Salta aos olhos a classificação do princípio da separação dos poderes como dogma a ser revisado. Isto porque é indiscutível que a separação dos poderes se constitui não só como princípio constitucional, mas também como norma impassível de revogação, as chamadas cláusulas pétreas, nos termos do Art. 60, §4º, inciso III, da CRFB. Naturalmente que a decisão não tem o objetivo de abolir a separação dos poderes, mas detona uma hierarquia que parece subordinar o, assim referido, dogma ao “imperativo ético-jurídico”.

No mesmo trecho infere-se também a compreensão do papel supostamente vanguardista do Poder Judiciário quando o relator diz<sup>109</sup>: “...visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”. A conclusão a que se chega é que cabe aos magistrados o papel de corrigir os atos dos demais poderes, quase como uma instância revisora obrigatória de todos os atos políticos, visto que os demais poderes seriam incapazes de agir dentro dos ditames constitucionais.

Ao adotar quase que acriticamente toda a fundamentação apresentada, repisa-se em sede de *obiter dictum*, o Supremo Tribunal Federal acabou por tornar quase que ilimitada a discricionariedade judicial no âmbito do controle judicial de políticas públicas. Tamanha foi a abstração que, não raro, magistrados, inclusive do STF, passaram a classificar implicitamente as políticas públicas em dignas ou não da correção judicial<sup>110</sup>. Tal classificação quase sempre acaba por refletir a moralidade do juiz e o moralismo político presente na sociedade, dado que não há parâmetros realmente objetivos a serem seguidos na atuação judicial.

---

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 - Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

<sup>109</sup> Ibidem

<sup>110</sup> Será trabalhado na próxima seção um exemplo dessa classificação implícita das políticas públicas.

É importante pontuar que uma posição crítica quanto à construção jurisprudencial de uma postura concretista no que tange à judicialização de políticas públicas, não significa avaliar negativamente o fenômeno, posto que sua complexidade o impede se sujeitar a simples maniqueísmos. O que se revela é a necessidade de uma maior problematização da atuação judicial em todos os campos, principalmente quanto aos seus limites e razões de decidir, para que esta se emancipe de juízos pessoais, sejam de ordem moralista ou quaisquer outras, e possa concretizar o projeto constitucional.

### **3.2 – A controvérsia jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na judicialização de políticas públicas prisionais**

Conforme mencionado, a partir da ADPF nº 45 o Supremo Tribunal adota um recorte concretista no âmbito da judicialização de políticas públicas. A título de exemplo Moraes e Brum enunciam diversas decisões sobre os mais variados tipos de políticas públicas prolatadas pelo STF que se fundamentam no referido precedente. Confira-se:

Esse discurso, nos precedentes que lhe seguiram, foi utilizado para determinar a órgãos do Poder Executivo do Estado brasileiro, em diferentes níveis federativos, que, dentre outras atividades: ampliem o acesso a creches escolares e outros estabelecimentos de educação infantil (RE nº 410.715, RE nº 436.996, ARE nº 639.337 e RE nº 595.595); forneçam transporte a alunos da rede pública de ensino (RE nº 603.575); construam salas de aula (ARE nº 635.679); regularizem moradias populares (AI nº 708.667); realizem obras para tratamento de esgoto (AI nº 93.676) e para despoluição de um rio (RE nº 417.408); paguem diferenças referentes aos serviços efetivamente prestados aos beneficiários do SUS por entidade médica privada, mesmo que extrapolado o teto orçamentário previsto (RE nº 665.764); construam abrigos para moradores de rua (RE nº 634.643); reformem instituição de ensino (AI nº 809.018); cumpram adequada e continuamente serviços de saúde em âmbito municipal, promovendo a reforma, a manutenção geral e a pintura de estabelecimento médico, a aquisição de condicionadores de ar, a reativação de salas de cirurgia e de parto, a reforma na rede elétrica, a aquisição de extintores de incêndio e mangueiras e a contratação efetiva de farmacêutico ou bioquímico (RE nº 642.536); promovam a demolição de construções em desacordo com o projeto urbanístico (RE nº 563.144); realizem obras de saneamento (RE nº 700.227); ampliem a atuação da Defensoria Pública (AI nº 835.956, RE nº 763667, RE nº 795.749, AI nº 598.212 e AI nº 739.151); destaquem policiais para garantia da segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores (AI nº 810.410); incrementem estruturas em maternidades estaduais (RE nº 581.352); aumentem leitos em unidade de terapia intensiva (ARE nº 740.800); recuperem barragem (RE nº 658.171); assegurem o direito à educação, em local com infraestrutura básica, a menores residentes em assentamentos (RE nº 595.129); construam nova escola e contratem vigia (ARE nº 761.127).<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

Contudo, ainda que políticas públicas de cunho educacional, habitacional, urbanístico, infanto-juvenil e de saúde pública tenham sido merecedoras de determinação judicial com fito ao seu aperfeiçoamento, durante um período razoável de tempo o mesmo tratamento era negado para as políticas públicas penitenciárias.

Em 2011 a Ministra Carmen Lúcia, em decisão monocrática, deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 650.085 do Estado de São Paulo para reformar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Ação Civil Pública proposta pelo ministério público paulista, que determinava interdição de cadeia pública e sua consequente reforma. Na decisão a relatora produz um amplo compilado da jurisprudência do STF sobre a temática até então. Confira-se:

[...] Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. [...]

4. Este Supremo Tribunal assentou que a determinação, pelo Poder Judiciário, de realização de obras em cadeia pública contraria o art. 2º da Constituição da República: [...]

6. *Todavia, no que concerne à violação ao art. 2º da Constituição Federal, assiste razão à parte recorrente, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Min. Eros Grau bem ressaltou sobre a matéria no RE 422.298/PR, DJ 07.8.2006, nos seguintes termos:*

*“3. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE n. 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.05.” Ainda, nesse sentido cito o RE 403.806/PR, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 22.8.2007 e o RE 401.758/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.3.2008.*

[...] 9. *De fato, a utilização de ação civil pública a fim de exigir do Executivo local a manutenção de determinado estabelecimento prisional afigurase um questionável avanço em suas atribuições, pois, apesar de ser nobre o pleito e de a segurança pública ser deveras direito de todos, esse tipo de ingerência nos atos da Administração pública pode acabar por transformar o juiz em administrador, uma vez que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas. [...]*

Dessa orientação jurisprudencial divergiu o julgado recorrido.

5. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).<sup>112</sup>

Inferese-se que havia uma profunda contradição na jurisprudência do STF. Em setembro de 2011 a Ministra Carmen Lúcia decidia que a determinação judicial para reforma de uma cadeia pública violava a separação dos poderes, adotando para tal uma postura de autocontenção. Já em dezembro do mesmo ano a Ministra Carmen Lúcia acompanhava o voto

---

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 650.085/SP -São Paulo. 2011. Ministra Relatora Carmen Lúcia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

do Ministro Dias Toffoli, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 635.679<sup>113</sup>. em uma decisão que determinava a construção de salas de aula pelo Estado de Goiás, adotando para tal uma postura concretista.

A evidente contradição não foi objeto de maiores explicações, mas a argumentação empregada pelo recorrente no caso do RE nº 650.085/SP, em trecho, inclusive, destacado pela relatora, oferece pistas das razões dessa diferenciação:

(...) A tutela requerida só nos afiguraria razoável se adotada a presunção de que os presos serão transferidos para local com situações mais favoráveis, bem como que a reforma pretendida é prioritária em relação aos demais estabelecimentos carcerários do Estado, ou ainda, em relação às demais incumbências do Poder Executivo (obras de saneamento, hospitais, creches, escolas, moradias, etc.)” (fls. 430-438 – grifos nossos). (...) 3. Razão jurídica assiste ao Recorrente.<sup>114</sup>

Identifica-se argumentação em sentido muito similar em decisão do Ministro Carlos Velloso que, valendo-se dos fundamentos de parecer da procuradoria geral da república, adotou uma postura de autocontenção no que tange a reforma de cadeias públicas. Tal decisão teve grande destaque na decisão da Ministra Carmen Lúcia no RE nº 650.085/SP. Confira-se:

Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pela saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades.[...]

**A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, algumas em pior situação, por falta de verbas, aguardam por idêntica solução? O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade.**<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 635.079/GO -Goiás. 2011. Ministro Relator Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 650.085/SP -São Paulo. 2011. Ministra Relatora Carmen Lúcia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 365.299/SC -Santa Catarina. 2006. Ministro Relator Carlos Velloso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.



O argumento basicamente sustenta que a adoção de uma postura concretista por parte do Poder Judiciário, que determinasse reformas em unidades prisionais geraria não só um privilégio de algumas unidades prisionais sobre outras, mas também um privilégio sobre outras prestações públicas, tais como aquelas relativas ao direito à educação e a saúde. É fundamental destacar que um suposto privilégio entre políticas públicas jamais foi aceito como óbice argumentativo que impedisse a concretização, pela via judicial, de qualquer outro direito. Contudo essa parece ser a fundamentação, ainda que implícita, para o tratamento diferenciado das matérias em questão.

Importante frisar que o direito à vida, assim como a dignidade da pessoa humana de pessoas encarceradas (direitos estes que eram objetos de ações que pleiteavam a reforma de unidades prisionais), estão inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais, bem como constituem parte inalienável do projeto transformador da Constituição Cidadã. Todavia as políticas públicas que falhavam em assegurar esses direitos, não eram classificadas como dignas de correção judicial, ao contrário das demais políticas.

Ao acolher argumentação que subordinava os direitos de encarcerados ao demais direitos, o Supremo Tribunal Federal acabava por adotar o entendimento moralista de que existem categorias de indivíduos e de que dentro dessa categorização os presos estariam abaixo dos demais. Tal entendimento é flagrantemente inconstitucional, mas lastreou durante um período razoável a posição autocontida do STF. Repisa-se que em grande parte isso foi possível graças a fragilidade da construção jurisprudencial no âmbito da ADPF nº45. Por muito tempo os magistrados entenderam que não havia “imperativo ético-jurídico” que os obrigassem a zelar pelos direitos dos aprisionados, pois nesse caso prevalecia o “dogma da separação dos poderes”.

A controvérsia judicial só foi resolvida em agosto de 2015, no RE nº 592.581/RS da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual o STF, apreciando o tema 220, deu provimento ao recurso assentando que:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que

preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.<sup>116</sup>

É curioso notar que o julgamento foi unânime, contando, inclusive, com o apoio de ministros que se manifestavam contrários a decisões concretistas em matéria de políticas prisionais, tais como a Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes<sup>117</sup>. Logo em seguida a esta decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em setembro de 2015, na ADPF nº347, o estado de coisas inconstitucional<sup>118</sup> do sistema penitenciário nacional, constituindo importante avanço na defesa dos direitos humanos. Contudo, mais uma vez, é impossível ignorar que por uma década a abstratividade do precedente em sede de controle judicial de políticas públicas, permitiu tratamento discriminatório para com os detentos, que, cedendo a uma compreensão moralista, inferiorizava estes indivíduos.

### **3.3 – A Emenda Constitucional nº 95/2016, vitória do princípio da escassez? A contradição na fundamentação do Mandado de Segurança nº 34.507/DF**

Em 2016 a presidente Dilma Rousseff sofreu um processo de impeachment, conduzindo o então vice-presidente, Michel Temer, a presidência da república. O novo governo, objetivando enfrentar a crise econômica vivida pelo país, reformulou a política econômica e apresentou uma série de reformas jurídicas. Destaca-se, para o objeto deste trabalho, a Emenda Constitucional nº 95/2016, que durante sua tramitação foi nomeada como Proposta de Emenda à Constituição 241/2016 (Câmara dos Deputados) e Proposta de Emenda à Constituição 55/2016 (Senado Federal).

A EC nº 95/2016 tem com núcleo a implementação de um Novo Regime Fiscal e o fez acrescentando os Arts. 106 a 114 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A medida estabeleceu limites individualizados para as despesas primárias da União, determinando que durante vinte exercícios financeiros essas despesas estejam limitadas ao exercício imediatamente

---

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS – Rio Grande do Sul. 2015. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 401.758/GO - Goiás. 2008. Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

<sup>118</sup> “...a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347. Distrito Federal/MC. 2015. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

anterior, corrigido pelo IPCA<sup>119</sup>. Em outras palavras o orçamento federal previsto no exercício financeiro de 2017 deve ser reproduzido durante dezenove anos, corrigido apenas pela inflação. Destaca-se que ficaram excluídos dessa limitação o pagamento de juros e encargos da dívida pública da União.

A amplitude temporal e material do Novo Regime Fiscal gerou debates intensos na seara política e jurídica. No âmbito do direito destacaram-se manifestações públicas do Procurador Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação de Juízes Federais. Todas alegando severas inconstitucionalidades na proposta, por ofensa a cláusulas pétreas, nos termos do Art. 60 §4º da CRFB. Destacaram-se também estudos jurídicos e interdisciplinares que afirmavam problemas de ordem constitucional na proposta no âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

Em Nota Técnica, o IPEA analisou os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento da saúde pública e efetivação do direito à saúde no Brasil, concluindo que:

Pelo exposto nesta Nota Técnica, fica claro que a PEC 241 impactará negativamente o financiamento e a garantia do direito à saúde no Brasil. Congelar o gasto em valores de 2016, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que os recursos públicos para a saúde já estão em níveis adequados para a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde, e que a melhoria dos serviços se resolveria a partir de ganhos de eficiência na aplicação dos recursos existentes. Ademais, o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS.

Caso seja aprovada, a PEC 241 tampouco possibilitará a redução das desigualdades na oferta de bens e serviços de saúde no território nacional. Não só não haverá espaço no orçamento para tanto, como o teto das despesas primárias, em um contexto de aumento acelerado das despesas previdenciárias, levaria a um processo de disputa das diversas áreas do governo por recursos cada vez mais escassos. Como o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, a redução do gasto com saúde e dos gastos com políticas sociais de uma forma geral afetarão os grupos sociais mais vulneráveis, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais e para a não efetivação do direito à saúde no país.<sup>120</sup>

No mesmo sentido o Consultor Legislativo do Senado Federal Ronaldo Jorge Araújo Vieira, apontou, em Boletim Legislativo, inconstitucionalidades no âmbito da proposta:

---

<sup>119</sup> Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, constitui-se como o principal índice brasileiro de inflação

<sup>120</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino. BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Brasília. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)* Nota Técnica nº28. setembro/2016. Disponível em < [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT\\_n28\\_Disoc.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT_n28_Disoc.pdf)> . Acesso em 18 de setembro de 2021.

Estamos no campo dos direitos fundamentais diretamente relacionados à inviolabilidade da vida humana e às condições mínimas inerentes à dignidade das pessoas. As alterações propostas pela PEC nº 55, de 2016, que geram drástica redução nos recursos alocados nessas áreas, atingem o núcleo essencial desses direitos fundamentais, eis que diretamente conectados com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A vedação ao retrocesso social, nesses casos, é absoluta e destina-se a salvaguardar o mínimo existencial já conferido aos brasileiros mais necessitados. Nesse sentido, não há como concluir de forma diversa: o art. 105 é inconstitucional. Quanto aos demais direitos fundamentais afetados pelo congelamento de despesas primárias promovido pela PEC nº 55, de 2016, que não se enquadrem na classificação anterior, em acréscimo ao que já foi afirmado neste estudo, entendemos que o retrocesso social também há de ser vedado, pois inexistente razão idônea quanto à necessidade e adequação que justifique a promoção do referido congelamento de despesas por vinte anos em uma conjuntura recessiva, marcada por forte pressão por aumento de demanda de serviços públicos, e partindo de uma base (despesas primárias efetivamente realizadas em 2016) de todo defasada.”<sup>121</sup>

O estudo de Vieira obteve destaque especial, pois a partir dos argumentos tecidos no parecer foi impetrado, por senadores, um mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal objetivando, com pedido de medida liminar, suspender a tramitação da PEC 55/2016. O relator da ação, Ministro Luís Roberto Barroso, indeferiu o pedido de medida liminar. Destaca-se trecho da emenda da decisão:

4. A responsabilidade fiscal é fundamento das economias saudáveis, e não tem ideologia. Desrespeitá-la significa predeterminar o futuro com déficits, inflação, juros altos, desemprego e todas as consequências negativas que dessas disfunções advêm. A democracia, a separação de Poderes e a proteção dos direitos fundamentais decorrem de escolhas orçamentárias transparentes e adequadamente justificadas, e não da realização de gastos superiores às possibilidades do Erário, que comprometem o futuro e cujos ônus recaem sobre as novas gerações.

5. **Por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos. Porém, esta não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização.**”<sup>122</sup> (grifo próprio)

Percebe-se o uso de uma argumentação que denota autocontenção judicial, concluindo, inclusive com uma negação da possibilidade de judicialização nos casos em que grupos vulnerabilizados sejam prejudicados na alocação orçamentária. Em uma análise superficial seria possível concluir que o ministro em questão advoga contra posições concretista no âmbito

---

<sup>121</sup> VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (Boletim Legislativo nº 53, de 2016). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.507/DF – Distrito Federal. 2016. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 18 set. 2021.

do controle judicial de políticas públicas. Contudo o Ministro Luís Roberto Barroso é, reconhecidamente, defensor de uma atuação ampla e concretista do STF.

No RE nº 592.581/RS, que versava sobre a judicialização de reformas em unidade prisionais, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou em suas contrarrazões que o grave quadro fiscal do estado deveria ser observado, de modo que o pedido da ação fosse indeferido. O Ministro Luís Roberto Barroso enfrentou a questão nos seguintes termos:

...Presidente, eu gostaria de dizer que ouvi com interesse a defesa do Estado do Rio Grande do Sul pelo Procurador do Estado, Doutor Luís Carlos Kothe Hagemann, com a solidariedade de quem já defendeu o Estado em situações difíceis nesta vida. O Estado lida com esse drama de ter que alocar recursos escassos entre fins alternativos que são crescentes em uma sociedade como a nossa. O Estado, como eu disse, tem de alocar recursos escassos, e a reserva do possível é uma variável importante. **Porém, o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição.**<sup>123</sup>(grifo próprio)

Em seu voto na ADPF nº 347<sup>124</sup>, o Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhou o relator na determinação, por medida cautelar, de descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional, novamente adotando fundamentação que privilegia uma postura concretista no campo da judicialização de políticas públicas.

O projeto transformador da Constituição Federal de 1988 tem como um de seus objetivos: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”<sup>125</sup>. Para alcançar esse objetivo o texto constitucional alçou a condição de direito fundamental, portanto cláusula pétrea, os direitos sociais, tais como educação e saúde. E seguindo a linha apresentada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 592.581/RS

---

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS – Rio Grande do Sul. 2015. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347. Distrito Federal/MC. 2015. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

<sup>125</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

“... o Estado ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição.”<sup>126</sup>

É inquestionável a prioridade dada pela Constituição Cidadão aos direitos sociais, em especial educação e saúde, portanto parece profundamente contraditório sujeita-los a uma limitação orçamentária de vinte anos que acaba por impedir que essas áreas, tão dinâmicas e multifacetadas em suas demandas, possam ser devidamente contempladas com políticas públicas em linha com os objetivos constitucionais. Contudo o relator entendeu como constitucional que grupos vulnerabilizados possam ser alijados do planejamento orçamentário<sup>127</sup>, pois seria essa uma consequência do processo político, acabando por negar o papel contramajoritário, constitucionalmente atribuído ao STF, e contrariar o entendimento consolidado na corte na matéria.

E dada a amplitude da Emenda Constitucional nº 95/2016, com reflexos em todas as áreas das prestações estatais, a contradição da decisão é profunda e grave, principalmente perante a Constituição de 1988. Portanto mais uma vez, a fragilidade da construção jurisprudencial realizada, em sua gênese, sem um debate amplo e afastado de condições fáticas possibilitou uma decisão amplamente contraditória com as promessas da Lei Maior e com a própria jurisprudência concretista do Supremo Tribunal Federal.

Cumprir mencionar que, ao menos, sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que versam sobre as inconstitucionalidades da EC nº95/2016, estão pendentes de julgamento. Os proponentes são partidos políticos, entidades nacionais de classe da magistratura e do ministério público e confederações sindicais. As ações contam com apoio de instituições como o Conselho Nacional de Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, dentre outras.

---

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS – Rio Grande do Sul. 2015. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.507/DF – Distrito Federal. 2016. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 18 set. 2021.

## CONCLUSÃO

Este trabalho monográfico se dedicou a analisar a judicialização de políticas públicas sob a ótica do debate acerca dos limites da discricionariedade judicial, realizando para tal pesquisa teórica e casuística. De início, foi relatado o desenvolvimento histórico da maneira como o Estado moderno se apresentou e qual o papel buscou desempenhar em cada período, com um recorte especial para a realidade brasileira. Nesse sentido analisou-se que o Brasil possui uma história marcada por profundas dificuldades no campo das desigualdades e que a Constituição de 1988 buscou projetar a superação dessas mazelas, constitucionalizando direitos e garantias fundamentais a todo o povo brasileiro e criando para tal mecanismos de controle judicial sobre os mais diversos aspectos da vida política, colocando o Poder Judiciário em grau inédito de importância.

Restou claro a configuração de um conflito entre as promessas da Constituição Cidadã e o ideário econômico predominante no Brasil desde a década de 1990, o que conduziu as disputas político-sociais para a seara judicial, aumentando ainda mais a importância do judiciário na dinâmica política nacional. O protagonismo galgado pelos atores do sistema de justiça acabou por produzir a imagem de que estes cumprem um dever moral e de que estão em superioridade aos demais agentes, acreditando que o Poder Judiciário seria o agente principal de uma revolução em busca de maior igualdade<sup>128</sup>.

Em seguida recuperou-se parte do debate sobre direito e moral, passando pelos conceitos de jusnaturalismo, juspositivismo e neoconstitucionalismo. Feito esta revisão avançou-se pelo conceito de moralismo e sua diferenciação da ética, apresentando a metáfora do juiz Hércules de Ronald Dworkin. Isto posto apresentou-se o conceito de Metapositivismo, de Emerson Gabardo, que pode ser entendido como uma forma do neoconstitucionalismo marcada subjetividade, insegurança jurídica, inversão de solidariedade, subsidiariedade, eficiência pragmática e principalmente da moral extraída do senso comum como forma de substrato axiológico, ou seja, o moralismo.

---

<sup>128</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

Ulteriormente foi analisado como os fenômenos da Judicialização da Política e o Ativismo Judicial se manifestam, muitas vezes, como forma de um moralismo crescente na atuação judicial, tanto em sua legitimação quanto em suas razões de decidir. Após foi feita uma análise da problemática da legitimidade das decisões judiciais em matérias de políticas públicas, questionando a constante falta de visão sistêmica de magistrados, aliados a potenciais distorções nas prestações estatais quando estas sofrem intervenções.

Analisou-se também a perspectiva da legitimidade por reflexividade, de Pierre Rosanvallon, concluindo-se, na análise Morais Brum<sup>129</sup>, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de políticas públicas carece dessa legitimação reflexa por se afastar da facticidade do direito, se afastando de uma teoria do Estado Social que dê conta de seus limites e possibilidades.

Ao fim foi analisada a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle judicial de políticas públicas, na qual buscou-se problematizar a forma como surge e se consolida o recorte concretista, entendendo que a discussão individualizada, em sede de *obiter dictum* e afastada de um caso concreto resultou em vícios e contradições. Nesse sentido foi analisada as decisões do STF em judicialização de reformas em unidades prisionais, bem como a evidente contradição da corte no caso da Emenda Constitucional nº 95.

A conclusão a que se chega é que a atuação judicial busca se legitimar através de um discurso moral, avocando pra si a função de concretizar o projeto constitucional frente a suposta incapacidade dos demais poderes e valendo-se de argumentos de cunho principiológico, muitas vezes ligados a uma moralidade abstrata, leia-se moralista, não facilmente identificada com os ditames constitucionais.

Registra-se que em nenhuma hipótese este trabalho tem como objetivo desqualificar o Supremo Tribunal Federal, bem como qualquer um de seus juízes, a corte se constituiu como instituição fundamental para a estabilidade institucional brasileira. Tampouco se presta a valorar negativamente o fenômeno de judicialização de políticas públicas, posto que sua complexidade o impede se sujeitar a simples maniqueísmos.

---

<sup>129</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.



A proposta é demonstrar a necessidade de uma maior problematização da atuação judicial em matéria de políticas públicas, principalmente quanto à sua legitimação e aos seus limites e razões de decidir, para que esta se emancipe de juízos pessoais, sejam de ordem moral ou quaisquer outras.

Por fim ressalta-se que o desenvolvimento institucional é um processo constante e turbulento, no qual é fundamental a reflexão crítica do agir do Estado e todas as suas instituições, pois só assim os sonhos entalhados na Constituição de 1988 se realizaram, permitindo ao Brasil caminhar na construção diária de uma nação soberana, livre e socialmente justa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Altamiro. *A estranha prisão do jornalista que denunciou "Lista de Furnas". Em outras palavras*, 2014. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/a-estranha-prisao-do-jornalista-que-denunciou-lista-de-furnas/>>. Acesso em: 10/09/2021

ALMEIDA, Gilberto W. *Moralismo na Política Brasileira: manifestações recentes*. IV Encontro da Compólitica, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

ALVES, Cristiano Botelho. *A mítica do "juiz héracles" de dworkin na solução dos casos difíceis (hard cases): fábula ou esforço interpretativo?* Emporio do Direito, 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-mitica-do-juiz-hercules-de-dworkin-na-solucao-dos-casos-dificeis-hard-cases-fabula-ou-esforco-interpretativo-por-cristiano-botelho-alves>>. Acesso em 07/09/2021

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 01.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 2 nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986

BIJOS, Leila. Caixa de pandora: uma reflexão sobre a ética, a moral e o direito. *Revista do Mestrado em Direito UCB*. v. 4, n 1, 2010.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, Verbete Estado do bem-estar. 1992.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.8.2012.tde-16082012-125217. Acesso em: 2021-08-27

BRASIL. PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14/09/2021

BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em 27 de agosto de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.487/PR – Paraná. 2010. Ministra Relatora Ellen Gracie. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 642.536/AP - Amapá. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 635.079/GO -Goiás. 2011. Ministro Relator Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 635.679/GO - Goiás. Ministro Relator Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 725.968/MG- Minas Gerais. Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 09 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 -Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347. Distrito Federal/MC. 2015. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.507/DF – Distrito Federal. 2016. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 18 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 365.299/SC -Santa Catarina. 2006. Ministro Relator Carlos Velloso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 401.758/GO - Goiás. 2008. Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS – Rio Grande do Sul. 2015. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 650.085/SP -São Paulo. 2011. Ministra Relatora Carmen Lúcia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 16 set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Cláudia Paiva. Desafios democráticos para a constituição dirigente: entre vinculação e abertura constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 117, pp. 193-217, jul./dez. Belo Horizonte: 2018.

CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de Droit*. 2ª ed. Paris: Montchrestien. 1994.

COELHO, Nelly Novaes. *O conto de fadas: símbolos, mitos, arquétipos*. São Paulo: Paulinas, 2012, p.139

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 522.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado, 2001.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV), Índice de Confiança na Justiça- ICJBrasil. Escola de Direito de São Paulo. Coord. CUNHA, Luciana Gross. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19034>>. Acesso em 16/09/2021

GABARDO, Emerson. *Boas Intenções e Ideias Malditas*. Direito do Estado, 2016. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>>. Acesso em 08/09/2021

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*; Vol. 17, N. 70 (Ano 2017).

GABARDO, Emerson. *Por um Direito público altruísta: crítica ao fenômeno metapositivista e sua impactação nas decisões públicas contemporâneas*. Curitiba, 2015.

189f. Tese (Concurso de Professor Titular). Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 13.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3 ed. P. 56, Madrid:Alianza. 1982.

GIGANTE, Rodrigo Duarte; AMARAL, Sérgio Tibiriça. *Jusnaturalismo e juspositivismo: uma análise crítica*. INTERTEMAS Presidente Prudente, v. 14 p. 162-184 nov. 2009

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, Tradução Walter Stonner. 3 ed. Rio de Janeiro. Liber Juris, 1995.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; SOUZA, José Patriarca Brandão de. Questões políticas e Supremo Tribunal Federal: da autolimitação ao moralismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 189-204, dez. 2018.

LIMA RESENDE, Ranieri.; RIBAS VIEIRA, José. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 29 dez. 2016.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. 91 p. (Coleção primeiros passos; 62), p.28/29

MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020, p. 202.

MAZZA, Fábio Ferreira. MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública, *Revista do Direito Sanitário*, v. 14, n 3, p 42-65, 2014.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v.1. (Coleção Estado e Constituição).

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de.; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8ª Edição, rev. e atualizada. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014

MOREIRA, Luiz. *O século do Poder Judiciário*. Brasil Debate, 2015. Disponível em: <<https://brasildebate.com.br/o-seculo-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 13/09/2021

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.508

NOVAES, André. Consenso de Washington: crise do Estado Desenvolvimentista e seus efeitos sociais – um balanço crítico. *Revista Ensaios*, Niterói, v.1 n.1, p. 8-22, 2008.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico]: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série temas de interesse do legislativo; n. 30)

OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz, 2019.

Pandora - Mitologia Grega" em Só História. Virtuoso Tecnologia da Informação, 2009-2021. Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/ef2/mitologiagrega/pl.php>>. Acesso em 09/09/2021

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. (trad. João Sedas Nunes) Lisboa: Editorial Presença, 2001.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Tradução de Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução de Antônio P. Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, 15 nov. 2018, p.200

SCAFF, Fernando Facury. *A Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro. 34, n. 93, p. 31–42, jul./set., 2000

SILVA, Mateus Santos da. Precedentes judiciais: formação, superação e desafios da prática na advocacia moderna. 2019. 99 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n.4, Jan-Jun, p. 9-27, p. 25

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589, nota de rodapé 123.

STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme minha consciência” dá segurança a alguém? Consultor Jurídico – CONJUR, 15.05.2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 14/09/2021

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005. Edição Kindle.

TATE. C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power?* In: *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialização of Politics*, pp. 28-31.

TODOROV, Tzvetan. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2012.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. *Judicialização da política*. São Paulo. Fundação Perseu Abramo. 2016

VALLE, Gustavo Henrique Moura do. CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2011.

VASCONCELOS, Yumara Lúcia; MIRANDA, Kleyvson José de. *Jusnaturalismo e Juspositivismo: Objetos e Orientações Doutrinárias*. UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., v. 14, n. 2, p. 243-254, set. Londrina: 2013.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Brasília. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) Nota Técnica nº28. setembro/2016. Disponível em < [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT\\_n28\\_Disoc.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT_n28_Disoc.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, 41(2), p. 214-222, 2007.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (Boletim Legislativo nº 53, de 2016). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

ZIEGLER, Joice Antônia; UNSER, Rosemara; FERNANDES, Paula. Neoconstitucionalismo: origem, conceito e características. XXII Jornada de Pesquisa UNIJUÍ, 2017.