

**DIREITO E PANDEMIA:**  
**MAIS UMA TENTATIVA DE PRIVATIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO <sup>1</sup>**

**LAW AND PANDEMIC:**  
**ANOTHER ATTEMPT TO PRIVATIZE THE CONSTITUTION**

Rayann Kettuly Massahud<sup>2</sup>

Almir Megali Neto<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente trabalho objetiva estudar a decisão monocrática proferida pelo ministro Alexandre Moraes na ADI n. 6.357. Para tanto, esta decisão será analisada criticamente do ponto de vista da dogmática constitucional e das exigências paradigmáticas do Estado Democrático de Direito aplicáveis à jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Ao final, acredita-se ser possível demonstrar que essa decisão é contrária à ordem jurídico-constitucional vigente bem como seu déficit de legitimidade democrática.

Palavras-chave: Democracia; Constituição; Orçamento Público; Pandemia; Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Artigo submetido em 15-05-2020 e aprovado em 28-12-2022.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo e Aprendizagem Social (CONAPRES) e do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC). Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais - AGE/MG. Contato: rayannkmassahud@gmail.com.

<sup>3</sup> Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo e Aprendizagem Social (CONAPRES-UFMG), ao Núcleo de Estudos Constitucionalismo e Aprendizagem Social (NECONS-UFMG) e ao Grupo de Estudos Teoria Crítica e Constitucionalismo (UFMG). Contato: almir\_megali@hotmail.com.



**Abstract:** This work aims study the opinion made by justice Alexandre de Moraes in ADI No 6.357. To do so, this opinion will be critically analyzed from the constitutional theory and the paradigmatic requirements of constitutional democracy applicable to judicial review. It is argued that this decision is contrary to the constitutional system and undemocratic

Keywords: Democracy; Constitution; Public budget; Pandemic; Brazilian Supreme Court.

## 1. INTRODUÇÃO

É conhecida a máxima consagrada por Alexander Hamilton no artigo 78 de “O Federalista” segundo a qual o Poder Judiciário seria, pela natureza das suas funções, o menos perigoso dos poderes do Estado para os direitos consagrados em uma constituição. Para Hamilton, dos três poderes, seria o Judiciário o menos capaz de violar os direitos consagrados por uma uma constituição, pois não teria a espada nem a chave do cofre. Aquela pertenceria ao Poder Executivo enquanto esta, por sua vez, seria guardada pela legislatura. Faltaria, então, ao Poder Judiciário, competência para participar dos assuntos relativos à definição dos rumos militares e orçamentários da nação.<sup>4</sup>

Em tempos de pandemia de COVID-19, contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) parece ter assumido um protagonismo que não é dele em relação ao orçamento público, pelo menos se se pretender seguir a clássica teorização do sistema de freios e contrapesos consagrado pela Constituição estadunidense. Um exemplo disso foi a decisão

---

<sup>4</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78. In. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; Jay, John. **The Federalist Papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 380.



proferida pelo ministro Alexandre Moraes na ação direta de inconstitucionalidade n. 6.357 (ADI n. 6.357).

Na ADI n. 6.357, ajuizada pela presidência da República, pretendia-se conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ao artigo 114, *caput*, e parágrafo 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020. A ação foi distribuída por sorteio à relatoria do ministro Alexandre de Moraes que, em 29 de março de 2020, deferiu a medida cautelar requerida. Em sendo assim, o presente texto se dedicará a uma análise crítica dessa decisão, em especial, no que se refere à interpretação dada à Constituição e às leis orçamentárias para o enfrentamento do Coronavírus que, ao fim e ao cabo, concedeu à união federal a possibilidade de combater a pandemia livre das limitações que lhe eram impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020.

O texto que se segue está dividido em duas partes. Na primeira parte, a decisão monocrática proferida pelo ministro Alexandre Moraes na ADI n. 6.357 é analisada a partir da dogmática constitucional. Inicialmente, aponta-se a ilegalidade expressa pela forma por meio da qual esta decisão fora proferida: monocraticamente, pelo ministro relator do caso, fora do período de recesso do Tribunal e, portanto, contrário ao que dispõe o artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99. Em seguida, demonstra-se como a técnica da interpretação conforme a Constituição foi manejada inadequadamente neste caso, tendo em vista que, por meio dela, deferiu-se medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Ao final, sustenta-se que, a partir desta decisão, o STF avocou para si função típica do Congresso Nacional evidenciando, a um só tempo, violação à cláusula da separação dos poderes e à própria democracia deliberativa, na medida em que subtraiu do debate público democrático questão relativa ao orçamento público que possui inegável repercussão para a democracia, a separação de poderes e a proteção dos direitos fundamentais.



A segunda parte, por sua vez, dedica-se a investigar qual corrente teórico-conceitual confere sustentação à fundamentação da decisão monocrática proferida pelo ministro Alexandre Moraes na ADI n. 6.357. Sustenta-se, aqui, que o ministro Alexandre de Moraes, mesmo que não expressamente, valeu-se da compreensão das normas jurídicas do jurista alemão Robert Alexy. Isso pode ser demonstrado pela própria estrutura da decisão: Moraes, assim como Alexy, manejou os princípios jurídicos incidentes na espécie como valores. Para uma análise tal como essa, é essencial que se apresente a proposta teórica de Robert Alexy no que se refere à aplicação dos princípios pelos órgãos do Poder Judiciário, exposta na sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Após essa recuperação, o texto avança para criticar o papel que a teoria alexyana confere à jurisdição constitucional à luz das exigências paradigmáticas do Estado Democrático de Direito.

Por fim, nas considerações finais, os apontamentos críticos realizados no decorrer das seções anteriores à decisão monocrática proferida pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI n. 6.357 serão recuperados de forma sintetizada, a fim de demonstrar como essa decisão reduziu a participação popular e democrática em questões relacionadas ao orçamento público, fazendo do STF o tutor de uma sociedade incapaz.

## **2. A DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NA ADI n. 6.357 SOB A ÓTICA DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL**

A começar pela maneira por meio da qual a medida cautelar foi deferida nesta ação direta de inconstitucionalidade. O ministro Alexandre de Moraes deferiu monocraticamente a medida cautelar requerida na ADI n. 6.357 fora do período de recesso do STF. Nesse caso, segundo o artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99, o ministro relator do caso não teria competência para fazê-lo, pois, salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade deve ser concedida por decisão da maioria



absoluta dos membros do Tribunal. Dessa maneira, de plano, a decisão já pode ser considerada um caso de metonímia institucional, no qual um membro do Tribunal fala pelo todo.<sup>5</sup>

Outro ponto que merece destaque é o recurso à interpretação conforme a Constituição para deferir a medida cautelar na ADI n. 6.357. É dizer, houve o deferimento da medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por meio de técnica de decisão que objetiva conferir interpretação compatível com a Constituição. Algo no mínimo interessante.

É que a interpretação conforme a Constituição pode ser considerada um mecanismo de atuação prática do fenômeno da constitucionalização do Direito, na medida em que é uma técnica de decisão do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis que visa salvar determinado dispositivo legal infraconstitucional da pecha da inconstitucionalidade ao atribuir-lhe um sentido que seja constitucional. Isto é, confere ao dispositivo legal impugnado uma leitura consentânea com as diretrizes constitucionais, consagrando aquilo que em doutrina ficou conhecido como “filtragem constitucional”.<sup>6</sup>

No entanto, é preciso estar atento às singularidades da referida técnica para que seu manejo se dê de maneira adequada, até mesmo por uma questão de integridade do Direito. Na tradição do Direito Constitucional brasileiro, a nulidade do diploma legal infraconstitucional seria decorrência lógica e inevitável da constatação da sua incompatibilidade com a Constituição.<sup>7</sup> Contudo, a ruptura paradigmática promovida pelo advento do Estado Social importou em uma alteração do papel até então

---

<sup>5</sup> A expressão foi utilizada por Conrado Hübner Mendes para denominar casos decididos monocraticamente pelos ministros relatores do STF em detrimento da apreciação colegiada do Tribunal. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/04/quem-vai-conter-o-medalhao-do-stf.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>6</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 254.



desempenhado pelo Poder Judiciário repercutindo, assim, inevitavelmente, no exercício da jurisdição constitucional e no controle de constitucionalidade por ela desenvolvido.

O binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade parecia avesso à ruptura paradigmática empreendida com o chamado Estado Social. As políticas públicas careciam de legitimidade constitucional e um Estado cada vez mais “prestador de serviços” não poderia ter barradas suas medidas. Por outro lado, sempre que tais políticas violavam direitos, em uma perspectiva cada vez mais “eticizante” do Judiciário, era preciso revisar as determinações estabelecidas pelo Legislativo.<sup>8</sup>

Em compasso com as inovações introduzidas no campo do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, observaram-se mudanças na conformação jurídico-constitucional do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. Seguindo tais mudanças, a Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, incluiu alterações significativas. Uma delas foi o reconhecimento da possibilidade do manejo das chamadas sentenças intermediárias em seu artigo 28, parágrafo único.

As sentenças intermediárias seriam capazes de contornar o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade evitando os transtornos e inconvenientes da adoção rígida da declaração de nulidade com eficácia *ex tunc* de todas as leis consideradas inconstitucionais. As sentenças interpretativas, como espécie das sentenças intermediárias, almejavam salvar, pela via da interpretação, determinado ato normativo da pecha da inconstitucionalidade, sempre que o dispositivo normativo impugnado apresentar diferentes possibilidades interpretativas. Sendo assim, por meio da interpretação conforme a Constituição, o órgão judicial, no exercício do controle de

---

<sup>8</sup> MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 2.



constitucionalidade das leis, atribui à lei objeto de controle um sentido que seja adequado à Constituição evitando, dessa maneira, que a mesma seja extirpada do ordenamento jurídico.<sup>9</sup>

Pois bem, se assim o é, vislumbra-se a inadequação do manejo da referida técnica decisória na decisão ora em comento. Veja-se que por meio da interpretação conforme a Constituição o ministro Alexandre de Moraes deferiu a medida cautelar requerida na ADI n. 6.357. Uma contradição em seus próprios termos, pois. É que a técnica da interpretação conforme a Constituição não pode ser utilizada para deferir a medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade. A interpretação conforme a Constituição visa definir um sentido que seja constitucional para o ato normativo impugnado com o objetivo de salvá-lo da pecha da inconstitucionalidade, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade almeja justamente o contrário, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo normativo objeto de controle.

Ao conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos legais impugnados, o que poderia ter sido feito na ADI n. 6.357 seria declarar a compatibilidade dos mesmos com a Constituição e, portanto, indeferir o pedido cautelar nela requerido. É exatamente essa a hipótese dos chamados efeitos cruzados do artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99: uma ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente produz os mesmos efeitos de uma ação declaratória de constitucionalidade julgada procedente e uma ação declaratória de constitucionalidade julgada improcedente produz o mesmo efeito de uma ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Outra não pode ser a conclusão senão a de que

---

<sup>9</sup> Para fins deste trabalho, seguindo a prática jurisprudencial do STF, bem como a classificação apresentada por Emilio Peluso Neder Meyer, considerar-se-á a interpretação conforme a Constituição como espécie das chamadas sentenças interpretativas que, por sua vez, são espécie do gênero sentenças intermediárias. MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17.



se existe indicação de hipóteses em que haverá uma norma inconstitucional, não há que se falar em *interpretação conforme*, já que o intuito desta é tornar a norma constitucional apresentando *hipóteses constitucionais*. Caso contrário, há alguma lógica nas técnicas utilizadas pelo STF ou seu manejo é casuístico? A não ser que a questão seja apenas terminológica, falando-se em *interpretação conforme* quando se quer dizer *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*.<sup>10</sup>

Além do mais, também é um tanto quanto interessante notar o afastamento da possibilidade de qualquer controle por parte do Congresso Nacional para a readequação do orçamento. É que nos termos dos artigos 70 e 71, da Constituição, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, contando com auxílio do Tribunal de Contas da União. Isso quer dizer, portanto, que a fiscalização financeira e orçamentária é matéria de competência do Poder Legislativo que, por sua vez, também deverá apreciar os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição, conforme dispõe o artigo 165, parágrafo 4º. É bom que se diga que, apesar de ter sido alocada em local distinto da elaboração do orçamento, a fiscalização financeira e orçamentária também integra, como não poderia deixar de ser, aquilo que se costuma chamar de Constituição Financeira.

O art. 70 da CF 88 serve de introdução às demais normas que compõem a Seção IX, intitulada “Da Fiscalização Financeira e Orçamentária”.

É matéria que se integra à Constituição Orçamentária, que, por seu turno, faz parte da Constituição Financeira. A elaboração, a aprovação, a execução e a fiscalização do orçamento constituem um todo, do ponto de vista material.

Respeito ao aspecto formal, entretanto, a CF colocou a fiscalização financeira e orçamentária no capítulo Do Poder Legislativo (Tít. IV, Cap. I), quando, a nosso ver, estaria melhor situada no capítulo Das Finanças Públicas (Tít. VI, Cap. II), para o qual foram transportados os

---

<sup>10</sup> MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75.





dispositivos sobre o orçamento. No texto atual, portanto, ficaram separadas formalmente a elaboração do orçamento e a sua fiscalização.<sup>11</sup>

A fiscalização financeira “tem por objeto o controle da arrecadação das receitas e da realização das despesas”, enquanto a fiscalização orçamentária “é a que se exerce sobre a execução do orçamento. Tem por fim precípua, através da contabilidade, das análises e das verificações, mensurar o nível de concretização das previsões constantes da lei anual”.<sup>12</sup> Uma questão, portanto, que indubitavelmente se insere no rol das funções típicas do Poder Legislativo de controle e fiscalização das atividades financeiras do Estado. Houve, assim, evidente substituição da instituição responsável para o exercício dessa função. O STF, por meio da decisão monocrática do ministro Alexandre de Moraes, avocou para si a competência constitucionalmente atribuída ao Congresso Nacional.

Não se está querendo dizer aqui que o STF não teria competência para apreciar a constitucionalidade dos atos normativos que regulam a atividade financeira e orçamentária do Estado. Longe disso. O que se questiona é a assunção de uma função que a rigor não é do Tribunal, como se passa com a fiscalização financeira e orçamentária. A decisão, contudo, não se limitou a avocar competências do Congresso Nacional. Ela foi além para autorizar qualquer programa financeiro a ser realizado pelo Executivo enquanto durar o quadro de anormalidade provocado pela pandemia e o pior, sem qualquer controle democrático. É bom lembrar que nem mesmo a decretação de estado de defesa e de estado de sítio dispensam, na forma dos artigos 136 e 137, da Constituição, a apreciação do Congresso Nacional.

Ao adentrar nessa questão, liberando o Executivo de qualquer responsabilidade quanto à execução orçamentária, violou-se a um só tempo o princípio da separação dos

---

<sup>11</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 201.

<sup>12</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 202.



poderes e a própria democracia deliberativa, quadro este que se agrava ainda mais quando se tem em vista a forma pela qual uma decisão tal como esta foi proferida: monocraticamente, em sede cautelar e, portanto, em desconformidade com o que dispõe o artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99. Permitiu-se, assim, que uma questão central para a democracia, a separação de poderes e a proteção dos direitos fundamentais, tal como as escolhas orçamentárias e suas respectivas justificativas ficasse exclusivamente a cargo de um governo nitidamente marcado por se fechar cada vez mais em si mesmo. O debate público sobre questões fundamentais para o funcionamento do Estado antes de entrave à ação deveria ter sido visto aqui como qualificação para a atuação estatal, como, aliás, nos lembra Cícero desde a guerra do Peloponeso.

### **3. A TEORIA ALEXYANA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO INSPIRAÇÃO TEÓRICO-CONCEITUAL DA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NA ADI n. 6.357**

Para além do anteriormente mencionado desrespeito ao princípio da separação de poderes, do manejo inadequado da técnica da interpretação conforme a Constituição, além dos vícios em relação à forma pela qual referida decisão fora proferida, passa-se, agora, para uma discussão que, ainda que mais abstrata, é igualmente relevante para o Direito Constitucional e para a Teoria da Constituição, sendo ela: decisão judicial e aplicação das normas. Pois, como ensina o Professor Menelick de Carvalho Netto: “a tessitura aberta do direito não é mais um problema, mas um ponto de partida”.<sup>13</sup>

O ministro Alexandre de Moraes deferiu monocraticamente a medida cautelar requerida afastando a aplicação dos artigos “14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, *caput*, *in fine*,

---

<sup>13</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, 2001, p. 11.



e § 14, da LDO/2020” durante o período de calamidade pública em decorrência da “ameaça real e iminente” resultado da “pandemia de COVID-19. A decisão se ancorou nos princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade” . Nas palavras do próprio ministro:

*A temporariedade* da não incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020 durante a manutenção do estado de calamidade pública; a *proporcionalidade* da medida que se aplicará, exclusivamente, para o combate aos efeitos da pandemia do COVID-19 e a *finalidade maior* de proteção à vida, à saúde e a subsistência de todos os brasileiros, com medidas sócio econômicas protetivas aos empregados e empregadores estão em absoluta consonância com o princípio da razoabilidade, pois, observadas as necessárias justiça e adequação entre o pedido e o interesse público.

[...]

Diante do exposto, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR na presente ação direta de inconstitucionalidade [...].<sup>14 15</sup>

Nesse quadro, se torna razoável os questionamentos presentes como pano de fundo do referido debate: há limites para a aplicação de uma norma? Se sim, quais são eles? As decisões estão delimitadas por critérios internos ou externos ao Direito? Será que bastam as concepções, os valores, as opiniões e as crenças das juízas e dos juízes para a tomada de decisões? E, por fim, momentos de ausência de normalidade justificam o descumprimento de normas previamente estabelecidas — que contam com a pressuposição moderna de legitimidade — e a tomada de decisões ancoradas em subjetivismos?

A decisão em tela indica que o ministro Alexandre de Moraes entende que há alguns casos nos quais se “admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência

---

<sup>14</sup> Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática proferida na ADI n. 6.357, p. 11-12.

<sup>15</sup> Destaques do original.



política”.<sup>16</sup> Neles, os critérios para a tomada de decisão parecem ser os valores e as concepções dos julgadores, critérios, então, externos ao direito ou internos aos juízes e às juízas.

Dessa forma, em momentos de anormalidade, juízes e juízas estariam autorizados e autorizadas a decidir afastando a aplicação de normas a partir das próprias concepções de “razoabilidade”,<sup>17</sup> “permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da relevância do tema, [...] ditado pela gravidade que envolve a discussão”.<sup>18</sup>

Nesse sentido, faz-se necessário analisar se a decisão proferida pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI n. 6.357 capta devidamente o papel que deve ser desempenhado pelo STF no Estado Democrático de Direito. Assim, verificar-se-á a compatibilidade em dois níveis, ainda que conectados, de argumentação: o primeiro, sendo a questão da decisão judicial um tema de relevância para a Teoria do Direito e para o Direito Constitucional, serão analisados os fundamentos teóricos implícitos na argumentação e, conseqüentemente, na decisão de Moraes. A segunda, por sua vez, relacionada mais especificamente à função do STF enquanto intérprete da Constituição no Estado Democrático de Direito, bem como os seus limites, cristalizada na questão: “quem é o guardião da Constituição?”.

Quanto à primeira, há alguns indícios de que a concepção teórico-conceitual em relação à aplicação das normas utilizada pelo ministro Alexandre de Moraes, mesmo que de forma não expressa, é a teoria do jurista alemão Robert Alexy. Entre esses indícios, cabe ressaltar, a utilização de alguns termos na decisão como “proporcionalidade”<sup>19</sup>, bem como a própria estrutura argumentativa utilizada, pois ela, a decisão, se ancorou na

---

<sup>16</sup> Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática proferida na ADI n. 6.357, p. 06.

<sup>17</sup> Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática proferida na ADI n. 6.357, p. 11-12.

<sup>18</sup> Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática proferida na ADI n. 6.357, p. 06.

<sup>19</sup> Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática proferida na ADI n. 6.357, p. 11.



ponderação de valores ou, em outros termos, na ponderação de “políticas”.<sup>20</sup> Se isso estiver correto, resta saber se se trata de uma utilização equivocada da teoria ou se ela, a teoria, pelo contrário, comportaria referida decisão. Devido ao exposto, se faz necessário ir à obra de Robert Alexy, “Teoria dos direitos fundamentais”<sup>21</sup>, para verificar se há compatibilidade entre ela e a decisão em comento.

Segundo R. Alexy, apesar de algumas semelhanças com a obra de Ronald Dworkin,<sup>22</sup> sua teoria seria mais abrangente e teria validade para diferentes jurisdições, enquanto à teoria de R. Dworkin seria mais limitada.<sup>24</sup> Um dos motivos dessa maior abrangência estaria relacionada à compreensão mais ampla do que consistiriam os princípios jurídicos.<sup>25</sup>

Para R. Alexy, não há necessidade de que os princípios “sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o

---

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>23</sup> Uma das semelhanças seria exatamente na distinção das normas entre regras e princípios: “a distinção apresentada assemelha-se à proposta por Dworkin [...]. Mas ela dela difere em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

<sup>25</sup> Para R. Alexy, os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 90.



direito”.<sup>26</sup> Ou seja, a concepção alexyana de princípios leva a uma não diferenciação adequada ou suficientemente forte entre princípios propriamente ditos e os valores difundidos na sociedade.

A questão é, então, que em R. Alexy a forma abrangente que assumem os princípios acaba levando a uma imprecisão, consciente, entre princípios e valores políticos, ou melhor entre princípios e “políticas”.<sup>27 28</sup> Nas palavras do próprio autor:

O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como “políticas”. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante.<sup>29</sup>

Desse modo, se isso estiver correto, ainda que o ministro Alexandre de Moraes faça um uso inadequado da teoria de Robert Alexy, mesmo um uso correto parece permitir uma confusão entre princípios jurídicos e questões políticas. Nesse ínterim, como não há

---

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

<sup>28</sup> Já em Dworkin essa distinção entre princípios e política é uma diferenciação forte: “Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” **com base em princípios, não em política**: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado. Um jurista pragmático rejeitaria essa proposição. Hércules, porém, rejeita o pragmatismo” (destaque nosso). DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 292-293.

“O argumento desqualifica a interpretação [...] somente quando esta é lida de modo a negar qualquer dever geral desse tipo, e quando se admite que seus únicos fundamentos são de natureza política” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 293.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.



um critério de distinção entre direitos individuais assegurados constitucionalmente e “interesses coletivos”— termo semanticamente aberto e passível de ser apropriado — abriria a possibilidade, dentro da arquitetura teórica alexyana, de se sopesar princípios jurídicos e valores pessoais dos juízes e das juízas apresentados com a roupagem de “interesses coletivos”.<sup>30</sup> Isso permitira a um juiz ou a uma juíza decidir não segundo a Constituição, mas de acordo com o seu próprio entendimento do que é proporcional, razoável e adequado.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, as decisões não devem ser tomadas com base em interesses particulares, sob pena de uma “privatização do público: o assenhramento egoístico e o aniquilamento normativo da própria Constituição”.<sup>31</sup> Isto é, sob o risco de “privatização da própria constituição”.<sup>32</sup> Mesmo considerando que as constituições modernas não são um todo uniforme,<sup>33</sup> mas que são caracterizadas por disputas constantes e permanentes sobre o seu próprio sentido,<sup>34</sup> como tensão entre imperativos sistêmicos e expectativas normativas de igualdade linguisticamente

---

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

<sup>31</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**, 2001, p. 20.

<sup>32</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 9.

<sup>33</sup> GOMES, D. F. L. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade**: o conceito moderno de Constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019a.

<sup>34</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, D. F. L. História e tempo presente: o debate constituinte brasileiro nas décadas de 1980-1990 e a atual proposta de uma nova Assembleia Constituinte. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 3, 2016. p. 89.



constituídas,<sup>35</sup> elas, as decisões dos juízes e das juízas, não podem estar ancoradas em concepções e em valores próprios, mas elas devem estar assentadas na constituição.<sup>36</sup>

No Estado Democrático de Direito, então, a necessidade de observar a vinculação entre as decisões e a constituição se justifica, pois constituição é mais do que um texto,<sup>37</sup> ela expressa em si as tensões presentes no interior da sociedade,<sup>38</sup> bem como o modo com que a própria sociedade se compreende,<sup>39</sup> pois constituição é sociedade.<sup>40</sup>

A partir da exposição dos limites da teorização de Robert Alexy para uma compreensão adequada das decisões judiciais que estão sob o império do Estado Democrático de Direito e a urgência de uma reflexão a partir de outras lentes teóricas, é necessário voltar os olhos para a segunda questão anteriormente mencionada, relacionada ao debate sobre “quem é o guardião da constituição”.

Na decisão analisada, o ministro Alexandre de Moraes parece compreender que momentos de crise, de não normalidade — como o presente — permitem que o Supremo Tribunal Federal interprete a Constituição e decida a partir de critérios que ele, STF,

---

<sup>35</sup> GOMES, D. F. L. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade**: o conceito moderno de Constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019a.

<sup>36</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?**: do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 98.

<sup>37</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 384.

<sup>38</sup> GOMES, D. F. L. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade**: o conceito moderno de Constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019a.

<sup>39</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 384.

<sup>40</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 52.





entenda proporcional e razoável.<sup>41</sup> Assim, questiona-se: qual é o papel da interpretação constitucional realizada pelo STF no marco do paradigma do Estado Democrático de Direito?

Apesar daqueles que sustentam ser papel do Tribunal atuar como uma espécie de “vanguarda iluminista” cuja função seria “empurrar a história”,<sup>42</sup> a interpretação da Constituição, os embates em torno dela e as disputas por seus sentidos, não estão restritas a um número limitado de especialistas que apresentam à comunidade política passiva quais os sentidos da sua Constituição.<sup>43</sup> Em verdade, não cabe a um juiz, a uma juíza ou a um colegiado determiná-la,

**nem com a instauração de uma pretensa "ditadura dos juizes" é possível se eliminar ou sequer se reduzir a complexidade, posto que a Constituição se constitui não pelo texto mas por uma comunidade de princípios.** [...] A formação dessa comunidade de princípios nos abre o entendimento sobre a Constituição como forma indisponível, condição para a integridade do Direito. Nessa dinâmica, os conteúdos das decisões permanecem abertos ao trabalho hermenêutico do juiz, mas este **não pode prescindir da forma - ou seja, da Constituição como moldura**, como *Paramount law* — essa sendo indisponível à construção interpretativa do juiz (DWORKIN, 1999).<sup>44 45</sup>

---

<sup>41</sup> Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática proferida na ADI n. 6.357, p. 11-12.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118.

<sup>43</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 384-385.

<sup>44</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?:** do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 98.

<sup>45</sup> Destaques nossos.



No Estado Democrático de Direito esse papel de dizer o que é a Constituição não está limitado ao STF,<sup>46</sup> sob pena de seu sentido ser monopolizado, perdendo seu caráter público.<sup>47,48</sup> Assim, “o papel de guardião da Constituição pode ter a sua compreensão reformulada”,<sup>49</sup> torna-se necessário questionar: “quem vigia o vigia?”.<sup>50</sup>

Se essa tarefa não é do Supremo Tribunal Federal,<sup>51</sup> a quem cabe determinar os sentidos da Constituição? Levando a sério que constituição nunca teve um sentido único, pronto e acabado, mas que sempre foi se constituindo ao longo do tempo como disputa de sentidos, embates que ocorrem no interior da sociedade, essa tarefa de intérprete só pode ser da própria sociedade, de todos os seus membros e de todas as suas membras, de cada um e de cada uma. Se faz necessário compreender a “Constituição como de autoria de todos nós, que afirma que a matéria constitucional diz respeito a todos”. Isso “faz com

---

<sup>46</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 384-385.

<sup>47</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**, 2001, p. 20.

<sup>48</sup> Da mesma forma que a tarefa de intérprete da Constituição não é exclusiva do Judiciário, essa posição também não é ocupada pelo um chefe do Poder Executivo, com traços autoritários, que afirma: “Eu sou a Constituição”. Esse tema ultrapassa a matéria do presente artigo, por isso será tratado de modo adequado e mais detido em um trabalho posterior.

<sup>49</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?:** do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 98.

<sup>50</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?:** do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 49.

<sup>51</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 384-385..



que qualquer um de nós seja intérprete autorizado da Constituição”.<sup>52</sup> No limite, quem determina o seu<sup>53</sup> sentido é a própria sociedade.

Uma vez que no Estado Democrático de Direito o papel da autoridade de dizer à sociedade como ela deve conduzir e regular sua vida não deve e nem pode ser ocupado por um determinado ente soberano, essa tarefa é, afinal, da própria sociedade que se determina a si própria e expressa essa forma escolhida na sua constituição.<sup>54</sup> Assim, o papel de autoridade deve permanecer permanentemente vazio e aberto.<sup>55</sup>

O papel do STF enquanto intérprete da Constituição é exatamente “fazer com que a decisão não seja do ministro tal ou qual, mas com que a sociedade se reconheça na decisão a ponto de densificar a mencionada soberania, mesmo que sempre temporariamente e para o caso concreto”.<sup>56</sup> A sua tarefa é a de “defender a Constituição como um âmbito que não é passível de ser apropriado por ninguém, que precisa se manter aberto como fonte principiológica inesgotável, capaz de permitir que os cidadãos venham, na medida das práticas sociais, a reivindicar a sua inclusão”.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 163.

<sup>53</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?:** do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>54</sup> GOMES, D. F. L. A perífrase Esquecida: coragem e constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). 1988-2018: **O QUE CONSTITUÍMOS?:** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019b, p. 120-121.

<sup>55</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?:** do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>56</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Identidade do sujeito constitucional e controle de constitucionalidade:** raízes históricas do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro:Edições Casa de Rui Barbosa, 2010, p. 140.

<sup>57</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?:** do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 102.



A partir do exposto, seria possível questionar se, em momentos de crise, o STF poderia agir como o guardião da Constituição para assegurar e proteger a ordem democrática. Para responder essa possível indagação é necessário evidenciar uma questão que, em regra, está encoberta no debate sobre democracia, constituição e crise. Nos últimos anos, tem sido recorrente a afirmação de que se vive em um Estado de exceção constitucional e de declínio democrático.<sup>58</sup> Todavia, é necessário colocar nos holofotes que constituição e democracia na modernidade nunca estão plenamente consolidadas, elas estão sempre potencialmente em crise e há o risco permanente de serem subvertidas.<sup>59</sup> Portanto, a argumentação de que um momento de crise, de instabilidade democrática, justificaria uma atuação mais firme do STF determinando o sentido da Constituição não se sustenta, na medida em que a crise é um dos elementos que compõem a própria ordem constitucional democrática moderna.

Assim, mesmo na atual conjuntura, não cabe ao STF se afirmar como único intérprete da Constituição. Da mesma forma, não é coerente que em nome da defesa da democracia e da Constituição utilize de modo equivocado ou cínico um instituto como a “interpretação conforme” para decidir contra a Constituição e a democracia. O ministro Alexandre de Moraes não está aplicando a Constituição integralmente, mas, em seu lugar, os seus próprios valores e concepções. Referida decisão não está ampliando a participação popular, mas, muito antes pelo contrário, está restringindo o processo democrático e

---

<sup>58</sup> MOREIRA, Marcelo Sevaybricker. Democracias em crise: o que a recente literatura especializada tem a nos dizer?. Conferência Proferida no Congresso 30 anos, e agora?: Direito e políticas nos horizontes da República de 1988 - Em homenagem a Juarez Guimarães. Belo Horizonte, outubro de 2019.

<sup>59</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 386; GUIMARÃES, J. R.. A Democracia Impedida e a Refundação Democrática no Brasil. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?:** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 256.



limitando a participação cidadã direta e indireta sobre uma das questões mais caras à democracia, a alocação de recursos escassos.

#### 4. CONCLUSÕES

O orçamento público é uma das questões mais importantes em uma democracia. Nele desaguam os princípios e as regras que regulam a atividade financeira do Estado, suas receitas e despesas. Enfim, é o orçamento público uma questão fundamental para o próprio funcionamento do Estado, na medida em que a consecução dos seus objetivos se dá por meio dele. Tradicionalmente, as ações praticadas no exercício da atividade financeira do Estado são protagonizadas pelo Executivo e pelo Legislativo. O Judiciário, a princípio, teria uma participação muito reduzida nas atividades de arrecadação e destinação dos recursos públicos.

Não obstante isso, conforme espera-se ter demonstrado no decorrer deste texto, o STF, em tempos de pandemia de COVID-19, parece ter avocado a si próprio uma função que, em regra, não é atribuída aos órgãos do Poder Judiciário. Uma avocação de competência assim como essa, por óbvio, não poderia ter sido feita sem que se observassem violações à ordem jurídico-constitucional vigente.

A começar pela forma por meio da qual a decisão aqui analisada foi proferida: monocraticamente, pelo ministro relator do caso, fora do período de recesso do Tribunal e, portanto, contrário ao que dispõe o artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99. Além disso, verificou-se também que, referida decisão, ao deferir medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade mediante recurso à técnica da interpretação conforme a Constituição, expressou um manejo inadequado das sentenças intermediárias no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. É que visando conferir uma leitura do ato normativo objeto de controle que seja compatível com a Constituição, a



técnica da interpretação conforme, logicamente, somente pode se prestar a indeferir a medida cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade.

Ao fazê-lo, o STF autorizou o Poder Executivo a realizar gastos sem que sejam observadas as limitações impostas pelas leis orçamentárias. Com isso, o Tribunal pretendeu conferir maior liberdade para a Administração Pública no enfrentamento à pandemia. Acontece que, apesar de dotado das melhores das intenções, o Poder Judiciário não é o ambiente institucional adequado para essa discussão. De acordo com a Constituição, na trilha do sistema de freios e contrapesos inaugurado pelo constitucionalismo moderno a partir do advento da Constituição estadunidense, esta função deveria ser realizada pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo. Uma violação, portanto, à cláusula da separação dos poderes e à própria democracia deliberativa, na medida em que subtraiu do debate público democrático questão relativa ao orçamento público que possui inegável repercussão para a democracia, a separação de poderes e a proteção dos direitos fundamentais.

Isso se torna mais evidente ainda quando se constata que a fundamentação da decisão monocrática proferida pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI n. 6.357 está construída sobre a proposta teórico-conceitual de Robert Alexy sobre as normas jurídicas. De acordo com a teoria alexyana, princípios seriam mandados de otimização que indicariam algo que deveria ser cumprido em graus, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. O peso de cada princípio em cada caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário deveria ser aferido pelo juiz para definir qual dos princípios em rota de colisão deveria prevalecer. Seriam, pois, os princípios jurídicos mandamentos aplicáveis somente *prima facie*.

Nessa perspectiva, conforme demonstrado neste texto, a proposta alexyana acaba por confundir o caráter deontológico dos princípios jurídicos enquanto normas jurídicas que são, com o caráter teleológico próprio dos valores. Dessa forma, a proposta



teórico-conceitual de Robert Alexy permite que as premissas axiológicas próprias dos juízes do caso determinem o julgamento da causa sob apreciação judicial pressupondo, ainda, que referidos valores estariam materializados em uma constituição que, por esta chave de leitura, é compreendida como uma ordem concreta de valores tidos por compartilhados por toda a sociedade. Com isso, confere-se ao Poder Judiciário, e a jurisdição constitucional em especial, uma posição privilegiada na concretização das normas constitucionais tornando possível, assim, aos juízes, ditar à sociedade os padrões de comportamento desejáveis a partir de uma racionalidade solipsista.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**, 2001, p. 11-20.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 383-387.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 7-10.



CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, D. F. L. História e tempo presente: o debate constituinte brasileiro nas décadas de 1980-1990 e a atual proposta de uma nova Assembleia Constituinte. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 3, p. 67-97, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, D. F. L. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade**: o conceito moderno de Constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019a.

GOMES, D. F. L. A perífrase Esquecida: coragem e constituição. *In*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?**: Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019b, p. 111-124.

GUIMARÃES, J. R.. A Democracia Impedida e a Refundação Democrática no Brasil. *In*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES; David F. L. (Orgs.). **1988-2018: O QUE CONSTITUÍMOS?**: Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 Anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 249-260.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78. *In*. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; Jay, John. **The Federalist Papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOREIRA Marcelo Sevaybricker. Democracias em crise: o que a recente literatura especializada tem a nos dizer?. Conferência Proferida no Congresso 30 anos, e agora?: Direito e políticas nos horizontes da República de 1988 - Em homenagem a Juarez Guimarães. Belo Horizonte, outubro de 2019.





SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Identidade do sujeito constitucional e controle de constitucionalidade: raízes históricas do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro:Edições Casa de Rui Barbosa, 2010.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?: do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – [ecivitas@unibh.br](mailto:ecivitas@unibh.br)

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>