

INTRODUÇÃO

O papel a ser exercido pelo Estado, e em especial pelo Poder Judiciário, perpassa pela necessidade não só da resolução de conflitos jurídicos, mas também na busca de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, cuja exigibilidade perpassa por imensos obstáculos oriundos da escassez de recursos e das demandas quase infinitas, sejam em aplicação de políticas públicas, seja na própria demanda crescente junto ao judiciário, causando a necessidade de uma análise não só hermenêutica sobre a norma, mas também das consequências práticas de suas implantações e determinações.

Assim, o presente trabalho partirá dessa problemática, passando pela análise do conceito de direitos fundamentais e sua aplicabilidade assim como pela reflexão sobre quais fundamentos hermenêuticos são utilizados na interpretação da norma dentro da competência estabelecida na Constituição Federal, além de verificar se a interpretação da norma pode ser apenas hermenêutica ou se deve ser levado em consideração preceitos básicos da economia aplicada ao Direito e de que forma há essa influência entre tais sistemas.

Para tanto, é imprescindível analisar no presente trabalho não só a conceituação dos direitos fundamentais, assim como de que forma tais direitos podem ser concretizados nas decisões judiciais, especialmente aquelas que modificam, acrescentam ou suprimem texto legal, assim como as que decidem acerca da alocação de recursos e políticas públicas positivas dentro do aumento exponencial das demandas e da escassez dos recursos existentes gerando escolhas trágicas.

Para tanto, necessária se faz uma verificação rápida e pontual de teorias do Direito aplicáveis à decisão judicial, trazendo diferenças pontuais e pragmáticas entre elas, especialmente o positivismo de Hans Kelsen, a hermenêutica do neoconstitucionalismo abarcada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, para que se possa ter meios de aplicar o texto normativo da Constituição em prol da concretização dos direitos fundamentais e discutir com base nessa premissa se as decisões exemplificadas nesse trabalho tenham uma base hermenêutica, menos subjetivismo, decisionismo e ativismo, além de menos influência externa ao sistema jurídico, como economia, política e religião, por exemplo, tomando por base conceitos da filosofia da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Em termos de decisão judicial, tem-se nesse trabalho a perspectiva, ainda que não de esgotar, de verificar preceitos de hermenêutica e filosofia que proporcionem ao intérprete julgador meios de aplicar ao caso concreto a norma jurídica, tomando por base a força

normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse, sem que haja decisionismo ou subjetivismo inerentes à filosofia da consciência, próprias do sistema positivista de Hans Kelsen, cuja decisão seria tão somente um ato de vontade, assim como preservar o conceitos e harmonia da separação dos poderes na República.

Dessa forma, o presente trabalho está dividido em três partes. Na primeira, analisar-se-á o conceito de direitos fundamentais e a hermenêutica utilizada para sua concretização. Em seguida, se avaliará em quais casos - numa sociedade que é embasada na livre iniciativa - o Estado deveria intervir no mercado e o regular a fim de garantir tais direitos fundamentais. Por fim, se fará uma análise econômica do direito acerca da existência de escassez de recursos para um número crescente de demandas que visam garantir tais direitos levando em consideração as consequências práticas da decisão e se tal método deve preponderar sobre a interpretação da norma.

Para tal finalidade, foi utilizada a metodologia de análise bibliográfica e documental, através do método dedutivo, partindo de premissas maiores e teorias para chegar a particularidades sobre a temática.

1 DO JUIZ SOLIPSISTA AO INTÉRPRETE DA NORMA CONSTITUCIONAL ANTE A PROBLEMÁTICA DO ATIVISMO

A Constituição de 1988 proclamou como requisito de validade de qualquer decisão judicial a necessidade de fundamentação (art. 93, IX), tendo, inclusive, o STF já se manifestado no sentido de que “fundamentar” uma decisão é uma tarefa que não se restringe à mera menção à lei (ou súmula) ou simples subsunção da lei ao caso.

Em uma concepção kelseniana ligada à teoria pura do Direito, a decisão estaria posta como um ato de vontade do julgador, a ser dada no caso concreto sem interferência de outros sistemas ou pressões, tendo o juiz que aplicar uma das interpretações possíveis dentro da moldura do sistema jurídico vigente, entregando-lhe verdadeiro subjetivismo próprio da filosofia da consciência aristotélica ao julgar, e não a simples subsunção como muitos interpretam de forma errônea tal teoria.

Ao Judiciário não caberia qualquer tomada de decisão ou interferência de ordem sobre a política pública ou sobre a omissão do legislador, uma vez que estaria fora de seu escopo institucional, já que caberia ao Judiciário a interpretação do caso concreto à luz das normas existentes e não a criação de direitos ou preenchimento de lacunas legislativas.

Luiz (2013) afirma que a sentença em Kelsen não apresenta a única resposta ao caso concreto, mas uma das respostas possíveis, afastando a tradição positivista até então propagada, de um positivismo exegético de interpretação fundada na própria lei, como se tratasse apenas de um ato intelectual de clarificação, e como se o órgão julgador pusesse em ação seu entendimento e não sua vontade.

Aos olhos kelsenianos, o magistrado está longe de ser escravo da lei, ou seja, em nada se assemelha ao juiz *la bouche de la loi*; pelo contrário, ele decide por ato de vontade, porque não há um critério – ou mesmo um meta critério – para distinguir, entre as possibilidades possíveis de interpretação, aquela que deva ser aplicada ao caso... Assim, a sentença – e genericamente qualquer ato de aplicação – é um puro ato voluntarista do juiz, que, de forma subjetiva, escolhe, entre várias possibilidades, aquela que lhe aprouver. O juiz, portanto, é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre (LUIZ, 2013, p. 49).

Ressalte-se que a teoria de Kelsen, apesar de hodiernamente muito criticada, possui muitos adeptos, conscientes ou não, entre os juízes brasileiros e até mesmo em nossa Corte Suprema como se verificou quando, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Agravo de Instrumento 218668 AgR/MG, asseverou explicitamente que “toda e qualquer interpretação consubstancia ato de vontade, devendo o intérprete considerar o objetivo da norma” (BRASIL, 1998).

Nesse sentido, extrai-se o conceito ou característica do chamado “juiz solipsista”, ou seja, aquele que julga de acordo com sua vontade, remontando à filosofia da consciência, na qual o intérprete projeta seu entendimento pessoal sobre o objeto e decide de acordo com sua vontade, dando ao julgador, no caso de julgamento dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), a possibilidade de julgar com discricionariedade em um decisionismo e subjetivismo caros à normatividade constitucional.

Sendo assim, vários fatores poderiam de forma determinante influenciar na decisão do julgador, como o fator psicológico, formação religiosa, experiência e historicidade pessoais, contaminando a decisão com sua própria percepção de mundo e confundindo senso de justiça pessoal com a normatividade constitucional que deveria ser geral e abstrata.

Deixar a decisão a cargo de um sujeito solipsista é enfraquecer a integridade do Direito e isto se torna um verdadeiro caos hermenêutico de decisões espaçadas, casuísticas, que confundem sistemas e aplicam decisões políticas, econômicas ou mesmo morais e religiosas em questões que o Direito e o ordenamento pátrio, dentro de seu sistema (importando a teoria dos sistemas de Luhmann), deveria responder.

Um exemplo também claro da incidência do solipsismo nas decisões judiciais pátrias está na visão do Pretório Excelso, onde se afirma que o juiz detém ampla discricionariedade para, por exemplo, escolher o montante da diminuição da pena no caso do crime de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006):

O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006), quando presentes os requisitos para concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo (BRASIL, 2011).

Ultrapassada a questão do juiz solipsista, vê-se a necessidade de estabelecer e perceber os paradigmas hermenêuticos atuais de interpretação e aplicação da norma constitucional, que não passa ao largo do neoconstitucionalismo, especialmente após o segundo pós-guerra, no qual se viu, além da força normativa da Constituição defendida por Hesse e ratificada na teoria estruturante de Friedrich Müller, que a referida atividade interpretativa da norma deveria alcançar os direitos sociais, garantir e concretizar os direitos fundamentais e para tanto deveriam ser observados não só o texto da Constituição, mas também seus princípios, de modo tal que fosse possível a resolução de casos difíceis fugindo da filosofia da consciência e do solipsismo.

Abarcando tal pensamento emergem filósofos atuais como Ronald Dworkin e Robert Alexy, que de maneiras distintas asseveram e buscam aproximar a hermenêutica constitucional para concretização de direitos fundamentais, utilizando-se dos princípios e regras e debatendo sobre o método e sobre a decisão justa.

Em qualquer decisão, e principalmente nos chamados casos difíceis, o juiz deve se utilizar de métodos interpretativos das normas jurídicas postas, incluindo-se aí, dentro de uma visão pós-positivista ou neoconstitucionalista, não só as normas escritas, mas também a utilização dos princípios.

Dworkin tem em sua filosofia um modelo que tenta a superação do modelo positivista, além de defender o Direito na forma liberal, nas palavras do próprio autor: “Os diferentes capítulos desse livro definem e defendem uma teoria liberal do Direito” (DWORKIN, 2002, p. 07).

Explana Dworkin que o Direito como integridade exige que os julgadores admitam que o Direito esteja estruturado no conjunto destas práticas sociais, que seja um todo coerente

de princípios sobre a justiça e equidade e que tais princípios sejam usados em decisões futuras.

Para isso, o sistema jurídico deve ser compreendido como um ordenamento exauriente de regras e princípios, e que os “casos difíceis” (*hard cases*) sejam resolvidos dentro desses parâmetros estabelecidos por quem possui autoridade e competência para tal fim, combatendo uma pretensa discricionariedade judicial própria do positivismo e da filosofia da consciência expostos em Kelsen.

Ao tratar sobre o tema, no texto “Casos Difíceis” o autor diz-nos que:

Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de Direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão (DWORKIN, 2002, p. 62).

Frise-se que Dworkin não defende a discricionariedade do juiz ao aplicar a decisão num caso difícil, quando as normas positivadas não definam o resultado correto, devendo o julgador preenchê-las com os princípios jurídicos que estão justamente nessas lacunas, para evitar aporias jurídicas, determinando a assertiva de que não existe ausência de norma jurídica, pois todo caso deve ser solucionado.

É neste contexto que Dworkin cria a figura do “juiz Hércules” como uma metáfora para exemplificar todo o esforço e trabalho a ser desenvolvido pelo julgador para se chegar à única resposta correta e justa para o caso difícil, atendendo não só à norma escrita, mas sobretudo as normas constitucionais, levando em conta sua integridade.

Entendendo-se dessa maneira, o resultado de um julgamento realizado por um juiz ou uma pessoa aleatória não divergiriam, o que passou a gerar críticas a este posicionamento de Dworkin, sob a alegação de que diferentes decisões poderiam ser fundamentadas a partir de diferentes argumentos, configurando, assim, a hipótese de não haver apenas uma resposta correta para estes casos.

Por tal motivo, o juiz poderia chegar a um “empate” devido a indecisão quando houvesse choque ou colisão entre os princípios a serem aplicados, tornando impossível se chegar a uma única decisão correta, o que abriria margem a uma nova discricionariedade e subjetivismo do juiz. Da necessária escolha de uma das respostas é que sobreveio a crítica à teoria de Dworkin, especialmente com Robert Alexy.

Dworkin assim se manifestou acerca da possível aporia na decisão judicial:

Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos e intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isto explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O “mito” de que num caso difícil só existe uma resposta correta é obstinado quanto também bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito (DWORKIN, 2002, p. 446).

No trabalho de Alexy (2007), que concebe a perspectiva de um sistema jurídico complexo, que necessita recorrer aos princípios e regras para solução dos casos difíceis, sobreveio a discussão da técnica hermenêutica para se superar a indecisão do juiz no caso de colisão entre regras e/ou princípios.

Em seu livro sobre o discurso e a interpretação constitucional, Alexy (2007) ressalta a importância e imprescindibilidade dos Direitos Fundamentais que estariam ligados primeiramente na autorização normativa do Estado, na dação das leis, jurisdição e organização do Estado e em segundo, centrados na limitação do poder estatal onde se encontram os direitos fundamentais.

Essa forma de construção das normas nas democracias constitucionais parece estar universalizada, estabelecendo duas formas de construção das normas, sendo uma mais rigorosa e estrita às regras e a outra mais ligada à busca da aplicação e construção dos princípios.

No caso da construção mais rigorosa e estreita, as normas que concedem direitos fundamentais não se distinguem, essencialmente, das outras normas do sistema jurídico. Elas têm, naturalmente, como normas constitucionais seu lugar no grau extremo do sistema jurídico e seus objetos são direitos, extremamente abstratos, de maior importância (ALEXY, 2007, p. 106).

Portanto, as normas construídas de maneira mais aberta e genérica não se esgotam na proteção do cidadão contra o Estado, inserindo os direitos fundamentais em um contexto mais amplo e interpretativo do caso concreto, sendo necessária a interpretação como meio de concretizá-los a cada caso, especialmente onde se apresentam as colisões.

Para Steinmetz (2001), tem-se assim a figura da colisão entre direitos fundamentais no caso concreto quando o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular.

Então, para Alexy, o juiz deve utilizar o método da ponderação sobre a aplicação das normas, quando houver colisão entre princípios, aduzindo o autor que este seria, então, o meio mais eficaz de reconhecimento e concretização de direitos fundamentais, mais do que a subsunção da norma.

Habermas (1997), em sua crítica a Alexy, corroborada por Lênio Streck (STRECK *apud* LUIZ, 2013), assevera que a teoria carece de critérios objetivos e pragmáticos e diz que inexistem critérios para se ponderar, abrindo mais uma vez espaço ao decisionismo e subjetivismo, pois então caberia ao julgador, com critérios ligados à sua consciência, estabelecer naquela colisão, qual princípio seria preponderante.

Dimoulis e Martins (2020) entendem que “as principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas. Primeiro a ‘interpretação sistemática da Constituição’, isto é, sua interpretação como conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. Segundo, o critério da proporcionalidade.”

Por evidente que tal critério da proporcionalidade não seria o de entregar à consciência ou discricionariedade do julgador a decisão sobre a proporção de cada direito fundamental, mas necessariamente havendo critérios puramente jurídicos de sua aferição, o que gerou muita discussão, inclusive no Tribunal Constitucional Alemão.

Então como deve ser a estrutura da ponderação? No Direito alemão, defende-se que a ponderação deve partir de um princípio mais amplo, que é o da proporcionalidade, composto de três princípios parciais: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Os direitos fundamentais seriam então normas de otimização onde o juiz, ao analisar e decidir sobre o caso concreto, deva determinar onde as normas e princípios devem intervir, para que tudo tenha como objetivo o alcance da realização e concretização desses direitos fundamentais, mesmo que em dado momento tenha de ceder um pouco com relação a um princípio para que outro seja observado. “Quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2007, p. 111).

Assim, para o juiz decidir utilizando-se de ponderação, deve existir colisão entre princípios, direitos e garantias fundamentais do indivíduo e não haver dentro do ordenamento um procedimento hermenêutico que defina a forma de se chegar em uma decisão conforme a Constituição e que melhor se adeque à sistemática da concretização de direitos fundamentais, o que por vezes é um “convite” ao solipsismo justamente por inexistir na filosofia de Alexy o procedimento padrão dessa interpretação.

3 O ATIVISMO JUDICIAL CASUÍSTICO DO STF

A atual conjuntura política e social brasileira permite ou até mesmo exige uma constante participação de seus órgãos representativos em prol da paz e bem-estar social, os quais, cada vez mais, parecem distantes diante da polarização política e da histórica desigualdade social e econômica.

Nesse contexto socioeconômico o conflito político exsurge como meio de externar opiniões públicas de concordância, discordância ou protesto, cuja observância das regras estabelecidas constitucionalmente deve estar calcada no direito fundamental da liberdade de manifestação do pensamento e demais direitos fundamentais como normas supremas vinculantes de atos de órgãos dos três poderes estatais constituídos.

Em que pese tais normas jus fundamentais (direitos fundamentais) representarem, em primeira linha, direitos de status negativos em face do Estado, cuja função é limitar sua atuação, ao mesmo tempo em que confere ao titular a livre manifestação de seu pensamento ou opinião, tais normas constitucionais não são absolutas. Ao contrário, foram outorgadas com limites que podem ser concretizados pelos poderes constituídos, a começar, notadamente, pelo legislador.

Em sentido contrário ao interesse imediato do titular, que é exercitar seu direito fundamental constitucionalmente outorgado, especialmente no art. 5º, IV CF, o Estado limita o direito para cercear abusos e demais excessos idôneos a provocar danos, entre outros, a direitos de personalidade de terceiros.

É nesse contexto que o texto constitucional estabelece a legitimidade e competência para o STF decidir, em termos de controle concentrado de constitucionalidade casos que podem discutir desde a inconstitucionalidade abstrata de uma norma, como a sua confirmação de constitucionalidade, além de sua nova perspectiva do controle de constitucionalidade por omissão do poder legislativo ou executivo e ainda, de forma residual – mas não ao menos recorrente - pela declaração de descumprimento de preceitos fundamentais, abrindo à nova metodologia hermenêutica do STF, a possibilidade de não só interpretar a norma, mas modifica-la, acrescê-la, criá-la ou ainda, de determinar alocação de recursos e execução de políticas públicas, o que pode determinar um protagonismo que foi identificado por VIEIRA (2008) como sendo o conceito de Supremocracia.

3.1 – O INQUÉRITO 4781

A abertura do Inquérito Administrativo nº 4781 com base no art. 43 do RISTF [1] por meio da Portaria nº 69 – STF de 14 de março de 2019, emanada do Presidente do Supremo Tribunal Federal que nomeou outro membro da Corte como seu relator para investigar suposta ocorrência de crimes com dolo *calumniandi, diffamandi e injuriandi* [2] contra a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e de seus familiares, como instituição garantidora do Estado democrático de direito, ensejou grande discussão jurídica acerca de sua constitucionalidade.

Tal discussão desembocou no ajuizamento da ADPF nº 572 pelo Partido Político REDE Sustentabilidade - REDE, cujo objeto é precisamente a arguição de que o STF estaria extrapolando seus limites institucionais garantidos na Constituição, ao ter infringido, assim, a acusação àquele órgão jurisdicional que faz as vezes de “guardião da Constituição”, o princípio da separação de poderes, o devido processo penal acusatório e o art. 43 do Regimento Interno do STF, entre outras questões de natureza processual penal, cujo aprofundamento fugiria ao escopo desse trabalho [3].

Não se pretende aqui analisar as questões inerentes à discussão processual penal do cabimento de inquérito de competência do STF, sua natureza jurídica ou recepção do seu Regimento Interno pela Constituição Federal, assim como de questões de impedimento ou suspeição que permeiam a celeuma jurídica ínsita à ADPF nº 572.

Com efeito, interessa aqui tão somente analisar o tratamento jurídico dado aos atos praticados pelas pessoas investigadas no referido inquérito nº 4.871.

O Relator do processo da ADPF socorre-se na *ultima ratio* que é o direito penal como meio de restringir a liberdade individual de manifestação do pensamento, a fim de alegadamente proteger bens jurídicos relevantes, mas não para impedir arbitrariamente a liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que tal direito fundamental não fora outorgado pelo constituinte sem limites. Essa diferenciação é imprescindível para distinguir uma intervenção estatal, seja ela legislativa, administrativo-executiva ou jurisdicional, justificada constitucionalmente de uma atuação abusiva e autoritária tal qual caracterizada na petição inicial subscrita pelos representantes do autor da ADPF.

Entre os principais argumentos dos membros do Supremo Tribunal Federal que julgaram improcedente a ADPF em tela, e que assim confirmaram a constitucionalidade do inquérito em andamento e, destarte, da utilização do direito penal, estão a defesa de bens jurídicos vitais à própria existência e permanência do Estado constitucional, que são a democracia e as instituições que a asseguram.

Dessa forma, não basta que o STF entenda ou chegue à conclusão de que existiram manifestações contrárias, críticas ou até mesmo foram publicadas sátiras de suas atuações, mas se efetivamente tais manifestações não estariam abarcadas pelo direito fundamental da liberdade de manifestação do pensamento, por atingirem de forma direta as instituições democráticas e mais, se tais atos ocorreram de forma deliberada, dolosa, organizada e com divulgação de notícias fraudulentas que tenham como escopo não somente criticar, mas alterar o Estado de Direito, tentar mudar o Estado vigente mediante emprego de violência ou de incitar à subversão à ordem social e política, como visto condutas correspondentes a tipos penais constituído na LSN.

A discussão em si não gravita em torno da existência de limites às liberdades individuais, mas se, em nome de seu exercício e com as atuais armas de propagação da expressão do pensamento, incluindo notícias falsas, tais notícias podem ocasionar o caos a tal ponto de propiciar a derrocada das instituições democráticas.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572 para declarar a legalidade e a constitucionalidade do Inquérito (INQ) 4781, instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares.

Nesse ponto, o que nos interessa nesse artigo é trazer a discussão sobre a legitimidade de tal inquérito sobre o prisma do ativismo judicial, quando o STF toma para si todas as posições do processo penal, seja na investigação, como vítima e ainda como julgador, em clara afronta a princípios basilares do processo penal e das garantias constitucionais.

3.2 – A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia em decisão exarada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin.

Em evidente atividade legislativa, o STF terminou por alterar a lei antirracismo (Lei 7.716/1989) e incluir, dentro das ações previstas como racismo, os atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

No caso em questão o STF além de fazer incluir texto normativo à Lei de matéria penal, de exclusividade do Poder Legislativo da União, ainda o fez utilizando de técnica de interpretação por analogia, proibida na hermenêutica da legislação de natureza penal, além de o ter feito em lei que sequer tem fundamento no bem jurídico protegido pela lei antirracismo, tendo em vista que os atos atentatórios a indivíduos com identificação de diversidade de gênero, em nada se coadunam com o conceito ou definição de raça trazido na referida norma penal.

3.3 – ANULAÇÃO DO INDULTO CONCEDIDO A DANIEL SILVEIRA

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu por anular o decreto do ex-presidente Jair Bolsonaro que concedeu indulto ao ex-deputado Daniel Silveira, condenado pela Corte a oito anos e nove meses pelos crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo.

O indulto com causa de extinção da punibilidade, quando concedido de maneira individual se concebe como graça, ou seja, um perdão na acepção da palavra, cuja legitimidade é exclusiva do Presidente da República, conforme dicção do art. XII da Constituição Federal, no qual inexistem outros requisitos senão a vontade do legitimado para sua concessão e validade.

A análise feita pelo STF realizada no julgamento de quatro Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs 964, 965, 966 e 967) apresentadas pela Rede Sustentabilidade, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), pelo Cidadania e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), respectivamente, terminam por modificar a interpretação da aplicação do art. 84, de modo a estender ao Judiciário a possibilidade de sua revisão, o que não está previsto no ordenamento jurídico, sendo mais um evidente caso de interferência entre os poderes e ativismo judicial.

3.4 – TEMA 698/STF - LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO PARA DETERMINAR OBRIGAÇÕES DE FAZER AO ESTADO

Em outro fator, o julgamento do Tema 698/STF - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, sob a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski., teve a tese de repercussão geral fixada para discutir

"1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.

2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;

3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)."

Tal discussão se baseia no julgamento do RE 684.612, que analisa a aplicação dos arts. 2º e 196, da Constituição Federal, e objetiva definir se há a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta.

Em sua decisão o STF terminou por fixar parâmetros para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, explicitando que a decisão não deve determinar medidas pontuais, mas sim apontar as finalidades a serem alcançadas, ordenando à Administração pública que apresente um plano ou os meios adequados para alcançar tal resultado, estabelecendo prazos.

Em que pese o desejo da concretização de direitos fundamentais, a decisão mencionada tende a atribuir poderes ao Poder Judiciário, especialmente ao STF, que extrapolam suas atribuições do controle concentrado da constitucionalidade das normas para passar a ser um efetivo agente de administração do orçamento e do Poder executivo, o que pode ocasionar risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos.

3.5 – ADPF 347 E 976

Em recentes decisões, o STF mais uma vez ultrapassou os limites da análise do controle de constitucionalidade normativo e passou não só a analisar questões inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, assim como através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que de residual passou a ser meio de administração pública, passou a

determinar alocação de recursos, prazos para efetivação de políticas públicas e ainda estabelecer a forma de sua aplicação.

No que pertine a ADPF 347, esta discute o chamado “estado inconstitucional do sistema carcerário brasileiro”, cujo julgamento não só externou em decisão tal constatação das condições indignas do sistema prisional, assim como passou a delimitar as políticas públicas a serem adotadas, os prazos para sua implementação e ainda a alocação de recursos, adentrando na esfera do poder executivo e sem analisar os impactos e consequências de sua decisão no aspecto orçamentário.

Do mesmo modo agiu quando do julgamento da ADPF 976 que discute as políticas públicas a serem adotadas no caso dos moradores de rua, tendo a ação sido intentada inicialmente para discutir apenas a questão da retirada compulsória de moradores de rua de seus locais, passando na decisão a não apenas proibir tal modo de retirada como também passou a estabelecer políticas públicas relacionadas aos Estados Municípios e Distrito Federal no tratamento dos moradores de rua, proibição de arquitetura hostil, adequação dos locais onde as pessoas se alocam nas ruas, enfim, séries de medidas que demandam não apenas a vontade jurídica da decisão para sua concretização, mas um debate sobre a legitimidade do STF em fazê-lo e ainda a própria possibilidade dos destinatários da decisão, de cumpri-la, tornando-a eficiente ou meramente ilustrativa e simbólica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou de modo sucinto e o mais objetivo possível tratar de aspectos relevantes acerca da conceituação e caracterização dos direitos fundamentais e especialmente dentro de suas características advindas no neoconstitucionalismo, buscando refletir acerca da interpretação para aplicação da normatividade constitucional e a concretização de tais direitos, a partir do papel do STF no âmbito de sua legitimidade e dever constitucional.

Assim, a Constituição não é apenas uma carta de ações programáticas ou uma simples folha de papel como disse Lassalle, mas uma verdadeira fonte de normatividade, de onde e para onde todo o ordenamento deve irradiar mostrando sua força normativa, como defendeu Hesse.

A existência de direitos fundamentais e a possibilidade de colisão entre os mesmos em um caso concreto torna a decisão do juiz ainda mais difícil e denota ao intérprete a necessidade de utilizar da hermenêutica para se chegar a uma decisão que transpareça justiça

em seu âmago, ou seja, dentro da perspectiva constitucional e não do subjetivismo ou consciência do julgador.

Para tanto foi necessário que no presente trabalho se discutisse a teoria positivista do Direito enraizada em Kelsen e cujos ditames de interpretação estavam condicionados a uma teoria pura do Direito, na qual o juiz deveria decidir por um ato de vontade seu, limitando-se apenas na chamada “moldura” do ordenamento jurídico vigente, em atuação do chamado solipsismo, devendo decidir entre uma das possíveis interpretações dadas ao caso concreto, recaindo em um problema do estado democrático de Direito que seria o decisionismo judicial, dentro de uma perspectiva da filosofia da consciência, onde o justo reside na vontade do julgador.

De outro ponto o trabalho partiu para a análise da hermenêutica advinda com o neoconstitucionalismo, trazendo como exemplos as teorias defendidas por Dworkin e Alexy - para o primeiro, todo caso difícil de resolver, ou seja, que encontre colisão entre direitos fundamentais, deve encontrar uma única resposta justa, devendo o juiz se tornar Hércules e buscar nos princípios constitucionais essa saída, sendo um problema quando, não encontrando tal saída, o julgador cair em uma indecisão que só seria resolvida por uma escolha do intérprete, recaindo, nesse caso, no problema do subjetivismo.

Para tal aporia encontrada na teoria de Dworkin, Alexy propôs a aplicação da ponderação como meio de resolver a colisão dos princípios, aplicando critérios como a necessidade e a proporcionalidade para se chegar ao direito fundamental que deveria prevalecer no caso concreto, sofrendo críticas acerca da inexistência de critérios objetivos para aplicação dessa ponderação, o que poderia, ainda em último caso, ser alvo de novo decisionismo ou solipsismo do juiz que aplicaria o princípio que mais lhe aprofundasse.

Dessa forma, e como analisado neste trabalho, caberia inicialmente ao Poder Público Legislativo e Executivo criar e desenvolver políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais, tendo o Poder Judiciário a função de fazer valer as normas, interpretá-las e aplicá-las ao caso concreto, sendo da competência do STF o controle concentrado da constitucionalidade, inclusive das omissões dos demais poderes, no direcionamento da execução de políticas públicas determinadas no ordenamento ou que estabeleçam parâmetros para tal concretização democrática de direitos e garantias, atuando de forma não só negativa ao Estado, mas impondo ações positivas.

Ocorre que o uso desse controle concentrado por parte do STF passou a exercer um protagonismo junto à política quando passou a decidir em casos concretos acerca não só da constitucionalidade das normas, mas em efetivamente modificá-las, reinterpretá-las, criá-las e

ainda determinar em suas decisões políticas públicas, em interferência ao que inicialmente se tinha por competências das outras esferas do poder da república, ora legiferando em substituição ao Poder Legislativo, ora executando as próprias políticas de alocação de recursos e escolhas drásticas do Poder Executivo.

Ora, restou claro no presente trabalho que não havendo o ato do poder público responsável ou competente, caberia então ao Poder Judiciário garantir a concretização dos direitos fundamentais, e não só decidir sobre o caso concreto com *animus* político, mas com base na força normativa da Constituição e principalmente através de uma decisão oriunda de um trabalho hercúleo hermenêutico para se chegar a uma solução constitucionalmente determinada, porém que não seja em interferência ou substituição á competência dos demais poderes, como quando o STF cria normas ou determina políticas públicas que caberiam aos demais poderes, sob pena de caracterizar a chamada “supremocracia”.

O que se deve buscar nesta decisão é um meio cuja interpretação fuja do solipsismo, ou seja, do subjetivismo e do ato de vontade do juiz, de tal modo que, em se tornando um caso difícil onde haja colisão de direitos fundamentais, o intérprete aplique e concretize a Constituição, sem receios de retaliação política, da opinião pública ou muito menos midiática, mas que também não interfira ou substitua a competência dos demais poderes, descaracterizando a repartição de poderes da república e da própria democracia representativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, cap. V.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Violência LGBTQI+ no Brasil: dados da violência. Elaboração de Marcos Vinicius Moura Silva. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26). Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347: 0003027-77.2015.1.00.0000/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 218668 AgR/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1998. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI+218668%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/rsetr6r> Acesso em 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 105950/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+CORPUS+105950%2FSP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ryf2qtq> Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733 (MI nº 4733). Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Interessado: União Relator: Min.Edson Fachin. Data do julgamento: 13.06.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil, v. 1: teoria geral do direito civil – São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 1ª Ed. 2ª Reimp. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, 2013.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho . Dos métodos de integração normativa e a superação parcial do art. 4º da LINDB . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19 , n. 3837, 2 jan. 2014 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26203>.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. Revista da AJURIS, v. 45, n. 144, jun 2018, p. 331-348.

MIKRYUKOV, Viktor. The analogy of law in civil law practice. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/51962/36382> >.

MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, 2006.

NUCCI. Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia**. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; DIAS, Jefferson Aparecido. **Jurisdição Civil, Ativismo e Ordem Econômica**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

REALE. Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico – São Paulo: Saraiva, 1994.

SENTONE, A. T., & GIACOIA, G. (2020). O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. Revista Videre, 12(24), 26–51. <https://doi.org/10.30612/videre.v12i24.9651>.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. . O DIREITO PENAL E A CRIMINALIDADE. REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFRN, NATAL, v. 1, n.1, p. 121-139, 1996.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão dos Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIERIA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV [online]. 2008, v. 4, n. 2 [Acessado 31 Outubro 2023], pp. 441-463.