

ATIVISMO JURÍDICO E A EFETIVAÇÃO DOS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS: O CASO DA MARCHA DA MACONHA

GONÇALVES, Paulo Henrique (Professor de Direito – ISULPAR)

CASALI, Raphael Cesar (Direito – UNIBRASIL)

RESUMO

O presente artigo aborda a postura ativista do poder judiciário ao aplicar e interpretar diretamente a constituição aos casos que não são tutelados pelas demais esferas do poder. Para compreender e contextualizar essa postura ativista faz-se uma abordagem do jusnaturalismo ao pós-positivismo, evidenciando o surgimento do neoconstitucionalismo e do Estado social aliado a uma sociedade cada vez mais complexa, fatores que acabaram por atribuir ao Judiciário um novo papel no cenário democrático.

PALAVRAS CHAVES: Direito Natural, Positivismo Jurídico, Constitucionalismo, Ativismo Judicial, Neoconstitucionalismo.

INTRODUÇÃO

Do direito natural ao pós-positivismo jurídico é possível constatar a mudança de paradigma do Direito. Após o fim da Segunda Guerra Mundial os Estados passaram a adotar uma postura mais ativa na efetivação dos direitos fundamentais, exigindo que o aplicador adotasse uma maior margem de interpretação. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou um amplo rol de direitos e garantias. Contudo, muitos interesses, geralmente das minorias, não são tutelados pelo Poder Público, fazendo com que o juiz venha exercendo um papel ativo na interpretação e aplicação das normas e princípios constitucionais aos casos concretos.

Para abordar o Ativismo Jurídico é necessário realizar uma análise das transições entre jusnaturalismo, positivismo jurídico e pós positivismo.

Na segunda parte, trata-se do ativismo jurídico e o papel do juiz como aplicador e intérprete da Constituição Federal de 1988.

Por último, para evidenciar o ativismo judicial, parte-se para análise do polêmico caso que envolveu a marcha da maconha, julgado pelo Superior Tribunal Federal, principal cenário do ativismo jurídico em nosso ordenamento jurídico.

1 POSITIVISMO JURÍDICO E SUA CRISE NO ESTADO MODERNO

1.1 Direito Positivo e Direito Natural: considerações preliminares

O positivismo estava preocupado em eliminar o subjetivismo, pois a norma e a sociedade, para aquela doutrina, tinham uma racionalidade universal. O positivismo, então, critica e separa a ideia de direito e religião; direito e sociologia; direito e economia. Para tanto, afirma que cada uma daquelas ciências tem sua própria lógica, devendo, portanto, serem afastadas da dinâmica do direito.

Adiantando, agora na idade moderna, a relação entre direito natural e positivo é marcada por uma inversão de valores. O surgimento do Estado mitiga a ideia de sociedade pluralista, constituída por agrupamentos sociais cada um com seu ordenamento jurídico. A estrutura monista¹, em que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele que cria o direito: “não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle de normas de formação consuetudinária”.²

Há uma ruptura de pensamento com o surgimento da estrutura de Estado Moderno. A criação do direito passa da sociedade civil organizada para o Estado. Dentro da estrutura jurídica, essa mudança surtiu efeitos consideráveis. Exemplificando, dentro da lógica direito natural até agora tratado e direito positivo, antes da formação do Estado, um juiz, ao decidir sobre um litígio, poderia aplicar normas e conceitos que transcendiam ao direito escrito propriamente dito, trazendo, às vezes, princípios de equidade e de razão. Já no Estado moderno, a sua atividade, agora regulada pelo Estado, passa a ser vinculada ao direito posto, positivo.

BOBBIO³ afirma que a monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos tiveram influência na compilação Justiniana, devido a criação do *Corpus juris civilis*, quando a criação de normas se desprende definitivamente da origem social para a vontade do príncipe.

¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícones, 2006. p. 27

² Idem.

³ Ibidem, p. 30.

O Estado como fonte única de criação do direito, leis, é a lógica que sustentou a doutrina jurídica por muito tempo, embora diversos autores à época tecessem críticas em detrimento dessa postura onipotente do Estado Moderno.

Destacam-se os apontamentos de BERGEL:

O direito mostra-se então uma disciplina autônoma que se identifica com a vontade do Estado do qual é a expressão. Não poderia, portanto, haver conflito entre o direito e o Estado que é sua fonte única e cuja evolução ou cujas mutações acarretam variações correspondentes do direito. O direito se reduz a um fenômeno estatal e amiúde à arbitrariedade do poder ou à política da força. Essas doutrinas tiveram em geral como origem as incertezas geradas pela diversidade dos direitos positivos e pela impressão de que toda idéia imutável e universal do justo é, em consequência, artificial.⁴

O Estado absolutista tenta demonstrar uma que monopolizar a criação das leis trará uma segurança jurídica nas relações sociais. Que é preciso se desvincular das incertezas e imprecisões do direito natural. O critério de *ser ou não se justa* uma determinada lei é afastado. Vale o que o Estado legitimado cria e nada mais.

FERRAJOLI⁵ aduz que *“el Estado de Derecho moderno nace, com la forma del Estado legislativo de derecho, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como critério exclusivo de identificación del derecho válido*. Isto significa dizer que o critério do justo é sucumbido à época.

Entramos, nesse momento, na vigência do princípio da legalidade, onde o critério de validade do direito está intimamente ligado a criação de tais normas por um poder constituído politicamente, o Estado.

1.2 Constitucionalismo e Crise do Positivismo Jurídico Clássico

Para FERRAJOLI⁶, a afirmação do Estado moderno não ocorreu, essencialmente, em função da efetividade do princípio da legalidade, mas também com o surgimento das Constituições rígidas, hierarquicamente superiores as leis e normas estabelecidas. Para tanto, o doutrinador expõe seus argumentos, em síntese, da seguinte maneira. Primeiramente, as normas anteriormente ligadas ao *iuspositivismo* agora tem outro critério de validade, ou seja, pode ser formalmente

⁴ BERGEL, Jean Louis. **Teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro Del Estado de derecho**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p. 17.

⁶ Idem.

válida, porém substancialmente inválida se estiver em contraste com as normas constitucionais.

Tem-se, portanto, o início do controle de constitucionalidade das normas postas. O caráter irrefutável da segurança jurídica do positivismo jurídico é sopesado com fulcro numa constituição rígida e, com as devidas proporções, principiológica. É, sem embargos, uma retomada, ao nosso sentir, ao direito natural estrito, não aquele cristão, mas sim aquele dotado de princípios éticos, prudentes.

A transposição do Estado de direito, legislativo, incapaz de atender aos grandes desafios da sociedade, para o Constitucional foi marcado pelos movimentos europeus, sobretudo o Italiano.⁷

Outro aspecto histórico que mitiga e põe em crise o positivismo jurídico clássico é a ocorrência das duas Guerras mundiais⁸. Isso porque, após inúmeras violações e aviltamentos de direitos humanos, os países europeus passam a engendrar uma nova concepção de direito.

O período pós-guerra foi marcado pelas crescentes doutrinas de proteção a dignidade da pessoa humana e a positivação dos direitos morais. As constituições não eram mais emanadas apenas de um soberano ou de um determinado poder constituído politicamente.

Não se deve olvidar da doutrina de ÉCIO OTO DUARTE, segundo o qual:

A mudança do cenário histórico-institucional provado pela I Guerra Mundial produziu faticamente no momento pós-guerra um sentimento de desconfiança nos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, inerentes à conformação do Estado de Direito Legislativo, pois que estes princípios tornaram-se incapazes de acompanhar e de realizar as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do Estado advindas do politeísmo dos valores imersos nos processos sociais.⁹

Nesse ínterim é promulgada a Convenção Européia de Direitos Humanos, a qual serve de parâmetro de controle de constitucionalidade em diversos países¹⁰. A busca pelo acato e respeito à moral é fonte de discussão nas elaborações

⁷FIORAVANTI, Maurizio. Estado Y constitución. In: FIORAVANTI, M (Org.). In. **El Estado Moderno en Europa**: Instituciones Y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13.

⁸BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas common Law e civil Law**. Disponível em: < <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/405>>. Acesso em: 9 set. 2015.

⁹DUARTE, Êcio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

¹⁰BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit.

normativas. O conteúdo moral do direito é retomado, rechaçando, portanto, o ideário de formalidade normativo do direito, fruto da vontade do soberano, ditador e etc.

Apenas uma constituição formal não é suficiente para atingir os anseios da sociedade em sua plenitude. Passa-se a engendrar uma busca pelos critérios materiais das constituições, o conteúdo delas, pois respeitar apenas a construção formal da constituição foi alicerce de grandes absurdos sociais. Era preciso, naquele momento, buscar novos conteúdos para serem encartados nas constituições.

HERRERA FLORES explica otimamente esse momento histórico e teórico:

Os direitos humanos se converteram no desafio do século XXI. Um desafio que é ao mesmo tempo teórico e prático. Ninguém pode negar o gigantesco esforço internacional realizado para se formular juridicamente uma base mínima de direitos que alcance todos os indivíduos e formas de vida que compõem a idéia abstrata de humanidade. Basta citar textos internacionais como a declaração sobre direitos sociais e o Pacto Internacional sobre direitos civis, para que tenhamos uma boa prova do que dizemos. Desde 1948 até nossos dias, assistimos cotidianamente a esse trabalho levado a cabo pela comunidade internacional para que os seres humanos possam controlar seus destinos.¹¹

Nota-se que aquela ideia primaria do positivismo jurídico citada por BOBBIO¹² (conjunto de leis aplicáveis num determinado território emanado de uma autoridade política) é ativamente criticada e, sobretudo, mitigada.

Por sua vez, COMANDUCCI aduz que os Estados começaram a buscar a elaboração de um Constitucionalismo forte, cujas características principais, segundo o autor, “es la ideologia que requerer um Constitucionalismo para garantizar los derechos y lãs libertades fundamentales frente al poder estatal”¹³.

Passa-se do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Isso é: apenas o critério de subsunção, positivista, não mais atende aos anseios sociais. O Constitucionalismo recepciona a moral no ordenamento jurídico, tornando-os direitos fundamentais.

DWORKIN também critica aquela posição exacerbada do positivismo jurídico clássico. De acordo com sua doutrina, “o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando

¹¹ FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, pág.30, 2009.

¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, Op. cit. p. 21.

¹³ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico**. Madrid: Trotta, 2003. p. 77.

lemos esses casos, o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz”.¹⁴

Destaca-se, novamente, a doutrina de DUARTE:

O Estado legislativo de direito, em face de sua conjunção a uma concepção positivista de direito, não era capaz de formular a realização aproximativa de um ideal moral que pudesse romper com a noção de direito como positiva e seguir à esteira do direito dimensionado, mas numa filosofia da consciência, mas inserido numa filosofia da linguagem intersubjetiva construtiva na normatividade.¹⁵

As mudanças produzidas pelo Constitucionalismo, conforme aventado alhures, acarretaram, nos tempos atuais, uma alteração dos paradigmas Constitucionais. Não se deve ficar preso as amarras do positivismo apenas por uma falsa impressão de segurança jurídica. O direito, a nosso ver, é um instrumento emancipatório do próprio Homem, e, como tal, é dinâmico. Por isso, não cabe ao formalismo atravancar esse objetivo.

Para DUARTE¹⁶ o direito contemporâneo “é preenchido densamente por conflitos éticos os quais tornam indissociáveis o discurso jurídico e o discurso jurídico moral”. Então, se assim for, será que o positivismo dará conta de todas essas novas discussões engendradas no contexto jurídico e social.

No próximo tópico, veremos a importância do ativismo jurídico na efetivação dos novos paradigmas Constitucionais. Tal argumentação é calcada na evolução metodológica do direito nesse trabalho.

2 ATIVISMO JURÍDICO: UM MODO DE SE EFETIVAR OS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS.

2.1 Considerações iniciais

Para iniciar nossos apontamentos acerca do tema proposto é elementar citar um parágrafo constante na obra de DUARTE, “o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos

¹⁴DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁵DUARTE, Êcio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo...**, Op. cit. p.

14.

¹⁶Ibidem, p. 34.

de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivas-jurídicas.”¹⁷

O período de pós guerra foi marcado por uma nova sistemática jurídica: o enfrentamento dos conteúdos morais pelo direito. Pois em, a quem é auferida essa missão? A princípio, o poder judiciário é chamado para dirimir essas questões, já que está intimamente ligado aos casos concretos que envolvem tal temática.

Se o modelo tecnicista do positivismo foi esquecido, então qual será a nova sistemática vigente agora? Ora, na medida em que o conteúdo relacionado à Moral é excessivamente completo, apenas nos casos concretos teremos a real noção de suas vicissitudes práticas. Por isso, nota-se a importância do ativismo judicial nesse aspecto.

Todavia, necessário se faz apontar algumas dificuldades para o “exercício” do ativismo jurídico. Isso porque, ainda assombrado pela teoria positivista, critica-se o caráter demasiadamente subjetivo e, por conseguinte, a falta de segurança jurídica ao deixar que um juiz efetivamente esmiúce o conteúdo Moral de certos direitos.

Cita-se, por oportuno, os apontamentos realizados por ESTEFÂNIA BARBOZA:

Diversos países vêm adotar constituições democráticas com catálogos de Direitos Fundamentais- como aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988- ou incorporar documentos internacionais para proteção dos direitos humanos. A mudança de aplicar nas estruturas jurídicas do sistema de civil Law para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel da jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição a priori desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos num documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto.¹⁸

Nessa nova sistemática jurídica vê-se que o papel do Poder Judiciário, mais precisamente da jurisdição Constitucional se reveste de robusta importância no cenário jurídico e, também, político contemporâneo.

¹⁷ Ibidem, p. 67.

¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.** Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/01/Escrevendo-um-romance-por-meio-dos-precedentes-judiciais.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.

A importância desse tipo de estudo é apontada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA¹⁹ como aspecto curial no desenvolvimento dos direitos fundamentais, pois, de acordo com sua doutrina, “no Brasil, com raríssimas exceções, nunca houve uma tradição, entre os trabalhos acadêmicos, de utilizar a jurisprudência como material de trabalho. Ainda segundo o autor, esse fenômeno pode ser percebido até mesmo nas decisões judiciais, que, em inúmeros casos, baseiam seus argumentos exclusivamente na doutrina, e não em seus próprios fundamentos”.

De outro lado, SUZANA POZZOLO também nos alerta acerca dessa nova sistemática jurídica, já que parece indiscutível que se exige do Direito do Estado Constitucional um maior esforço argumentativo do intérprete: “o direito se torna mais fluído e diminui as áreas de certeza e, simultaneamente, aumenta o encargo da jurisprudência.”²⁰

Não obstante, destaca-se, igualmente, as dificuldades encontradas no Poder Legislativo para disciplinar determinadas matérias, principalmente aquelas menos atraentes do ponto de vista político. É o caso do aborto, da eutanásia, relação homoafetiva, descriminalização das drogas, fidelidade partidária, moralidade política entre outros assuntos de extrema relevância social e que se mostram desagradáveis do ponto de vista político.

Não se avenge, também, o fato de referida atividade jurisdicional atingir a clássica teoria da separação dos poderes como forma de garantia da estrutura legalista do Estado. POZZOLO é firme ao mencionar que é importante, agora, considerar a jurisprudência, procurar a função no âmbito de uma “visão que abandonou o mito de uma jurisprudência meramente aplicativa de um ditado legalista pronto para o uso, mas que ao mesmo tempo não quer abandonar a doutrina da separação dos poderes com todas as suas garantias”²¹.

Não se trata, assim, de um afastamento injustificado das garantias jurídicas proporcionadas pela clássica doutrina da separação dos poderes, nem mesmo um ataque à democracia, cujos argumentos, contra o ativismo jurídico, gravitam, em síntese, na falácia de que aquela interferência do Poder Judiciário no Legislativo

¹⁹ DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros. 2010, pág. 32

²⁰ DUARTE, Êcio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo...**, Op. cit. p. 130.

²¹ Ibidem, p. 134.

causaria uma crise de legitimidade no processo de criação das leis, inclusive pelo fato daquele primeiro poder não ser eleito democraticamente pelo povo, sendo apenas uma minoria. Todavia, é preciso indicar que essa minoria, que muitas vezes são aviltadas em seus direitos fundamentais por uma falta de representatividade pela maioria, também faz parte de uma determinada estrutura Estatal.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EFETIVANDO NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DE CASOS.

Tornando nosso estudo mais prático, passaremos a analisar alguns acórdãos e votos exarados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e que tiveram como plano de fundo ou até mesmo explícito, a busca pelo conteúdo moral dos direitos fundamentais.

Diversas são as discussões acerca dos temas propostos. A título de exemplo, menciona-se a celeuma jurídica existente em relação ao aborto. Se essa discussão for levada para o cenário político, é óbvio que as bancadas religiosas iriam, com toda certeza, refutar a possibilidade de se praticar o aborto. Mas a questão vai além. E naqueles casos de fetos anencefálicos em que a mãe não quer gestar a criação por não haver possibilidade de sobrevivência do feto? Como fica a dignidade dessa mãe? A vida e a dignidade humana entram num embate moral extremo.

O judiciário, nesses casos, é invocado para dar conteúdo aqueles temas. Delimitar seus limites, pois, pressões políticas retiram a lisura do Parlamento para regular o assunto.

Diversos outros assuntos de repercussão social já tiveram o seu conteúdo esmiuçado pela Suprema Corte brasileira. Dentre eles podemos citar a liberdade de expressão, pesquisa com células embrionárias, moralidade política, intimidade entre outros de igual importância.

3.1 O Caso da “*Marcha da Maconha*”

Indicaremos, nesse trabalho, a análise dos argumentos utilizados no voto do Ministro Celso de Melo no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental 184/2011²² proposta no Supremo Tribunal Federal. Em resumo, essa medida tinha como objeto de discussão sobre o direito de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento em relação à “marcha da maconha”.

Como é cediço, recentemente passamos por acirradíssimas discussões acerca da legalização do uso da substância entorpecente conhecida vulgarmente como “maconha”.

Grupos simpatizantes da proposta se organizaram em diversas regiões do Brasil e se reuniram em praças públicas para reivindicar a *abolitio criminis* em relação ao consumo daquela substância entorpecente especificamente. Contudo, para enorme surpresa desses grupos, diversos de seus integrantes foram presos com incurso no art. 287 do Código Penal por estarem, em tese, fazendo apologia ao crime, pois, como sabemos, o tráfico de drogas é um tipo penal encartado no art. 33 da Lei 11.343/2006.

O grande cerne da questão era perceber o limbo jurídico que diferenciava um ato criminal, apologia ao crime, de um exercício de direitos fundamentais, reunião e expressão do pensamento. Um entendimento errôneo mudaria totalmente a concepção fática do ato.

Ao analisar a ADPF 184/2011, o i. relator, Ministro Celso de Mello, esmiuçou conteúdo paradigmático do caso *sub judice*: direito à reunião e liberdade de expressão em se tratando da “*Marcha da Maconha*”.

Passamos, então, a análise de alguns trechos do voto exarado pelo Ministro Celso de Melo, as considerações iniciais do voto:

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, *no caso*, com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas *das mais importantes* liberdades públicas – a *liberdade de expressão* e a *liberdade de reunião* – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – como a *Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana* (Artigos XIX e XX), a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Arts. 13 e 15) e o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana.²³

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>. Acesso em: 09 set. 2015.

²³ Idem.

Nota-se que o r. Ministro relator trás a lume argumentos que marcaram a transposição do Estado de Direito, marcado por um positivismo clássico exacerbado, para o Estado Constitucional, caracterizado por um Constitucionalismo forte de proteção aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, conforme já aduzido nessa pesquisa.

Não obstante, é notório que o caso é cercado por aspectos e argumentos sociais de valoração elevada. De um ponto aqueles que acreditam “ser a marcha da maconha um ato de apologia ao crime”, portanto seus idealizadores devem ser punidos com fulcro no tipo penal encarta no Código Penal, critério de subsunção clássica. Por outro viés, temos a banda daqueles que defendem o exercício do direito à reunião e, sobretudo, da manifestação do pensamento.

Se ainda estivéssemos regidos por um Estado legalista, obviamente que tal discussão estaria encerrada: punir-se- iam os infratores e pronto.

Entretanto, na vigência ideológica de um constitucionalismo forte, protegido por uma jurisdição constitucional no mesmo nível, a discussão ganha outras proporções..

Para finalizar, analisando os critérios internos e externos dos argumentos elencados no voto do Ministro Celso de Mello, é oportuno colacionar parte do acórdão que guarda estreita relação com os argumentos lançados ao longo desse trabalho. Senão vejamos:

Na realidade, Senhor Presidente, esse tema acha-se, *intimamente associado* ao presente debate constitucional, pois concerne ao *relevantíssimo* papel que ao *Supremo Tribunal Federal* incumbe desempenhar no plano da *jurisdição das liberdades*: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as *minorias* contra *eventuais excessos da maioria* ou, até ADPF 187 / DF 25 mesmo, contra abusos perpetrados *pelo próprio* Poder Público e seus agentes. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário[...]”²⁴. (grifamos)

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 184/2011**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>. Acesso em: 09 set. 2015.

Acertadamente, o e. Ministro nos alerta ao fato da necessidade de o Estado proteger uma minoria, mesmo que tal ato agrida ou se contraponha a vontade majoritária. Outro aspecto de relevante importância é a evidência que o Celso de Mello atribui ao papel da jurisdição constitucional, do ativismo jurídico como forma de efetivação dos novos paradigmas constitucionais.

Assim, através da análise do acórdão citado, nota-se a irrefutável necessidade de um ativismo jurídico na efetivação dos novos paradigmas constitucionais, que, nesse caso, passou a excluir a criminalização da defesa da legalização das drogas, garantindo, assim, o exercício ao direito de reunião e livre manifestação do pensamento.

Por último, vale consignar, que não houve a criação de um novo direito, mas sim uma interpretação constitucional de um novo paradigma constitucional: *se a defesa pela descriminalização das drogas é apologia ao crime ou exercício de um direito fundamental. In casu*, decidiu-se pelo segundo aspecto e, diga-se, acertadamente, tendo em vista os novos anseios sociais, que também devem ser protegidos, ainda que seja de uma minoria.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de Direito defendido pelo positivismo jurídico clássico, conforme se observou ao longo dos argumentos ventilados, ausenta-se na resolução dos assuntos mais engendrados na sociedade atual que vivemos: complexa e dinâmica. Desse modo, dentro dos critérios e aspectos defendidos pela doutrina neoconstitucionalista ou por meio de um Constitucionalismo forte, exige-se, ao menos, uma reinvenção dos critérios de sopesamento aos direitos pré-estabelecidos pela doutrina clássica engendrada pelo positivismo jurídico.

Após a superação do Estado de Direito, fora encartadas nas Constituições contemporâneas, em resposta aos períodos de atrocidades advindas das Guerras, uma mudança paradigmática quantos aos direitos fundamentais, os quais, de acordo com determinadas doutrinas, foram inseridos nas Constituições com a busca pela proteção dos direitos humanos e, sobretudo, a dignidade humana.

Deste modo, tendo em vista a importância e que os direitos fundamentais assumem nas entranhas dos Textos Constitucionais contemporâneos, é de

elementar importância o estudo dos novos paradigmas Constitucionais, os quais, não raramente, estão aliados aos conceitos primários de moral.

A dinamicidade da sociedade passa requerer novos argumentos em relação à lógica Constitucional. Não se deve, um fulcro apenas em uma ilusória segurança jurídica, deixar num limbo jurídico as pessoas que fazem parte dessas novas sistemática (relação homoafetiva, estudo com células embrionárias, marcha da maconha, testamento vital).

O que se busca defender não é a injustificada criação de normas através do ativismo judicial, e sim uma releitura moral em relação ao enfrentamento desses fatos, ou melhor, dos novos paradigmas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas common Law e civil Law.** Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/405>>. Acesso em: 9 set. 2015.

BERGEL, Jean Louis. **Teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícones, 2006. p. 27

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico.** Madrid: Trotta, 2003. p. 77.

CHUEIRI, Vera Karam de. **O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo.** In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Direito e Discurso: discurso do Direito. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros. 2010. p. 32

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico.** São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Ferraz. Introdução ao estudo do direito: técnicas, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro Del Estado de derecho. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado Y constitución**. In: FIORAVANTI, M (Org.). In. El Estado Moderno en Europa: Instituciones Y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 184/2011**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>. Acesso em: 09 set. 2015.