

POR AMOR ÀS CAUSAS PERDIDAS: ENTRE CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS INFLUÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

ON BEHALF OF LOST CAUSES: BETWEEN CONSTITUCIONALISM, NEOCONSTITUCIONALISM AND THEIR INFLUENCES ON THE CONSTITUTION OF 1988

Jady Leonilya Gomes Machado¹

Leôncio Rikelme Medeiros Carneiro²

Maria Sara Paiva Mesquita³

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de estabelecer relações entre as Teorias Constitucionalista e Neoconstitucionalista e pontuar suas consequências na Constituição de 1988, assim, buscando apresentar o positivismo e o pós-positivismo, suas dicotomias e as nuances do pensamento entre Kelsen e os pensadores da Virada Kantiana. Trata-se de uma pesquisa de natureza básica, que prioriza como método de procedimento o teórico-bibliográfico e realiza a abordagem por meio do método dialético. Na análise histórica, é possível inferir que o Constitucionalismo, atrelado às concepções positivistas, degradou a concepção de justiça, tendo em vista as más consequências, manifestadamente, nas tiranias em vários Estados no século XX. Assim, a Virada Kantiana do pós-positivismo influenciou os pensamentos neoconstitucionalistas, resultando em constituições baseadas nos valores e na moral humana, atrelados a princípios do Constitucionalismo positivista, como a Constituição Brasileira de 1988, que, com a característica de ser analítica, trata de garantias bastante específicas. Concebe-se que, apesar das dicotomias, as teorias convergem, resultando em ordens constitucionais como a brasileira, que reitera constantemente em seus dispositivos a importância da proteção às garantias individuais.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Positivismo. Pós-Positivismo. Constituição de 1988.

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Sobral, Ceará, Brasil.

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Sobral, Ceará, Brasil.

3 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Sobral, Ceará, Brasil.

Abstract: This article aims to establish relations between the Constitutionalist and Neoconstitutionalist Theories and to point out their consequences in the 1988 Constitution, thus seeking to present positivism and post-positivism, their dichotomies and the nuances of thought between Kelsen and the thinkers of the Kantian Turn. It is a research of a basic nature, that prioritizes the theoretical-bibliographic method of procedure and the approach is carried out through the dialectical method. In the historical analysis, it is possible to infer that Constitutionalism, linked to positivist conceptions, degraded the conception of justice, in view of the bad consequences, manifestly, in the tyrannies in several States in the 20th century. Thus, the Kantian Turn of post-positivism influenced neoconstitutionalist thoughts, resulting in constitutions based on human values and morals, linked to the principles of positivist Constitutionalism, such as the 1988 Brazilian Constitution, which, with the characteristic of being analytical, deals with very specific guarantees. It is conceived that, despite the dichotomies, theories converge, resulting in constitutional orders such as the Brazilian one, which constantly reiterates in its devices the importance of protecting individual guarantees.

Keywords: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Positivism. Post-positivism. 1988 Constitution.

Submissão: 05/04/2020

Aceite: 27/06/2020

1. INTRODUÇÃO

A teoria constitucional passou por uma evolução nas últimas décadas, sendo decorrente da forte influência do Neoconstitucionalismo como resposta a um longo período de descaso com as garantias individuais. Consequentemente, surgiram mudanças nas fontes jurídicas e nos seus próprios modos de interpretação. No presente artigo, busca-se recordar esse processo gradativo até se chegar no Estado Democrático de Direito, fazendo uma apresentação do Constitucionalismo e do Neoconstitucionalismo, explanando como esses movimentos foram e são de fundamental importância para limitar o poder estatal e como eles influenciaram na Constituição Federal de 1988.

À vista disso, vale ressaltar as dicotomias entre as duas teorias e as nuances do pensamento de Kelsen e os pensadores da Virada Kantiana, de modo que Hans Kelsen desenvolve a ideia de positivismo jurídico e estrutura a Teoria Pura do Direito e, em contraponto, o pós-positivismo advindo da “Virada Kantiana”, expõe as ideias que foram o baluarte da neoconstitucionalização do Direito. Posteriormente, analisa-se a realidade constitucional brasileira a fim de abordar os impactos que essas teorias causam na Constituição do Brasil de 1988, sendo esta analítica, rígida, dotada de garantias individuais e direitos fundamentais, que foi promulgada após um longo período de repressão decorrente da Ditadura Militar.

Portanto, ao analisar os fatos históricos, é possível perceber que o Constitucionalismo, atrelado às concepções positivistas, degradou a concepção de justiça, tendo em vista as más consequências, manifestadamente, nas tiranias em vários Estados no século XX. Assim, a “Virada Kantiana” do pós-positivismo, influenciou os pensamentos neoconstitucionalistas, resultando em constituições baseadas nos valores e na moral humana, atrelados a princípios do Constitucionalismo positivista, como a Constituição Brasileira de 1988.

Para fins de realização da pesquisa científica, a originalidade do presente tema alinha-se, no que tange aos aspectos metodológicos, ao desenvolvimento da técnica de pesquisa teórico-bibliográfica, com destaque para consagradas obras doutrinárias, utilizando-se do método de abordagem histórico-dialético, sob a ótica objetiva do método explicativo.

2. METODOLOGIA

O presente artigo constitui-se de uma pesquisa de natureza básica, realizada com a finalidade de agregar análises sobre um determinado assunto, sem que se tenha na pesquisa uma aplicação imediata. Quanto ao procedimento aplicado à pesquisa, foi utilizado o método teórico-bibliográfico, ou seja, que objetiva aprofundar o conhecimento de uma determinada realidade, no caso, apresentar as teorias citadas, as suas problemáticas e tecer, com isso, uma análise crítica das influências à atual conjuntura constitucional brasileira. Tal estudo se fundou sob a ótica objetiva do método explicativo, pois, busca identificar os fatores que causam tal fenômeno, bem como aclarar as suas conexões com a Constituição de 1988. Assim, o método de abordagem empregado foi o histórico-dialético, uma vez que busca compreender a dinâmica, levando em consideração a volatilidade dos fatos sociais, os quais constituem as bases do Direito, consequentemente, do Constitucionalismo, dinâmica essa que o transforma em Neoconstitucionalismo.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo: Evolução Histórica.

Desde que o homem passou a conviver em sociedade, tornou-se necessária uma ordem geral que regulasse as relações sociais e os comportamentos do indivíduo em determinado grupo. Assim nasceu o Estado, que tem a finalidade de manter a ordem e proporcionar o bem comum. Consequentemente, vão se originar as Constituições. “Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos” (SILVA, 2008, p. 37-38). Para conceituar Constitucionalismo, é necessário fazer uma abordagem histórica da evolução das garantias e direitos fundamentais, que foram assegurados pelo povo através de lutas e revoluções com o intuito de manifestar a repulsa do poder absoluto na mão de uma minoria em determinada época.

À vista disso, pode-se dizer que o Constitucionalismo Antigo tem início no Estado Hebreu, o qual era teocrático e suas fontes do Direito eram a religião, as leis não escritas e os costumes. Os chefes familiares representavam o poder de Deus na terra e estabeleciam as leis a serem seguidas. Quando esses ultrapassassem a “Lei do Senhor”, que era baseada na Bíblia, os profetas entravam em ação e os limitavam através de fiscalizações ou punições. Portanto, o poder político era limitado por leis sagradas, que eram fielmente seguidas para não causar a ira em Deus. Karl Loewenstein foi o primeiro a identificar este Estado e associou essa pequena evolução ao prenúncio do Constitucionalismo. Posteriormente, o mesmo autor faz uma análise das cidades-Estado gregas, afirmando que eram o único exemplo notório de um sistema político com seção plena entre governantes e governados, em que o poder político esteve igualmente distribuído entre os cidadãos (LOEWENSTEIN, 1970).

São nas cidades-Estado gregas que irão surgir as primeiras noções de democracia constitucional, onde os cargos eram acessíveis a todos os cidadãos, os quais gozavam de uma democracia direta. Nas Ágoras eram promovidos debates e era onde se resolviam as questões políticas, porém, esse âmbito não era de participação universal. Ocorria exclusão das pessoas que não fossem consideradas cidadãs, como escravos, mulheres e as pessoas que não possuíam laços sanguíneos gregos, ficando uma grande parte da população fora dos assuntos e decisões que também faziam parte de seus interesses. Nesse período, pode-se atestar também a contribuição de Aristóteles e Platão, que, com seus estudos políticos definiram modelos como a separação de poderes e a utilização do bem comum para definir as formas puras de governo (GONTIJO, 2014). Vale ressaltar o período republicano romano, que foi semelhante ao grego. Contudo, nessa democracia, o direito da liberdade era considerado um direito estatal e não apenas individual, sendo limitado por normas impostas pelo imperador, que primava pela garantia dos direitos individuais.

Por fim, encerra-se o Constitucionalismo Antigo na Idade Média, período em que se destaca a *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, consolidada no mesmo século, outorgada pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra. Tal acontecimento marcou a retomada dos ideários constitucionalistas, que foram sucumbidos no sistema feudal,

reconhecendo direitos limitadores do poder estatal, como o direito à propriedade, à aplicação do princípio da proporcionalidade nas penas, dentre outros aspectos, além de remodelar o papel do rei. A partir disso, inicia-se a experiência constitucionalista inglesa, na qual se concretizou o Estado de Direito, na conversão do chamado “governo das leis” ao “governo dos homens” (FERREIRA; LIMA, 2017). Mais adiante, destacam-se a *Petition of Rights* de 1628, que consistiu em uma petição para que o monarca reconhecesse os direitos de seus súditos; o *Habeas Corpus Act* de 1679, que buscou a liberdade individual, evitando prisões injustas; o *Bill of Rights* de 1689, decorrido da Revolução Inglesa, que foi uma declaração de direitos, afirmando a supremacia do parlamento; o *Act of Settlement* de 1701, que possuiu o objetivo de submeter os governantes às leis, dentre outros (GONTIJO, 2014). O *Rule of Law* (governo das leis) e todos estes documentos paradigmáticos podem ser considerados os “embriões” das Constituições modernas, as quais estabelecem os direitos individuais.

Decorrente disso, a Teoria Constitucional vai ganhar força com as Revoluções Liberais no fim do século XVIII, resultado da luta popular a fim de extinguir o poder absoluto do monarca, dando início ao chamado Constitucionalismo Clássico, Moderno ou Liberal. Esse período é caracterizado pelo surgimento das Constituições escritas, rígidas, modernas e com supremacia constitucional. Para muitos doutrinadores, o Constitucionalismo tem início apenas nesse momento. Os movimentos desse período possuíam a finalidade de limitar o poder estatal e garantir a liberdade dos cidadãos. Em consequência disso, houve um fortalecimento da proteção dos direitos e garantias individuais. Carvalho (2003) caracteriza esse período como um desenvolvimento das ideias de garantia de direitos dos cidadãos, da separação de poderes, de uma crença na democracia representativa, na qual se deu a demarcação entre sociedade civil e Estado e um Estado “Absentéista” - ausência estatal no cerne econômico. Merece destaque a Constituição norte-americana que, após o rompimento das treze colônias com o governo inglês, declarou sua independência e as unificou em um estado federal, os Estados Unidos da América, decorrendo disso a elaboração da Constituição Norte-Americana, em 1787. Novelino (2016, p. 47-48) sobre suas principais características:

I) a elaboração da primeira constituição escrita e dotada de rigidez (1787); II) a ideia de supremacia constitucional; III) a instituição do controle judicial de constitucionalidade (1803); IV) a consagração da forma federativa de Estado; V) a criação do sistema presidencialista; VI) a adoção da forma republicana de governo e do regime político democrático; VII) a rígida separação e o equilíbrio entre os poderes estatais; VIII) o fortalecimento do Poder Judiciário; IX) a declaração de direitos humanos.

A Constituição Francesa, influenciada por esse movimento, teve como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, a partir disso, influenciou o nascimento de novas constituições por todo o mundo, apesar de ser prolixa e sem rigidez, devido ao fato de na Europa se considerar a Constituição um documento político e não jurídico. De fato, a supremacia constitucional só vem a existir na Constituição Americana, pois na França o Parlamento é que detinha a supremacia, pois o judiciário à época era desprestigiado, em contraponto tendo ganho um fortalecimento na experiência americana. As características do Estado Liberal são as garantias das liberdades públicas pelo Estado mínimo e posteriormente a segurança do direito de dimensão, como direitos civis e políticos, como vai dizer Bobbio (2004, p. 34) sobre esse período:

[...] num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado).

Mais adiante, com o fim da Primeira Guerra Mundial e seus resultados devastadores, o Estado Liberal entra em crise, com algumas

sociedades em estado de calamidade, o que demandou uma maior intervenção do Estado, visando uma reestruturação pós-guerra. Esse período ficou conhecido como Constitucionalismo Social, que vai perdurar até o fim da Segunda Guerra Mundial. Visto a necessidade dessa intervenção estatal, surge uma maior preocupação com o bem-estar social, fazendo surgir os chamados direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão, como os direitos sociais ou coletivos (FERREIRA; LIMA, 2017). Com isso, surge a obrigação do Estado de não somente resguardar os direitos individuais, mas também assegurar direitos de cunho coletivo, desvinculando-se da ideia do Estado Liberal, gerador das desigualdades sociais. As constituições passam a ser analíticas, por exigirem mais direitos e garantias. Destaca-se a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição alemã de Weimar de 1919, a Constituição Austríaca e a Constituição Brasileira de 1934 (FERREIRA, 2013).

Contudo, com a grande catástrofe que a II Guerra Mundial causou, o positivismo jurídico sofreu um grande abalo, inexistindo uma proteção jurídica eficaz. Após duas grandes guerras, tornou-se necessário garantir não só os direitos individuais e sociais, mas também os direitos difusos, com uma proteção assegurada pela união de todas as nações. Percebeu-se também que os direitos fundamentais ultrapassam fronteiras e que a preocupação com estes não deveria ser apenas de um Estado, mas, na verdade, de todo o mundo. É nessa concepção que vai surgir o Neoconstitucionalismo, que se inicia em meados do século XX e vem até os dias atuais. “O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo” (BARROSO, 2001, p. 40). As transformações desse período são o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios e o neopositivismo, aplicação dos direitos difusos, a hermenêutica constitucional como interpretação da carta constitucional, a constituição acima da lei, supremacia do texto constitucional, constitucionalização do direito, ampliação da jurisdição constitucional, entre outros que serão abordados posteriormente nesse estudo.

Portanto, o Constitucionalismo trata-se de um movimento ideológico, político, social e jurídico que buscou a limitação do poder do Estado e a garantia de Direitos Fundamentais. Já o Neoconstitucionalismo, além de buscar a limitação estatal, busca a efetiva concretização do Direito,

especialmente dos Direitos Fundamentais, valorizando a dignidade da pessoa humana. No Brasil, o Constitucionalismo Contemporâneo se difundiu décadas após o movimento ter iniciado na Europa e teve como marco a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com fortes influências de J.J Gomes Canotilho. Esta Constituição transigiu de um Estado autoritário, vigente durante vinte e um anos de ditadura militar para um Estado Democrático de Direito. A carta estabelece a separação dos poderes estatais, os direitos e garantias fundamentais, entre outras características da corrente neoconstitucionalista.

3.2 Limiar entre as duas Teorias e as Nuances do Pensamento entre Kelsen e os Pensadores da Virada Kantiana: uma Discussão entre Dicotomias.

O Constitucionalismo moderno surge durante os séculos XVII e XVIII inserido no contexto das revoluções liberais burguesas, notadamente a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América, como um ímpeto social de restringir e controlar o poder central dos Estados, até então absolutistas, por meio de documentos legais escritos dotados de diretrizes pelas quais se organizaria o poder político e suas prerrogativas no interior dos Estados Nacionais (DEMARCHI; VANDRESEN, 2014). Tal movimento encontra substrato ideológico na doutrina contratualista então dominante e nos ideais iluministas que começavam a se desenvolver, que possuíam como valores precípuos o individualismo, o absentéismo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo. (LENZA, 2019).

É desta concepção de ordenamento escrito, assentada no garantismo jurídico, que, no início do século XX, Kelsen (1999) desenvolve, em sua Teoria Pura do Direito, a ideia de positivismo jurídico (ou juspositivismo), pela qual Estado e Direito se confundem, aquele sendo a única fonte deste e este não existindo sem aquele. Em sua retórica, o Direito existe independentemente de quaisquer fatores alheios ao seu objeto de estudo - neste caso, a norma jurídica - ou de outras searas do conhecimento científico, tais como a sociologia, a filosofia ou a política. Ao fazê-lo, o jurista austríaco visa ao Direito como uma ciência em si, com método e objeto de estudo próprios e inteiramente livre de elementos

abstratos ou axiológicos em seu cerne (ESTEVES; CADEMARTORI, 2013). Nas palavras do autor:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 1999, p. 01).

No entanto, esse processo de positivação do Direito – ou seja, de torná-lo escrito -, nascido dos anseios burgueses de participação política, incorreu, já no século XX, no equívoco do autoritarismo que outrora intentava combater. As constituições passaram de ferramentas balizadoras do Poder a instrumento de falsa legitimação de governos arbitrários, que, utilizando-as como disfarce legal, investiram frontalmente contra as liberdades políticas e os direitos individuais. Daí nasce o conceito de Constituição outorgada, que é aquela elaborada unilateralmente, sem a participação dos representantes do povo, sendo, portanto, baluarte dos interesses do governante apenas e não os da comunidade política com um todo (LENZA, 2019).

Como resposta a tamanha ascensão dos movimentos totalitários, impulsionada pelo estatismo jurídico intrínseco ao juspositivismo, nasce, em meados do século XX, no período pós Segunda Guerra, o conceito de Neoconstitucionalismo (ou Constitucionalismo Contemporâneo), que aproxima-se do movimento anterior quanto à defesa da positivação do ordenamento, mas dista do mesmo quando advoga pela rigidez constitucional, por uma Constituição de princípios e não somente de regras - com uma maior margem para interpretação (conferindo uma inédita importância à hermenêutica jurídica) - e, finalmente, pela defesa inalienável de um amplo rol de direitos fundamentais, não permitindo qualquer nova empreitada autoritária, erro no qual sucumbiu o Constitucionalismo predecessor (DEMARCHI; VANDRESEN, 2014).

E é nesse movimento, introdutório de uma nova forma de pensar o Direito enquanto estrutura normativa, dotado de elementos externos ao seu corpo escrito, tais como a Moral e os costumes, indo além do

purismo formalista apregoado por Kelsen, que se inserem os jusfilósofos da chamada Virada Kantiana. Esta doutrina, que convencionou-se chamar de pós-positivismo, influenciada pelas concepções morais de Immanuel Kant (1724-1804), contrapunha-se ao juspositivismo kelseniano à medida que, oposta a este, não analisava o fenômeno jurídico como algo isolado da realidade fática social, isto é, estabelecia que, para o Direito ter efetividade junto à sociedade, o mesmo não poderia em momento algum distanciar-se da subjetividade inerente à mesma - sua Moral e seus valores primeiros - que, anteriores ao próprio Direito Positivo, seriam superiores a este (BOWERK; OLIVEIRA, 2014). Corroborando, neste sentido, Radbruch (1999, p. 02), um dos maiores expoentes da referida corrente:

[...] pois o legislador pode dar às suas imposições o conteúdo que lhe aprouver, mas só lhes poderá conferir validade se não se afastar em demasia da efetividade da vida do povo. Caso contrário, esta lhe negaria obediência: uma lei “vale” somente quando pode ser aplicada na maioria dos casos de sua incidência. Pois é essencial ao direito ser não apenas um querer e dever, mas sim uma força real e atuante na vida do povo.

Os fatores ora expostos vêm para demonstrar a relação íntima do juspositivismo de Kelsen e do pós-positivismo advindo da Virada Kantiana com os processos de constitucionalização e neoconstitucionalização do Direito, com enfoque para a realidade brasileira, cuja Constituição atual mostra-se claramente enviesada pela segunda teoria, que, dentre outros paradigmas, estabelece a positivação de valores sociais e direitos fundamentais como indispensável ao processo constitucional, como será dirimido mais à frente neste trabalho.

3.3 Breve Apresentação acerca da Realidade Constitucional Brasileira.

Após o período de 21 anos de repressão no qual foi vigente no Brasil o Regime Militar (1964-1985), houve, com a subsequente redemocratização, lenta e gradual - como pretendida pelos líderes moderados

das Forças Armadas -, um árduo esforço por parte dos mais diversos setores da sociedade na elaboração de uma nova constituição para o Estado brasileiro. Tamanho esforço se deu no sentido de incorporar ao novo documento supremo princípios e valores norteadores de uma nova realidade política, que ali se queria firmar (COTRIM, 2010). Esta nova realidade caracterizava-se pela completa repulsa ao autoritário modelo de Estado empreendido anteriormente pelos militares e por um anseio generalizado por maiores avanços no campo das liberdades individuais e dos direitos políticos e sociais. Cotrim (2010, p. 233) assim explica esse quadro histórico nacional:

Um dos principais objetivos que pautaram a elaboração da nova Constituição foi a redemocratização do país, com a substituição dos instrumentos jurídicos criados pela ditadura militar. Ou seja, era preciso trabalhar na remoção do “entulho autoritário”, expressão consagrada para designar o conjunto de instituições e práticas legadas pela ditadura.

Todos esses vetores, tradutores das aspirações dos mais variados grupos de pressão (como sindicalistas, empresários e alguns setores militares), encontraram-se e combinaram-se na Assembleia Constituinte, que, fazendo uma demorada síntese dos numerosos interesses, muitas vezes conflitantes, oriundos da sociedade em geral, promulgou em cinco de outubro de 1988 a nova Constituição Federal.

Tal documento, receptáculo de todos os referidos clamores de um país recém saído de um regime antidemocrático, caracteriza-se primordialmente pela complexidade e heterogeneidade de seu conteúdo, estabelecido com o fito de atender a todas essas demandas, o que acabou por resultar em um texto constitucional deveras prolixo, o que legou à Constituição seu caráter analítico (TAVARES, 2013).

A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, dado o extenso leque de direitos civis e sociais por ela garantidos, também é reconhecida por sua abrangência normativa, isto é, a mesma versa sobre os mais distintos aspectos da vida social e política do Estado brasileiro, não apenas instituindo diretrizes para o funcionamento e organização deste Estado, como também estabelecendo normas a respeito de matéria alheia àquela tipicamente considerada constitucional

(FAUSTO, 2006). Isto se deve, outrossim, ao seu delicado processo de elaboração, pois tendo o Brasil um longo histórico de insegurança jurídica - haja vista a grande quantidade de constituições que já regiram o Estado brasileiro -, os variados grupos sociais de interesse passaram a pressionar os parlamentares da Constituinte a inserir no novo texto jurídico suas pautas principais, visando conferir às mesmas uma maior estabilidade e possibilidade de garantia, tendo por base as supostas rigidez e supremacia constitucional (FAUSTO, 2006).

Contudo, são nítidos e inegáveis os progressos instaurados na realidade social e política brasileira com a vigência da nova Constituição, que, sendo a mais democrática de toda a história política do país, traz em seu cerne a solução de importantes e históricos conflitos sociais, nunca antes amparados da forma tão específica e aprofundada por legislação alguma. Pois, como assevera Fausto (2006, p. 525):

Com todos os seus defeitos, a Constituição de 1988 refletiu o avanço ocorrido no país especialmente na área da extensão de direito sociais e políticos aos cidadãos em geral e às chamadas minorias. Entre outros avanços, reconheceu a existência de direitos e deveres coletivos, além dos individuais. [...] No que diz respeito às minorias, um capítulo da Constituição reconheceu aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que originalmente ocupam”.

Portanto, conclui-se que a atual realidade constitucional brasileira, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, é resultado direto de um longo processo de transformações sociais e políticas pelo qual passou o país, que culminaram na elaboração do texto vigente, cuja feitura, inserida em um cenário nacional de revitalização da cidadania e dos valores democráticos, tratou de tornar tais valores pilares da nova conjuntura estatal que ali se erguera.

3.4 Uma Abordagem a Respeito dos Efeitos das duas Teorias na Realidade Constitucional Brasileira.

De acordo com o que foi exposto, é possível destacar a influência do Constitucionalismo positivista nos Estados que se extremaram e agiram plenamente pela norma, se abstendo da valoração e do uso da Moral para ponderá-la. Segundo Kelsen (1999), a Moral confere ao Direito um viés relativo em vez de um viés absoluto, sendo assim, a validade da ordem jurídica independe da conformidade ou não com algum sistema de Moral, desconstruindo assim sua necessidade para o Direito. Dessa forma, é possível perceber a concordância do pensamento constitucionalista com as teorias kelsenianas e o abrangente uso da ideia do Direito como sendo apenas norma, algo que deve se distanciar da Moral, fato que se ilustra também no livro da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1999, p. 28):

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.

Nessa seara, tem-se a legitimação do Direito até mesmo nos Estados ilegítimos, os quais foram governados pelo poder Tirano, que fundaram seus aspectos históricos na marginalização das opiniões que não estivessem em consonância com o que acreditava o déspota. O Constitucionalismo fundado sob os ideais positivistas foi fundamental ao início do desenvolvimento do que se tem de matéria Constitucional atualmente. Apesar disso, declinou, assim como os Estados que se edificaram unicamente nesses preceitos.

Em acordo com o que já foi citado, diante da necessidade de se reestabelecer a segurança jurídica que foi perdida com o uso extremado de uma teoria, utilizando-se da reintegração da Moral ao Direito e legitimados pela Moral estudada por Kant, popularizam-se os jusfilósofos da Virada Kantiana. Nesse contexto, surgem muitas correntes de pensamento, dentre elas o Neoconstitucionalismo, que fundam as 5 gerações de direitos, a primeira delas, inclusive, marcando a transição do Estado Autoritário para o Estado Democrático de

Direito, que se caracteriza pela aquisição e manutenção das garantias individuais (DEMARCHI; VANDRESEN, 2014), fato que possui grande influência sobre a Constituição Brasileira de 1988.

Prévio ao planejamento da Constituição de 1988, sabe-se que houveram muitas experiências de golpe ao poder vigente no Brasil, além de governos envoltos por características tiranas, como o governo de Getúlio Vargas que se instaurou através de golpe e, em 1937, outorgou uma carta constitucional que ficou conhecida por “polaca” por se assemelhar à carta da Polônia, fundada por ideais fascistas. Como exemplo, tem-se o Art.74 da citada Constituição de 1937 (BRASIL, 1937, p. 15), que traz as atribuições exclusivas do Presidente: “Compete privativamente ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução; [...] j) intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais;”

Nesse interim, é possível citar ainda a Constituição de 1967, que possui um texto que em si não traz a imagem do que foi a degradação dos direitos e garantias individuais causados pela tirania militar, direitos esses que haviam ganho certo espaço na Constituição de 1946. Apesar disso, esses direitos foram sucumbidos, gradativamente, na extrema insegurança jurídica causada pela mudança constante realizada através dos 17 Atos Institucionais que, inclusive, possuíam força jurídica superior à Constituição vigente.

É cabível iterar a frequência com que a política brasileira fora submetida a golpes de Estado e a governos que usaram do poder de forma descomedida para, finalmente, entender no que consiste a Constituição de 1988, visto o esforço no intuito de incorporar à nova Constituição princípios e valores bases para a nova e ensejada realidade política (COTRIM, 2010). Cabe, ainda, mensurar o fato de que tal instabilidade política influencia diretamente na fundação de ordens constitucionais que se moldem a cada novo governo instaurado no poder.

Uma das características da Constituição de 1988, como citam Paulo e Alexandrino (2019, p. 21), é a de ser analítica “aquela de conteúdo extenso, que versa sobre matérias outras que não a organização básica do Estado”, característica que vem reforçar a necessidade de evitar a todo custo reincidir o autoritarismo e a cessão de direitos. Desde o seu

preâmbulo, é possível perceber que a Constituição de 1988 se funda em preceitos e objetivos que buscam se distanciar dos aspectos limitadores de direitos tal como fizeram os governos autoritários:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BRASIL, 1988, p. 01)

Diante disso, ressalta-se a importância da Virada Kantiana que originou, dentre outras correntes de pensamento constitucionalistas, o Neoconstitucionalismo. Observando exemplos como a Constituição Brasileira de 1988, é possível perceber a sua extensão (classifica-se como analítica), e a reiteração ao tratar de temas como as garantias individuais. O Art.5º, em seu *caput* (“enunciado de artigo”) estabelece que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (BRASIL, 1988, p. 02), detalhando em 78 incisos esses direitos, de modo a iterar a necessidade de garantir segurança jurídica e afirmar que a legitimidade do Poder, assim como a do Direito, pertence ao povo e se legitima apenas através deste. A reintrodução da Moral no pensamento constitucionalista não só muda a concepção de como se faz e se aplica o Direito, mas também, cria espaço para a observância de inconstitucionalidades dentro do ordenamento e a própria Constituição estabelece esse Controle de Constitucionalidade, como exemplo do Art. 97 da Constituição Federal de 1988: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder

público.” (BRASIL, 1988, p. 34), situação que chancela a segurança jurídica no país e possibilita a manutenção das garantias individuais, delimitando a ação dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário) e estruturando precaução contra abusos de poder destes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca da influência de ambas as teorias à Constituição Brasileira de 1988, é possível afirmar que o pensamento de Kelsen, principalmente no tocante à hierarquização do ordenamento jurídico, é algo que segue válido e muito atual, visto a necessidade de organização do ordenamento. Apesar disso, não pode ser usado de forma “pura” como elaborou em sua teoria, algo ressaltado pelos pensadores da Virada Kantiana que reintroduziram a Moral às necessidades jurídicas e transformaram o pensamento da época, cujo voltava-se à reprodução mundial da tirania e da cessão de direitos e garantias individuais. Dessa forma, faz-se possível afirmar que ambas as teorias influenciam na organização jurídica brasileira de 1988, complementando-se as teorias em suas falhas e criando segurança jurídica interina para a sociedade.

Destarte, é salutar uma análise do Neoconstitucionalismo como uma novidade no processo de codificação do Direito brasileiro – historicamente e ainda marcado pelo Constitucionalismo normativista de Kelsen -, que, após a era militar, caracterizada pela utilização de instrumentos jurídicos essencialmente positivos - muitas vezes desconexos da realidade social pátria -, passou a dar maior atenção aos fatores subjetivos outrora negligenciados pela legislação instituída. Tal fenômeno faz-se translúcido quando analisada a Constituição Federal de 1988, baluarte de valores e princípios morais basilares da sociedade brasileira, como o já referido amplo conjunto de direitos civis e sociais por ela resguardado.

5. REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p.40, 2001.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOWERK, A. A.; OLIVEIRA, G. P. T. C. O Direito entre o positivismo e o pós-positivismo jurídico: por uma Teoria Impura do Direito. *Revista Esmat*, Palmas, v. 6, n. 7, p. 113-140, jan./jun. 2014. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/5. Acesso em: 11 ago. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 08 ago. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 ago. 2019.
- CARVALHO, K. G. *Direito Constitucional–Teoria do Estado e da Constituição– Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- COTRIM, G. *História Global: Brasil e Geral*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DEMARCHI, C.; VANDRESEN, T. Do constitucionalismo ao neo-constitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.9, n.19, p. 15-26, set./dez.2014. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1494>. Acesso em:10 ago. 2019.
- ESTEVES, J. L. M.; CADEMARTORI, L. H. U. A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 193-210, dez. 2013. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16689/13599>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- FAUSTO, B. *História do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Edusp, 2006. Disponível em: <https://mizanzuk.files.wordpress.com/2018/02/boris-fausto-historia-do-brasil.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

FERREIRA, F. G. B. de C. **A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3810, 6 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26028>. Acesso em: 10 ago. 2019.

FERREIRA, F. G. B. de C.; LIMA, R. A. Teoria constitucional em mudança: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v.13, n.3, p. 02-08, set./dez. 2017.

GONTIJO, M. S. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo em linhas gerais. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, v. 3, n. 5, p. 98-122, nov. 2014. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/147579/2014_gontijo_manfredo_constitucionalismo_neoconstit.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago.2019

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. *Direito Constitucional Descomplicado*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

RADBRUCH, G. *Introdução à Ciência do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/145778/mod_resource/content/1/introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20ci%C3%Aancia%20do%20direito.pdf. Acesso em: 11 ago. 2019.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.