



A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

William Paiva Marques Júnior¹

RESUMO

Na evolução histórica do constitucionalismo, a concepção de Estado abstencionista inaugurada pelo liberalismo-burguês fez-se hegemônica por longo período. O incremento das problemáticas sociais e o aumento das reivindicações das classes laborais fizeram surgir novos perfis de demandas e, conseqüentemente uma nova forma de pensar a Constituição: o Constitucionalismo Social. São analisadas as transformações desse repensar dos textos constitucionais desde a sua gênese no México (1917) e na Alemanha (1919), perpassando pelo neoconstitucionalismo e na contemporânea função instrumental exercida pela democracia participativa com o escopo de verificar a efetividade do Estado Social. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos internacionais, da legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura, de natureza qualitativa e quantitativa, com finalidade descritiva e exploratória, com ênfase na obra de Paulo Bonavides.

Palavras-chave: FUNÇÃO INSTRUMENTAL. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. GARANTIA. EFETIVIDADE. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.

THE INSTRUMENTAL FUNCTION OF PARTICIPATORY DEMOCRACY AS A GUARANTEE OF THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

In the historical evolution of constitutionalism, the conception of an abstentionist State inaugurated by bourgeois-liberalism became hegemonic for a long period. The increase in social problems and the increase in demands from the working classes gave rise to new profiles of demands and, consequently, a new way of thinking about the Constitution: Social Constitutionalism. The transformations of this rethinking of constitutional texts are analyzed since their genesis in Mexico (1917) and in Germany (1919), passing through neoconstitutionalism and the contemporary instrumental function exercised by participatory democracy with the scope of verifying the effectiveness of the Social State. Bibliographic research is used as a methodology through the analysis of books, legal articles, international documents, legislation and jurisprudence. The research is pure, of a qualitative and quantitative

¹Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2009). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2016). Professor Adjunto Nível 3 do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará, das disciplinas de Direito Civil II (Obrigações), Direito Civil V (Coisas) e Direito Agrário. Foi Advogado Júnior da ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) de 2008 a 2011. Vice-Coordenador de Graduação da Faculdade de Direito da UFC (2012 a 2014). Coordenador de Graduação da Faculdade de Direito da UFC (2014 a 2017). Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas da UFC (2017 a 2019). Assessor do Gabinete do Reitor da UFC (2019 a 2023). Desde 2022 ocupa a função de Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Ex-Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito da UFC (2013 a 2022). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Ex-bolsista de Doutorado da CAPES.

nature, with descriptive and exploratory purposes, with emphasis on the work of Paulo Bonavides.

Keywords: INSTRUMENTAL FUNCTION. PARTICIPATORY DEMOCRACY. GUARANTEE. EFFECTIVENESS. SOCIAL CONSTITUTIONALISM.

1. INTRODUÇÃO

A vertente clássica do constitucionalismo é plasmada na técnica de limitação do poder por meio de um documento único (Constituição) a partir do qual se entende que, em determinado momento histórico, se pode determinar o arcabouço jurídico mínimo da regulação estatal.

A passagem do constitucionalismo clássico para o constitucionalismo social é fruto das contingências que, superando uma conduta meramente negativa a ser assumida em termos de liberdades públicas, faz surgir um modelo de Estado deveria atuante, promotor de igualdade material, na mitigação das problemáticas sociais e atento aos clamores das complexidades socioeconômicas emergentes. A igualdade jurídico-formal apregoada nos textos constitucionais clássicos necessitava da necessária concretização oriunda do constitucionalismo social.

Nessa ordem de ideias, o Neoconstitucionalismo é fundamental na análise da necessidade de mutação do modelo constitucional clássico implantado pelo Estado Liberal e sua consequente passagem para o Estado Social.

Entende-se que a fase do constitucionalismo social tem seu início marcado pelas Constituições Mexicana (1917, fruto da Revolução Mexicana de 1910) e de Weimar (Alemanha, 1919). No Brasil, a Constituição de 1934 é uma síntese malograda de tentativa de conciliação entre ideias liberais e de tendências sociais do Estado, apresentando um caráter híbrido entre o liberalismo e o intervencionismo dos direitos sociais.

Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, decisões judiciais e da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória, com ênfase na obra de Paulo Bonavides.

2. O NASCEDOURO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: A CONSTITUIÇÃO DE QUERÉTARO (MÉXICO/1917) E A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR (ALEMANHA/1919)

Na segunda década do Século XX, o constitucionalismo social surge na América Latina, fruto da Revolução Mexicana de 1910, tendo como certidão de nascimento a Constituição de 1917. Seguindo os passos de seu construto, tem-se a Constituição de Weimar, em 1919, na Alemanha. No Brasil, a Constituição de 1934 é uma síntese malograda de tentativa de conciliação entre ideias liberais e de tendências sociais do Estado, apresentando um caráter híbrido entre o liberalismo e o intervencionismo dos direitos sociais.

Para Paulo Bonavides² o velho Estado liberal, tendo-se rompido definitivamente com a Revolução de 1930, deu lugar a um Estado social, de legislação avançada e cunho notoriamente intervencionista.

No diagnóstico de Edwin Williamson³, no rescaldo da queda de Porfirio Díaz em 1910, Madero, Huerta e Carranza tinham sucessivamente tentado erguer um novo sistema de poder, e todos haviam falhado. Os chefes de Sonora, apesar de suas origens na província, conseguiram, e de um modo admirável, construir uma autoridade de dimensão nacional. O Estado que criaram revelou-se o mais duradouro e estável da história independente da América Latina. Se não mudaram as estruturas sociais e econômicas do México, estes novos dirigentes introduziram, ainda assim, disposições inéditas que asseguraram a longevidade política. No fundo, acolheram no amplo manto de proteção estatal a liderança de novas forças sociais até então negligenciadas – o operariado industrial e os camponeses. Assim o acordo forjado nas décadas de 1920 e 1930 não chamou a atenção de novos valores burgueses para a política; em vez disso, adaptou métodos antigos de patrocínio e clientelismo aos requisitos de um Estado em processo de modernização: a política oligárquica passou a incluir novos caudilhos – os patrões dos sindicatos e das cooperativas agrárias – que se tornaram os parceiros de dirigentes políticos e de generais revolucionários no exercício da governança. Em suma, a constituição liberal radical de 1917 foi imbuída do espírito do corporativismo.

A Revolução Mexicana de 1910 foi a segunda maior manifestação anarco-sindicalista do Século XX, atrás somente dos idealizadores anarquistas russos que acompanharam Vladimir Lenin e outras lideranças na Revolução Russa. A correspondente latina das revoluções populares, no entanto, possui um destaque inimaginável: uma longa fronteira com os Estados Unidos, nação que melhor representa os ideais capitalistas e o constitucionalismo liberal. Mas, mesmo assim, não foi possível sustentar a vontade dos tradicionais caudilhos.

Conforme aduz Edwin Williamson⁴, se a Constituição de 1917 tivesse sido rigorosamente implementada, as guerras que destruíram o Porfiriato poderiam ter desencadeado uma genuína revolução social. Mas 1917 não levou a uma transferência de poder entre classes; em vez disso, assinalou a chegada ao governo nacional das novas elites do Norte, constituídas por proprietários terratenentes. Durante o seu mandato como presidente (1917-20), Carranza não conseguiu tornar-se um líder verdadeiramente nacional. Apesar de ter devolvido terra a velhos *hacendados* e de ter atribuído fazendas aos seus próprios clientes, não foi capaz de conter os tradicionais conflitos de interesses entre caudilhos rivais. E também não conseguiu restaurar a ordem nacional – uma falha crucial para quem aspira a ser líder. Era evidente que o estado da política no México exigia novas remodelações.

Com a fusão dos pensamentos de Mikhail Bakunin pela Europa, Ricardo Flores Magón, fundador do grupo libertário *Renegeración*, bem como do movimento

² BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: 5ª- edição. Malheiros Editores, 2.004, pág. 225.

³ WILLIAMSON, Edwin. **História da América Latina**. Tradução: Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 403.

⁴ WILLIAMSON, Edwin. **História da América Latina**. Tradução: Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 401 e 402.

revolucionário conhecido como [Partido Liberal Mexicano](#), reuniu jovens intelectuais anarquistas insatisfeitos com a ditadura de Porfirio Díaz, então Presidente da República Mexicana por mais de três décadas. Além da clara e impressionante movimentação popular, a Revolução Mexicana surpreendeu por conter garantias para as liberdades individuais e políticas, quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública e reforma agrária, plasmando o fim de um ciclo liberal e abstencionista.

Fruto da Revolução Mexicana, o Congresso Constituinte instalado na cidade de Querétaro, teve como contexto informativo a construção de garantias de feição social, especialmente em relação à questão agrária e da proteção dos trabalhadores, especialmente camponeses, inaugurando, de modo definitivo, o constitucionalismo social.

De acordo com Patricia Funes⁵, a Revolução Mexicana mostrou a viabilidade histórica concreta (e com um estilo originalmente latino-americano) de quebrar a ordem oligárquica a partir de um movimento de massas. Embora a derrota dos exércitos camponeses de Emiliano Zapata e Pancho Villa já fosse um fato, suas demandas foram incorporadas nos artigos 27 e 123 da Constituição de Querétaro, na época a carta jurídica que instituiu os direitos sociais e soberanos mais avançados dos regimes democráticos.

Para Edwin Williamson⁶, a constituição de 1917 estipulava a completa separação entre Igreja e Estado; o artigo 3º abolia a educação religiosa, enquanto o artigo 130º definia limites para o culto religioso e proibia a interferência do clero nos assuntos políticos. Os trabalhadores viam reconhecidos direitos importantes: um dia de trabalho de oito horas, o direito a organizar sindicatos e a convocar greves, bem como mediação obrigatória em disputas laborais. Aos camponeses das fazendas, a nova constituição prometia o fim da peonagem e do entreposto da firma. Relativamente à questão agrária, autorizava a expropriação de latifúndios onde necessário e previa a devolução das terras e propriedades comunais usurpadas às comunidades indígenas. O artigo 27º proclamava para o Estado Mexicano todos os direitos fundamentais sobre o subsolo e a terra, reclamação que originaria vários atritos com companhias petrolíferas dos Estados Unidos, embora se tratasse, na realidade, de um direito histórico que a Coroa Espanhola se reservara desde a Idade Média.

Indubitavelmente, no entanto, o maior feito desta foi conceder, de forma pioneira, o Princípio de Igualdade Substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários, garantindo à classe trabalhadora, assim, os primeiros direitos laborais institucionalmente firmados no mundo.

Mesmo que, posteriormente, a Revolução tenha se provado ineficaz diante o grande sistema político que circundava as raízes institucionais do México, bem como, sucumbido perante a pressão moral da Igreja e econômica do país vizinho, o México

⁵ FUNES, Patricia. **Historia mínima de las ideas políticas en América Latina**. Madrid: Turner Publicaciones, 2014, p. 110. Tradução livre: "La Revolución Mexicana mostraba la factibilidad histórica concreta (y con un estilo originalmente latinoamericano) de quebrar el orden oligárquico a partir del concurso de un movimiento de masas. Si bien la derrota de los ejércitos camponeses de Emiliano Zapata y Pancho Villa ya era un hecho, sus demandas quedaban plasmadas en los artículos 27 y 123 de la Constitución de Querétaro, por entonces la carta jurídica que instituía con el mayor rango los derechos sociales y soberanos más adelantados de los regímenes democráticos."

⁶ WILLIAMSON, Edwin. **História da América Latina**. Tradução: Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 401.

manteve um título louvável, o pioneiro nas constantes vitórias dos trabalhadores durante o século XX.

De acordo com Paulo Bonavides⁷, o constitucionalismo social – aquele que nas relações do indivíduo com o Estado, e vice-versa, faz preponderar sempre o interesse da sociedade e o bem público – teve, em termos de positividade, o berço de sua formação, ou sua base precursora, conforme a história e os textos nos relatam e atestam, em duas Constituições da América Latina: a da Venezuela, de 1811, e a do México, de 1917. Em geral, colocam por centro de gravidade daquilo que representou o advento de uma espécie de metamorfose, ou pelo menos uma fase importantíssima de evolução do constitucionalismo, a Constituição de Weimar, de 1919, que é destacadamente dois anos posterior à do México.

Em visão nitidamente eurocêntrica, afirma Antonio Enrique Perez Luño⁸ que a Constituição de Weimar (Alemanha/1919) tem sido, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que têm intentado conjugar em seu sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais. Esta orientação se reflete na Constituição Espanhola de 1931, assim como na maior parte do constitucionalismo surgido após o final da Segunda Guerra Mundial.

A Constituição de Weimar de 1919, seguiu os mesmos parâmetros informativos da Carta Mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da consagração de matérias que estavam inseridas na Constituição Mexicana, tais como: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria. Em relação ao contexto sócio-político, deve-se destacar que a Constituição Germânica nasce enfraquecida até mesmo por ser fruto do Pós-Primeira Guerra Mundial, período extremamente conturbado para a sociedade alemã que vivia um período de tentativa de reconstrução e inúmeros compromissos impostos à Alemanha pelos países vitoriosos com a assinatura do Tratado de Versailles, o qual, acabou por significar a gênese das feridas mal cicatrizadas que vieram a gerar o regime nazista, sua ascensão e o caos do totalitarismo que ensejou a Segunda Guerra Mundial.

Sobre esse contexto, assevera Jorge Reis Novais⁹, com efeito, a principal e mais consequente defesa dos direitos fundamentais sociais foi a realizada, desde a época até os dias hoje, pelo tipo histórico de Estado que se assumiu como herdeiro e continuador natural do Estado de Direito liberal do século XIX, ou seja, o Estado Social e Democrático de Direito, todavia, aí já não em contraposição, mas numa visão complementar e integrada com a manutenção e aprofundamento da defesa dos direitos de autonomia individual. Foi precisamente nessa base que as primeiras Constituições de Estado de Direito Social, como a Constituição de Weimar, se assumiam perante o desafio que para o Estado Democrático representava à alternativa soviética: direitos sociais sim, porque

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 369.

⁸ PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 40.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 20.

também o novo Estado Social e Democrático de Direito assumia os ideais de solidariedade, igualdade e justiça social, mas também direitos de liberdade, porque era também na garantia dos valores da liberdade e da autonomia individual que esse tipo de Estado se legitimava.

Sobre o Constitucionalismo Social, Paulo Bonavides¹⁰ elucida que é Estado Social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização de direitos, princípios e valores que fazem o Ser Humano se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

Com a superação dos problemas os Estados passaram a implementar com mais força dos direitos de segunda dimensão (sociais), robustecendo o Estado Social (“*Welfare State*”) na efetividade do constitucionalismo social.

Apesar de a vigência da Constituição de Weimar ter sido curta, representou um marco indelével para o reconhecimento jurídico-constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais e complementares aos direitos civis e políticos. Weimar inspirou diversas Constituições de outros países, tais como: as da Finlândia, Espanha, Holanda e, no Brasil, em especial, inspirou a Constituição de 1934, considerada o final do governo provisório de Getúlio Vargas iniciado com a Revolução de 1930.

A herança mexicana para o constitucionalismo ocidental foi contundente e duradoura: o liberalismo burguês precisava, urgentemente, adaptar-se às demandas trabalhistas para evitar uma “revolta à soviética”. A República de Weimar, na Alemanha derrotada, foi, após o México, uma das primeiras nações a consolidar proteções trabalhistas, seguidas dos Franceses, Espanhóis pré-revolução até que, com a ascensão de Getúlio Vargas, o Brasil também adentrou no clube de países - hoje, majoritários - com claras Leis de proteção ao trabalho, todos os citados influenciados claramente pela Constituição Mexicana.

Averba Luís Roberto Barroso¹¹ que a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, e pelo corporativismo, continha inovações e virtudes. Dedicou um título à Ordem Econômica e Social, iniciando a era da intervenção estatal. Criou a Justiça do Trabalho e o salário-mínimo, instituiu o mandado de segurança, acolheu expressamente a ação popular e manteve a Justiça Eleitoral, criada em 1932. Em uma fórmula de compromisso entre capital e trabalho, delineou o arcabouço formal de uma democracia social, que não se consumou. A Constituição de 1934, em dolorosa contradição, consolidava o ideário moralizador e liberal da Revolução de 1930, numa época de crescente antiliberalismo, em que as reivindicações eram muito mais econômicas e sociais que políticas. A bipolarização ideológica consumou-se por via de dois movimentos políticos. De um lado, a Ação Integralista Brasileira, fundada em 1933, por

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade.** 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2008, págs. 151 e 152.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8ª- edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 20 e 21.

Plínio Salgado, de inspiração fascista, com uma doutrina nacionalista, tradicionalista e autoritária. De outro lado, a Aliança Nacional Libertadora (ANL), criada em 1935, uma frente antiimperialista e antifascista, que reunia antigos partidários da Revolução de 1930, setores liberais de esquerda e o Partido Comunista.

Jorge Miranda¹² enfoca que a Constituição de 1934 consagrou a justiça eleitoral (criada em 1932); reforçou os poderes do Congresso (em especial, da Câmara dos Deputados, eleita pelo povo e pelas organizações profissionais); previu formas de intervenção do Estado na economia e direitos sociais na linha da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar; introduziu o mandado de segurança, para garantia de direitos certos e incontestáveis contra atos inconstitucionais ou ilegais.

Conforme o diagnóstico de Jorge Reis Novais¹³, o alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos direitos sociais era, então, uma das dimensões de resposta do Estado Social de Direito à questão social herdada da Revolução Industrial e às reivindicações de um movimento operário para quem, sobretudo nas difíceis condições econômicas e sociais da época, não havia verdadeira proteção da liberdade e autonomia do cidadão (e não já apenas do cidadão-burguês) sem garantia de trabalho, segurança e assistência social. Essa alteração de concepções sobre os direitos fundamentais de alguma forma traduzida em várias novas Constituições do Estado Democrático do primeiro pós-guerra (México, Weimar, Finlândia, Espanha, Holanda) não era ainda, porém, verdadeiramente problemática nas condições constitucionais da época. Num contexto de Constituição em que toda a parte dos direitos fundamentais, incluindo os clássicos direitos de liberdade, assumia uma natureza eminentemente proclamatória, programática ou meramente sinalizante de um compromisso político e de aspirações sociais que remetiam para posterior e decisiva atividade do legislador ordinário, a inclusão dos direitos sociais podia encaixar sem perturbação dogmática sensível.

Portanto, o Estado Social em seu viés democrático-participativo é o que se verifica a partir do pós-segunda guerra como o modelo adotado no constitucionalismo ocidental, especialmente quando verificada a ascensão dos direitos fundamentais sociais.

Para Paulo Bonavides¹⁴ afigura-se, assim, o Estado Social do constitucionalismo democrático da segunda metade do Século XX o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos Fundamentais.

A Constituição de Weimar, de 1919, que serviu de base para algumas das instituições da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, foi importante modelo para diversas Constituições elaboradas no período entre as duas guerras, a ela se devendo a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais e da economia. Na evolução constitucional, a Lei Fundamental de Bonn, fruto do aprendizado com os acertos e equívocos da experiência histórica germânica anterior, conseguiu concretizar em seu texto, a garantia

¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais.** 8ª- edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, págs. 209 e 210.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010, págs. 69 e 70.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade.** 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 151.

efetiva dos direitos fundamentais e a institucionalização de um sistema de governo marcado por sua profunda democracia, marca indelével de sua estabilidade e perenidade para o porvir.

Na análise de Konrad Hesse¹⁵, ao contrário da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental de Bonn, no contexto de um impulso econômico inesperado e uma situação política relativamente estável, até agora escapou de um sério "teste de resistência".

O constitucionalismo social se renova após a Segunda Guerra Mundial até a década de 1970 com a denominada "crise do petróleo", período no qual se verificou a adoção de várias políticas públicas para a valorização do pleno emprego, dos sindicatos, com a expansão dos benefícios concedidos aos cidadãos. O Estado passa a ser um ativador das providências sociais para os cidadãos, inclusive para fortalecer o acesso do trabalhador ao mercado de trabalho. Após a crise econômica da década de 1970, houve significativas mudanças na economia dos países industrializados, que refletiram nas relações de trabalho, pois com a grande recessão propagava-se o surgimento de um Estado de índole abstencionista e neoliberal.

De acordo com Gerardo Pisarello¹⁶, nesse contexto, a maioria dos Estados sociais do pós-guerra não passou de Estados democráticos garantistas e enfraquecidos. Sim, melhoraram as possibilidades de consumo e acesso a serviços básicos de setores importantes da sociedade. Mas, em contraste com a história plana que a tese das gerações tenta oferecer, eles também consentiram na proliferação de fontes múltiplas de arbitrariedades públicas e privadas e muitas vezes fizeram uso de decisões e práticas opacas que excluíram ou valorizaram os grupos em uma maior situação de vulnerabilidade.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO COMO RESSIGNIFICAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA

No Estado de Direito contemporâneo, de feição pós-positivista, a legalidade exe-gética cedeu espaço à constitucionalidade e à juridicidade, que abrangem os princípios guindados a *status* constitucional, no controle das funções administrativa (exercida tipicamente pelo Poder Executivo) e legislativa (a cargo do Parlamento).

Para Paulo Bonavides¹⁷, o estabelecimento de poderes supremos, a distribuição da competência, a transmissão e o exercício da autoridade, a formulação dos direitos e das garantias individuais e sociais são objeto do Direito Constitucional contemporâneo. Revela-se este mais pelo conteúdo das regras jurídicas- a saber, pelo aspecto material – do que por efeito de aspectos ou considerações formais, dominantes historicamente,

¹⁵ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Selección y traducción: Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, p. 93. Tradução livre: "A diferencia de la Constitución de Weimar la Ley Fundamental, en el marco de un impulso económico inesperado y de una situación política relativamente estable, se ha librado hasta el momento de una seria "prueba de resistencia".

¹⁶ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 29. Tradução livre: "En ese contexto, la mayoría de los estados sociales de posguerra no pasaron de ser estados garantistas y democráticos atenuados. Mejoraron, sí, las posibilidades de consumo y el acceso a servicios básicos de sectores importantes de la sociedad. Pero, frente al relato plano que intenta ofrecer la tesis de las generaciones, consintieron también la proliferación de múltiples focos de arbitrariedad pública y privada y se valieron, a menudo, de prácticas decisionistas y opacas que excluían o estimatizaban a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad."

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006, pág. 562.

no constitucionalismo do Estado Liberal, ponto de partida para a sistematização do Direito Constitucional.

O conceito ideal (formal e material) de Constituição começa a ser construído a partir do art. 16º- da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”.

Consoante averbado por Jorge Miranda¹⁸ o constitucionalismo como movimento revolucionário de vocação universal é na França que triunfa em 1789. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não se dirige apenas aos franceses e o seu art. 16º- contém uma noção de Constituição em sentido material (e, implicitamente, em sentido formal). O exemplo inglês, não obstante lhe levar um século de antecedência, não teve o mesmo efeito no século XIX. Já no século XX quer as vicissitudes políticas da própria França quer as dos demais países levariam a uma desilusão de influência. Quanto aos Estados africanos saídos da descolonização francesa, ainda são maiores as diferenças em relação à França do que as dos Estados latino-americanos frente aos Estados Unidos.

Aduz Norberto Bobbio¹⁹: da exigência de um Estado limitado pela lei natural nasceram: 1) o constitucionalismo moderno, oposto ao maquiavelismo; e 2) as teorias da razão do Estado e do direito divino dos reis, contrário ao absolutismo paternalista e hobbesiano. O Estado de Direito do século XIX contra o Estado ético significa, no presente, as teorias da garantia internacional dos direitos humanos contra o perigo perene representado pelo Estado totalitário.

A legalidade estrita, primeiro patamar do Estado de Direito em face do poder absolutista monárquico, restou defasada como mecanismo de controle administrativo e judicial. Daí dizer-se que o princípio da legalidade foi superado pelo princípio da juridicidade, como vetor do Estado Democrático e Social de Direito.

Para Karl Loewenstein²⁰, em um sentido ontológico, deve ser considerada como o *telos* de qualquer constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político. Neste sentido, cada formação tem um duplo significado ideológico: libertar os destinatários do poder absoluto do controle social de seus dominadores, e dar-lhes uma participação legítima no processo de poder. Para atingir esse objetivo tinha que sujeitar o exercício do poder político com certas regras e procedimentos que devem ser respeitados por aqueles detentores do poder. Do ponto de vista histórico, portanto, o

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais.** 8ª- edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág 112.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural.** Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pág. 70.

²⁰ LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución.** Tradución: Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 151. Tradução livre: “*En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder. Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideología liberal. En la moderna sociedad de masas, el único medio practicable para hacer participar a los detentarios del poder en el proceso político es la técnica de representación, que en un principio fue meramente simbólica y más tarde real*”.

constitucionalismo, e no constitucionalismo moderno em geral, é um produto da ideologia liberal. Na moderna sociedade de massas, o único meio prático para a participação dos destinatários de poder no processo político é a técnica da representação, que no início era apenas simbólica e mais tarde real.

A carência de normatividade dos princípios da Velha Hermenêutica e seu caráter meramente programático são expostos por Paulo Bonavides²¹ no sentido de que a inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Em verdade, fora até então a carência de normatividade o entendimento a que se abraçava a Velha Hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável. Todo discurso normativo tem que colocar, porquanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

A afirmação da teoria do pós-positivismo jurídico como uma terceira via das escolas tradicionais do jusnaturalismo e do juspositivismo, porque contrariam algumas das teses fundamentais dessas escolas clássicas, consagrando concepções diversas do direito natural ou da norma legal ao elevar os princípios jurídicos como um dos pilares básicos do Direito com destaque para um protagonismo do Poder Judiciário e do fortalecimento dos direitos fundamentais prestacionais na solução de *hard cases*.

Ante a realidade do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo com o protagonismo da nova hermenêutica constitucional descortina-se a nova interpretação constitucional e a conversão do legalismo exegético em juspositivismo inclusivo e democrático.

Neste sentido, Germana de Oliveira Moraes²² averba que o princípio da legalidade, não obstante seu papel de contentor do absolutismo monárquico, não se mostrou por si só suficiente para deter ou prevenir os abusos da Administração no Estado Social, nem se revelou apto, como de fato não o poderia, concebido que foi com o fim de fortificar os Parlamentos, para conter os excessos dos legisladores. Para amoldar-se a essas imposições de contenção do Poder Legislativo e suprir as deficiências na regulação do Poder Executivo, o princípio da legalidade alterará parcialmente seu significado. Ao ordenar ou regular os desempenhos funcionais do Poder Legislativo, assume o princípio da legalidade, como visto, a conotação de legalidade constitucional, com a superação pelo princípio da constitucionalidade. Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais do Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2.006, pág. 259.

²² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2.004, pág. 29.

Verifica-se que, no atual estágio do Estado de Direito, que suplantou o clássico, a constitucionalidade sobrepujou a legalidade estrita e os princípios da Ciência Jurídica superaram as regras positivadas em códigos e na legislação esparsa. A juridicidade nada mais é do que essa constatação. A partir do constitucionalismo pós-positivista (neonconstitucionalismo), toda a perquirição do Direito tem por supedâneo os institutos e hermenêutica constitucionais na busca de plena efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Não se pode defender uma concepção ultrapassada de legalidade, incompatível com o modelo jurídico do Estado Social de Direito, pois parece conhecer que as normas constitucionais também têm status de normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora.

A Constituição é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de superlegalidade. No Estado Democrático de Direito, seu texto estabelece amiúde direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional ou do administrador público na edição de atos administrativos.

O estágio atual da ciência jurídica vive a era do pós-positivismo, o que caracteriza verdadeiro Estado Princiológico ou sistema jurídico de princípios na acepção moderna que exercem uma função instrumental de controle e segurança dos atos estatais, aí incluídos os administrativos.

Nesse contexto, observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto²³ que a própria lei, entendida como produto das casas legislativas, é insuficiente para reger todas as complexidades da vida humana nas sociedades contemporâneas, embora seja imprescindível para garantir-lhe a coesão e a coerência, de modo que ela ocupa o centro da ordem jurídica infraconstitucional, conformada por uma constelação de todos os tipos de normas, tais como os regulamentos, regimentos e as diversas regulações autônomas, e, por sua vez, cada uma delas, com seu respectivo séquito de normas administrativas secundárias. Como todo esse complexo normativo não escapa aos requisitos de juridicidade, é necessário que uma norma, oriunda ou não dos Parlamentos, seja democraticamente legitimada pela observância do respectivo e devido processo legal, em que a participação cidadã seja assegurada na medida do possível e do razoável, se não na tomada de decisão, pelo menos e inafastavelmente no controle social dos decorrentes resultados das políticas públicas executadas.

Os princípios jurídicos são frequentemente utilizados na solução de controvérsias envolvendo a hermenêutica dos direitos fundamentais, abrindo espaços vanguardistas para a interpretação constitucional e para o pensamento jurídico pós-crítico no contexto epistemológico da contemporaneidade em uma Administração Pública sensível aos clamores sociais.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social- Reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século. AVILA, Humberto (organizador). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112 e 113.

De acordo com Paulo Bonavides²⁴, a inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Em verdade, fora até então a carência de normatividade o entendimento a que se abarcava a Velha Hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.

Portanto, para a corrente pós-positivista, é imprescindível o reconhecimento da normatividade dos princípios, pois sem essa condição de existência, a norma friamente se restringiria ao legalismo meramente positivista e exegético, o qual resultou ineficaz na sua aplicação prática no ordenamento jurídico com todas as adversidades verificadas no contexto Pós-Segunda Guerra Mundial.

Por seu turno, Luigi Ferrajoli²⁵ afirma que o julgamento da equidade, por outro lado, consiste em compreender as características acidentais e singulares do caso individual verificado e não conotado pela lei.

A evolução do constitucionalismo social desemboca no neoconstitucionalismo que tem por alguns de seus pilares o ativismo judicial, o garantismo e a nova hermenêutica constitucional de cunho principiológico.

O neoconstitucionalismo, sensível ao estabelecimento de uma supremacia constitucional²⁶, foi ainda mais longe ao estabelecer a primazia da Constituição sobre as demais normas de um ordenamento jurídico, aprimorando mecanismos imanentes à jurisdição constitucional, de modo que elevaram os princípios nela consagrados à categoria de norma jurídica com força cogente, não mais simplesmente como parâmetros valorativos destituídos de uma eficácia imediata na função jurisdicional. A partir do neoconstitucionalismo tem-se a Constituição como a diretriz maior que consagra os princípios maiores de uma democracia cidadã.

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado, especialmente quando se encontram ameaçados os direitos fundamentais sociais.

Um dos fundamentos de legitimidade do neoconstitucionalismo implica na preeminência da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o aludido postulado tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos fundamentais em todas as suas dimensões (civis, sociais, políticos, econômicos, difusos e culturais), assegurados pelas Cartas Constitucionais e pelos documentos de Direito Internacional.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale**. Nona edizione. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 139. Tradução livre: “... Il giudizio di equità consiste invece nella compresione delle caratteristiche accidentali e songolari del caso individuale verificato e non connotate dalla lege.”

²⁶ Um dos pilares sobre os quais se assenta o neoconstitucionalismo é a obra de HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pág. 28: “Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular. O significado superior da Constituição normativa, manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido-, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre as questões fundamentais da vida do Estado”.

A corrente atinente ao neoconstitucionalismo (constitucionalismo pós-positivista) concatena-se intrinsecamente ao pluralismo político, reconhecendo, assim, ao campo do político (no qual interagem atores políticos institucionais, organizações não governamentais e movimentos sociais) a maior extensão possível de autonomia para a tomada de decisões inovadoras, alternativas e criativas, estimulando, assim, a inclusão de grupos minoritários outrora excluídos dos processos decisórios, tomando como parâmetro uma hermenêutica fundada nos princípios.

De acordo com Paulo Bonavides²⁷, o princípio na doutrina é o neopositivismo, a coluna por onde a Constituição sustenta a legitimidade; a regra, o positivismo clássico, dedutivista, de profunda rejeição ao jusnaturalismo. A regra se muda, a lei se revoga, o princípio se conserva.

O neoconstitucionalismo perpassa pelo fenômeno da judicialização da política (também denominado politização da justiça) e denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. Inegável o papel político do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal em questões polêmicas e de mais alta relevância para os destinos da Nação. A consequência imediata dessa interferência é a ampliação do poder jurisdicional em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *checks and balances* a constitucionalização do princípio da separação dos Poderes também é reconhecida como facilitadora do processo de judicialização, por presumir uma equalização entre magistrados, legisladores e administradores. Nessa nova conjuntura proativa, o STF tem admitido a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em se tratando de direitos fundamentais sociais consagrados no Texto Constitucional de 1988.

4. A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Os défices do modelo constitucional clássico de viés liberal-individualista começam a aparecer, na medida em que novas e inarredáveis demandas sociais surgem. As pressões exercidas especialmente pelas classes trabalhadoras reverberam na gênese do constitucionalismo social, algo inimaginável no modelo clássico de índole abstencionista. Com o ideal burguês pelo aumento infinito da produção e a consequente acumulação de capital, aumentam as tensões entre os detentores do poder e os trabalhadores.

Nessa ordem de ideias, preleciona Paulo Bonavides²⁸ que o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens. Comunicá-la, pois, a todos, conforme veio a suceder, significava já um passo em falso na firmeza da teoria liberal.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 560.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 188.

E isto foi uma das primeiras transformações por que passou o liberalismo. Mostrava-se, aí, com raro poder de evidência, a face dialética em que se movia historicamente a sociedade humana. O reconhecimento geral da liberdade política, com um mínimo de restrição, isto é, mediante o sufrágio universal, não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal. Foi das mais penosas conquistas revolucionárias, processada no âmago do conflito entre o trabalho e o capital.

A partir de meados do século XIX, percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos no cunho abstencionista do Estado Liberal, quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, agindo, assim, como ator privilegiado do jogo socioeconômico. típicas preocupações oriundas do Estado Social, como características inerentes das conquistas democráticas.

Na visão de Paulo Bonavides²⁹, efetivamente, o velho pensamento liberal teorizava o homem abstrato e genérico, ao lado de um Estado que deixava de ser a imagem do absolutismo e da concentração de poderes, até se converter, paradoxal e contraditoriamente, numa espécie de Estado sem Estado, bem ao gosto da utopia anárquica da burguesia, levada, depois, ao extremo pelos teóricos do socialismo. Com efeito, a doutrina constitucional da época construía, nas regiões da reflexão, um Estado expectante, inerte, passivo, neutral, absenteísta, mínimo e formalista, que patrocinava e garantia, no campo social e político, a liberdade e o direito arrimado à filosofia de Kant. Indiferente e insensível às exclusões sociais, esse Estado, na realidade, se regia unicamente pela vontade de uma classe cujos membros eram, em última instância, os titulares privilegiados da primeira dimensão. Direitos que não chegavam ao território dos demais extratos sociais, onde a liberdade dos desiguais era apenas uma sombra ou esperança. Já o Estado Social foi a proposta corretiva dessa ilusão. Estatuía os direitos sociais e professava a fé igualitária como seu mais poderoso argumento de legitimidade. Buscava ao mesmo tempo pôr cobro à falsificação formalista de que para haver Estado de Direito bastava haver um sistema vigente de leis, sem levar em conta o teor justo ou injusto dos conteúdos normativos.

Para José Joaquim Gomes Canotilho³⁰, a busca de legitimação política – chegou mesmo a propor-se a substituição da palavra *lei* pela palavra *constituição* (*con-statuer*) que outra coisa não tinha sido, no *Ancien Régime*, senão o conjunto das providências jurídicas emanadas da vontade real no sentido de disciplinar as fontes tradicionais do direito comum (ordenações, costumes, direito romano).

Tem-se, portanto, que o Estado liberal representou uma epistemologia de subordinação (constitucionalizada) do poder de controle do Estado ao Direito (privilegiando em demasia os cânones do juspositivismo), exigindo que a atuação estatal se mantivesse rigidamente adstrita à lei.

O Estado Social faz surgir um modelo atuante e inclusivo, promotor de igualdade material, na mitigação das problemáticas sociais e atento aos clamores das

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 68 e 69.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio (Coordenadores). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 246.

complexidades sócio-econômicas emergentes, reverberando na compleição de um constitucionalismo inclusivo.

Para Maria Encarnación Fernández³¹, sem esquecer a importância de reduzir as excessivas desigualdades sociais e econômicas, pode dizer-se que o debate sobre a igualdade material gira sobretudo em torno dos critérios do mérito e das necessidades e que uma concepção adequada da igualdade substancial exige a conjugação de ambos. De resto, os direitos sociais baseiam-se principalmente no critério das necessidades.

O período histórico subsequente ao surgimento do constitucionalismo social é marcado pelas duas grandes guerras mundiais, tendo consequências indeléveis para a humanidade com a morte de milhões de pessoas, inúmeros atos atentatórios aos direitos humanos por força da ideologia nazifascista com a perseguição de judeus, ciganos, homossexuais, pessoas com deficiências e outros grupos historicamente segregados.

Após a promulgação da Constituição de 1988, percebeu-se que o projeto constituinte aprovado trazia o grande desafio de garantir os princípios e valores do Estado Democrático de Direito, em busca da construção da cidadania e do constitucionalismo social, especialmente na garantia de compromisso com o arcabouço mínimo de segurança jurídica da dignidade da pessoa humana.

Na contemporaneidade, o constitucionalismo pós-positivista forneceu as bases do neoconstitucionalismo. A Constituição Federal de 1988 (dentre várias outras de países latino-americanos) é um dos expoentes do neoconstitucionalismo, na medida em que contribuiu de forma proativa e propositiva no estabelecimento do compromisso inquebrantável com os valores atinentes à democracia participativa e à cidadania inclusiva, bem como abriu espaço ao ativismo judicial.

Consoante averbado por Miguel Carbonell³², o neoconstitucionalismo, entendido como o termo ou conceito que explica um fenômeno relativamente recente no Estado constitucional contemporâneo, parece ter mais adeptos a cada dia, especialmente no âmbito da cultura jurídica dos italianos e espanhóis, bem como em vários países da América Latina (particularmente nos grandes centros culturais na Argentina, Brasil, Colômbia e México). Este fenômeno, no entanto, é pouco estudado, e uma cabal compreensão ainda poderá levar alguns anos.

³¹ FERNÁNDEZ, Maria Encarnación. Los derechos económicos, sociales y culturales. QUIRÓS, José Justo Megías (Coord.). **Manual de los Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 107. Tradução livre: “Sin olvidar la importancia de la reducción de las desigualdades sociales y económicas excesivas, puede decirse que el debate sobre la igualdad material gira sobre todo a los criterios del mérito y de las necesidades y que una adecuada concepción de la igualdad sustancial exige combinar ambos. Por lo demás, los derechos sociales se fundamentan principalmente en base al criterio de las necesidades.”

³² CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 09. Tradução livre: “El neoconstitucionalismo, entendido con el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia e México). Con todo, se trata de fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años”.

Mecanismos de democracia participativa podem ser exercidos nos mais diversos níveis, tanto nos limites internos dos Estados, bem como nas organizações não governamentais ou indivíduos e no plano das relações internacionais.

Conforme a análise de Norberto Bobbio³³ quando comparada à democracia de inspiração rousseauísta, com efeito, a participação popular nos Estados democráticos reais está em crise por pelo menos três razões: (1) a participação culmina, na melhor das hipóteses, na formação da vontade da maioria parlamentar; mas o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara da ressonância de decisões tomadas em outro lugar; (2) mesmo que o parlamento ainda fosse o órgão do poder real, a participação popular limita-se a legitimar, a intervalos mais ou menos longos, uma classe política restrita que tende à própria autoconservação, e que é cada vez menos representativa; (c) também no restrito âmbito de uma eleição *una tantum* sem responsabilidades políticas diretas, a participação é distorcida, ou manipulada pela propaganda das poderosas organizações religiosas, partidárias, sindicais, etc. A participação democrática deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre. Da soma desses três déficits de participação popular nasce a razão mais grave da crise, ou seja, a apatia política, o fenômeno, tantas vezes observado e lamentado, da despolitização das massas nos Estados dominados pelos grandes aparelhos partidários. A democracia rousseauísta ou é participativa ou não é nada.

O pós-positivismo reverbera como parâmetro do repensamento do Direito Constitucional (em especial na Teoria dos Direitos Fundamentais e na democracia participativa), ultrapassando as correntes que menoscabam a sua força normativa. A Constituição, no processo de incorporação dos direitos fundamentais e de consagração da fórmula democrática, decorre de uma nova avaliação do diálogo travado entre a Moral e o Direito no fortalecimento dos princípios jurídico-constitucionais. A força normativa e irradiante dos direitos fundamentais implica a vinculação da atividade do legislador infraconstitucional.

O pós-positivismo busca corrigir as distorções e os excessos cometidos em nome do positivismo, com suporte no aprimoramento de alguns de seus cânones, como ocorre no tocante às teorias principiológicas na Hermenêutica Jurídica e ao negar alguns de seus deméritos, tais como: o legalismo exegético, o monopólio estatal do Direito, o seu caráter excludente e elitista, refratário aos mecanismos de democracia participativa.

A perspectiva da democracia participativa prevê a inclusão das minorias, ao contrário da perspectiva do liberalismo continental (Rousseau), que preconizava a unanimidade. Mesmo ela, contudo, não conseguiu proporcionar a inclusão de todas as minorias e correntes ideológicas divergentes. Na democracia tradicional, seja a direta ou a indireta, o que há de prevalecer é a vontade do povo, quem decidirá, afinal, mesmo que se pretenda dar oportunidades às diferenças, é a maioria. Tanto é assim que a

³³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 1ª- edição. 13ª- reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, págs. 138 e 139.

sociedade que se intitula a mais democrática, a dos Estados Unidos, é reconhecida também aquela que, nas suas origens (séculos XVII e XVIII), foi a mais equânime.

Para Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau³⁴, o compromisso constitucional de promoção da participação por meio de fórmulas diretas não questiona a essência do sistema de democracia representativa, amplamente constante em todas as constituições. A democracia participativa é configurada como um complemento à legitimidade e um avanço na democracia, mas não como um substituto permanente do sistema representativo. Interrompe-se, entretanto, a posição tradicional dos partidos políticos, que são realizadas, principalmente, no campo dos direitos políticos, o seu papel resta limitado pela ação direta do povo.

De acordo com o aduzido por José Afonso da Silva³⁵, o que dá a essência da democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e ao exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador.

Ao analisar a experiência histórica brasileira, conclui Oliveira Viana³⁶ que, de fato, nunca se realizou a democracia participativa:

Nós, na verdade, *nunca tivemos governo politicamente democrático*. Pelo que nos ensina a nossa tradição histórica, sempre fomos governados- na Colônia e no Império- oligarquicamente (...) O nosso povo- massa, o povo da *grass root politics*, realmente nunca governou: sempre recebeu de cima, do alto - da Corte fluminense ou das metrópoles provinciais - -- a lei, o regulamento, o código, a ordem administrativa, a cédula eleitoral, a chapa partidária. No período colonial, os governantes vieram sempre de fora - salvo os das câmaras municipais; estes mesmos eram saídos- como vimos- de uma elite rica. No Império não houve também democracia de massa: era uma elite titulada e rica, quando Rio e dos centros metropolitanos provinciais- ditava o governo ao povo-massa até ao interior dos sertões. Só na República, tentamos a democracia do povo-massa pela constituição dos governos municipais, estaduais e central por eleição direta e pelo sufrágio universal. Mas foi o que se sabe e o que se viu: o absentismo eleitoral, que estudei já alhures, deu a resposta cabal à utopia do nosso marginalismo político. (Grifos no original).

A consolidação do constitucionalismo social pelo Texto Constitucional de 1988 serve de supedâneo no combate às injustiças sociais e econômicas, onipresentes na realidade brasileira e servirá de redenção no momento de transpandemia, ou seja, será a

³⁴ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos generales del Nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pág. 35. Tradução livre: "El compromiso constitucional de promover la participación a través de fórmulas directas no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, ampliamente presente en todas las constituciones. La democracia participativa se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación. Sin embargo, sí interrumpe la posición tradicional de los partidos políticos, que si bien se mantienen principalmente en el ámbito de los derechos políticos, su papel queda limitado por la acción directa del pueblo."

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 133.

³⁶ VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, pág. 482.

força motriz que induzirá à superação das vicissitudes institucionais, políticas, econômicas, sanitárias e educacionais no pós-Covid.

Conforme aduzido por Paulo Bonavides³⁷, a cognominada Constituição Cidadã de 1988 condensou o progresso e as conquistas antecedentes do constitucionalismo social brasileiro. Tomou feição vanguardista por colocar, de acordo com o autor, os direitos sociais na categoria daqueles que, em seu mínimo essencial, não podem ser objeto de emenda constitucional supressiva.

O constitucionalismo brasileiro mostra-se vanguardista ao concatenar as virtudes da democracia participativa com o compromisso inarredável de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais, imbuído de pautas inquebrantáveis de reconciliação com a cidadania e os direitos humanos, protegendo os mais diversos segmentos sociais com demarcação de rumos claros e compreensão dos desafios impostos.

Paulo Bonavides³⁸ elucida que, positivado como princípio e regra de um Estado de Direito reconstruído sobre os valores da dignidade da pessoa humana, o Estado Social despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado, conforme demonstrado. O Estado Social de hoje é, portanto, a chave das democracias do futuro. Sem Estado social não há democracia, sem democracia não há legitimidade.

As relações entre democracia participativa e democracia representativa ultrapassam os limites da dimensão representante e representado, se constituindo como uma releitura da representação do Neoconstitucionalismo e como pressuposto para constituição de novos espaços participativos, ao ampliar as hipóteses de deliberação e inclusão cidadã, superando práticas retrógradas e arraigadas como o patrimonialismo e a corrupção.

Conforme aduzido por Lilia Moritz Schwarcz³⁹, enfim, nesses trinta anos, o Brasil não só buscou consolidar a democracia, como modernizou as relações sociais. Não deu conta, porém, de deter as práticas do patrimonialismo que se encontram bastante arraigadas e ajudam a explicar parte da crise que vivenciamos nos dias de hoje. É por essas e por outras que o patrimonialismo se mantém como um dos grandes inimigos da República, tendo o poder de solapar e enfraquecer as instituições do Estado. A saúde de uma democracia é medida pela robustez de suas instituições e, no caso nacional, desde os tempos coloniais boa parcela de tais instâncias foi dominada por interesses de grupos de poder, que se apropriam de parte da máquina do Estado com fins particulares. A teoria de que os brasileiros são mais informais e “alheios à burocracia” ganha aqui outra “roupagem”, quando expedientes como esses acabam resultando no benefício de alguns e no malefício de muitos.

Para Paulo Bonavides⁴⁰, a fragilidade brasileira no tocante ao Estado democrático se faz tamanha que não logrou o País concretizar sequer, num grau razoável de

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 376.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 156.

³⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. 1ª- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, págs. 86 e 87.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 61.

abrangência social e positividade, os direitos fundamentais da primeira dimensão, do *status negativus*.

No diagnóstico de Oscar Vilhena Vieira⁴¹, imersos numa cultura política corporativista e patrimonialista, os constituintes não se descuidaram, por outro lado, de inserir no texto da Constituição privilégios, interesses de grupos e setores econômicos, assim como prerrogativas institucionais e corporativas. O resultado dessa estratégia maximizadora foi uma Constituição ambiciosa, ubíqua e detalhista. Em termos políticos, criou um modelo marcado por um sistema partidário bastante fragmentado e pelo fortalecimento das instâncias de controle e aplicação da lei, com múltiplas possibilidades de veto sobre as decisões majoritárias. No que se refere ao arbitramento dos conflitos distributivos, a Constituição conjuga direitos sociais de viés progressista com inúmeros mecanismos regressivos que favorecem a concentração de riqueza nas mãos de alguns setores. Esse compromisso maximizador funcionou como uma espécie de “seguro” no decorrer do processo de transição e consolidação da democracia, possibilitando que as diversas classes sociais, correntes políticas e ideológicas e grupos de interesse se dispusessem a coordenar os seus conflitos por intermédio das regras estabelecidas pela Constituição. Como todos saíram ganhando em alguma medida, o custo da defecção tornou-se muito alto, criando um forte incentivo para permanecerem a bordo.

O discurso vazio e contraproducente do “nós *versus* eles” deve ser combatido pela verticalização da democracia participativa. Caso continue a ser fomentado por políticos sectários e proselitistas, o saldo será apenas o acirramento de cisões e, nesses casos, quem perde é sempre o cidadão, que continua ignorado em suas demandas primárias. O respeito à opinião contrária é fundamental para o êxito do debate democrático, especialmente quando se trata da efetividade do Estado Social.

A arena global tem sido marcada pelo neopopulismo que se caracteriza pela necessidade de construção de um problema (não necessariamente real), com a manipulação da opinião pública a partir de uma construção midiática e política. A invenção de inimigos (estrangeiros, imigrantes, minorias sexuais, minorias raciais...), fomenta as dissidências, e, nesse âmbito dissolve a democracia e a solidariedade. O elemento identitário muitas vezes serve como fator de exclusão por meio da exclusão e negativa dos desiguais. Indubitavelmente, todo totalitarismo se funda na lógica da guerra e da intolerância às diferenças.

Conforme esposado por Lilia Moritz Schwarcz⁴², as polarizações têm o poder de matar a democracia, gerar uma retórica da divisão e eleger apenas demagogos que não representam os desejos de justiça, segurança, ética, igualdade, os quais são de todos os brasileiros.

A maturidade da democracia se dá a partir do respeito e valorização das opiniões adversas. Faz-se fundamental a superação da ideia de inimigo. A Constituição deve ser entendida como sujeito unitário de vontade da maioria que não consente com a

⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, págs. 24 e 25.

⁴² SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pág. 235.

totalidade. No plano prospectivo, deve haver a Constituição identitária que supere a ideologia da guerra e do ódio às diferenças.

Os cidadãos que não votam nos políticos vencedores nos sufrágios não merecem ser tratados como inimigos, mas como opiniões divergentes que são credoras de dignidade, respeito, diálogo e oitiva para soluções para os problemas vivenciados pelos países da região nos processos de melhorias nas gestões públicas. Neste sentido é válida a constatação de Norberto Bobbio⁴³, conforme a qual, nos regimes democráticos, a conflituosidade social é maior do que nos regimes autocráticos. Como uma das funções de quem governa é a de resolver os conflitos sociais de modo a tornar possível uma convivência entre indivíduos e grupos que representam interesses diversos, é evidente que, quanto mais aumentam os conflitos, mais cresce a dificuldade de dominá-los. Numa sociedade pluralista, como é a que vive e floresce num sistema político democrático, onde o conflito de classe é multiplicado por uma miríade de conflitos menores corporativos, os interesses contrapostos são múltiplos, donde não é possível satisfazer um deles sem ofender um outro, numa cadeia sem fim.

Na formação de uma realidade mais justa e inclusiva, as propostas dialogais devem sobrepor-se às cizânias desnecessárias, que induzem o colapso institucional por meio do fomento ao ódio e à intolerância, características estas autocráticas, excludentes e, portanto, antidemocráticas e contrárias à segurança social oriunda dos direitos fundamentais sociais.

Na análise de Lilia Moritz Schwarcz⁴⁴, com a recente introdução das mídias sociais, um fenômeno novo tomou forma. Se de um lado ele gerou uma certa democratização de informações e lugares plurais de fala, de outro acabou colaborando para a consolidação de um novo tipo de líder carismático e de uma nova forma de fazer política, nem por isso menos autoritários. Trata-se do político populista digital, que prega o ódio e a intolerância, acusa a imprensa e os intelectuais, e se proclama novo ao se dirigir sem mediação alguma à população.

A consagração da iniciativa popular como mecanismo de democracia direta no Texto Constitucional de 1988 reflete o processo democrático e participativo da criação do documento, bem como a ampliação das esferas inclusivas nos perfis da cidadania e da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

De acordo com Gerardo Pisarello⁴⁵, diante da tendência secular das políticas sociais de se configurarem como concessões seletivas e discricionariamente revogáveis, quando não como instrumentos estigmatizantes e de ordem pública, a participação social constitui uma ferramenta vital tanto para afastar a apropriação paternalista dos direitos quanto das necessidades que lhes dão fundamento, como de forma a evitar que

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª- edição. 4ªreimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2000, pág. 94.

⁴⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, págs. 62 e 63.

⁴⁵ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 123. Tradução livre: "Frente a la secular tendencia de las políticas sociales a configurar-se como concesiones selectivas y discricionalmente revocables, cuando no como instrumentos estigmatizadores y de orden público, la participación social constituye una herramienta vital tanto para conjurar la apropiación paternalista de los derechos y de las necesidades que les dan fundamento, como para evitar que las políticas públicas se resuelvan en actos de corrupción y de desviación de poder por parte de las autoridades públicas."

as políticas públicas se resolvam em atos de corrupção e desvio de poder por parte do poder público.

De fato a verticalização da participação democrática na formulação e efetividade de direitos fundamentais sociais afasta a propriedade de populismo e paternalismo no discurso dos direitos fundamentais sociais.

Para Steven Levitsky e Daniel Ziblatt⁴⁶, se regras constitucionais bastassem, figuras como Perón (Argentina), Marcos (Filipinas) e Getúlio Vargas (Brasil) – todos os quais assumiram o cargo sob constituições ao estilo estadunidense, que continham, no papel, um arranjo ordenado de freios e contrapesos – teriam sido presidentes de um ou dois mandatos, em vez de autocratas notórios. Nem mesmo constituições bem projetadas são capazes, por si mesmas, de garantir a democracia. Primeiro, porque constituições são sempre incompletas. Como qualquer conjunto de regras, elas têm inúmeras lacunas e ambiguidades. Nenhum manual de operação, não importa quão detalhado, é capaz de antecipar todas as contingências possíveis ou prescrever como se comportar sob todas as circunstâncias. Regras constitucionais também estão sempre sujeitas a interpretações conflitantes.

É a consubstanciação de um ideal de democracia participativa que se estende além do estabelecimento dos tradicionais modos organizativos do poder político e do arrolamento de direitos e garantias fundamentais, ou de uma releitura da teoria constitucional com vistas a constituir um método interpretativo que amplie o grau de constitucionalização do ordenamento jurídico.

Conforme proposto por Carlos Santiago Nino⁴⁷, embora a negação total e absoluta dos direitos sociais esteja fora dos limites do liberalismo constitucional, o alcance preciso desses direitos, em oposição aos de propriedade ou comércio, será estabelecido por meio do processo democrático de discussão e tomada de decisões.

A realidade contemporânea revela inegavelmente uma problemática de legitimidade da democracia, na medida em que mesmo as sociedades ocidentais (tidas como mais aprimoradas institucionalmente) vivenciam desafios na efetividade de um sistema efetivamente democrático, revelando déficits nos ideais propugnados pelo Estado Social.

Conforme diagnosticado por Paulo Bonavides⁴⁸, a legitimidade considerada pura legalidade ou pura aplicação procedimental, conforme deflui, respectivamente, do decisionismo de Schmitt ou do formalismo processualista de Luhman, seria incompatível com a concretização de uma ordem jurídica democrática, aberta, pluralista, atada a uma tábua consensual de valores, com variações alternativas ao exercício do poder por

⁴⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 100 e 101.

⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. **Una teoría de la justicia para la democracia: hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 233. Tradução livre: "... a pesar de que la total y absoluta negación de los derechos sociales yace fuera de los límites del liberalismo constitucional, el alcance preciso de dichos derechos frente a los de propiedad o comercio, será establecido a través del proceso democrático de discusión y toma de decisiones."

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 50.

formações dispostas ao compromisso, ao respeito mútuo, à preservação de identidade do regime.

O grande desafio da democracia do Século XXI não está em legitimar a modalidade indireta, mas em ampliar e fortalecer sua versão direta, ou seja, a democracia deve ser encarada como uma entidade e não como mero recurso, reverberando em todas as esferas da vivência humana, principalmente no contexto dos conflitos surgidos no momento de transpandemia de Covid-19, ou seja, o formal cede espaço à materialidade democrática, gerando uma extensão que ultrapasse o político e abarque todas as relações sócio-jurídicas na compleição do Estado Social.

Afinal, consoante diagnosticado por Luigi Ferrajoli⁴⁹, de fato, a grande conquista do constitucionalismo do século XX foi atacada pelos cortes nos gastos sociais: a dimensão substancial da democracia gerada pelas obrigações de serviços vitais impostas pelos direitos sociais, como fontes de legitimação substancial do sistema político, além de a velha dimensão e legitimação puramente formal expressa pela representação política.

A formação de um constitucionalismo social, portanto, passa pela legitimidade e aprofundamento dos direitos humanos na verticalização da democracia, dos direitos humanos e da cidadania.

CONCLUSÃO

Na compreensão da passagem do constitucionalismo clássico para o constitucionalismo social como fruto das contingências que, superando uma conduta meramente negativa a ser assumida em termos de liberdades públicas, faz surgir um modelo de Estado deveria atuante, promotor de igualdade material, na mitigação das problemáticas sociais e atento aos clamores das complexidades socioeconômicas emergentes. A igualdade jurídico-formal apregoada nos textos constitucionais clássicos necessitava da necessária concretização oriunda do constitucionalismo social.

O período do constitucionalismo social tem seu início marcado pelas Constituições Mexicana (1917, fruto da Revolução Mexicana de 1910) e de Weimar (Alemanha, 1919). No Brasil, a Constituição de 1934 é uma síntese malograda de tentativa de conciliação entre ideias liberais e de tendências sociais do Estado.

A legalidade estrita, primeiro patamar do Estado de Direito em face do poder absolutista monárquico, restou defasada como mecanismo de controle administrativo e judicial. Daí dizer-se que o princípio da legalidade foi superado pelo princípio da juridicidade, como vetor do Estado Democrático e Social de Direito.

Ante a realidade do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo com o protagonismo da nova hermenêutica constitucional descortina-se a nova interpretação

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Manifesto per l'uguaglianza**. Seconda edizione. Roma: Editori Laterza, 2019, p. 91. Tradução livre: "È stata infatti aggredita, dai tagli alle spese sociali, la conquista maggiore del costituzionalismo novecentesco: la dimensione sostanziale della democrazia generata dagli obblighi di prestazioni vitali imposti dai diritti sociali, quali fonti di legittimazione sostanziale del sistema politico, in aggiunta alla vecchia dimensione e legittimazione puramente formale espressa dalla rappresentanza politica.."

constitucional e a conversão do legalismo exegético em juspositivismo inclusivo e democrático.

Não se pode defender uma concepção ultrapassada de legalidade, incompatível com o modelo jurídico do Estado Social, pois parece conhecer que as normas constitucionais também têm status de normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora.

Para a corrente pós-positivista, é imprescindível o reconhecimento da normatividade dos princípios, pois sem essa condição de existência, a norma friamente se restringiria ao legalismo meramente positivista e exegético, o qual resultou ineficaz na sua aplicação prática no ordenamento jurídico com todas as adversidades verificadas no contexto Pós-Segunda Guerra Mundial.

Um dos fundamentos de legitimidade do neoconstitucionalismo implica na proeminência da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o aludido postulado tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos fundamentais em todas as suas dimensões (civis, sociais, políticos, econômicos, difusos e culturais), assegurados pelas Cartas Constitucionais e pelos documentos de Direito Internacional.

Os défices do modelo constitucional clássico de viés liberal-individualista começam a aparecer, na medida em que novas e inarredáveis demandas sociais surgem. As pressões exercidas especialmente pelas classes trabalhadoras reverberam na gênese do constitucionalismo social, algo inimaginável no modelo clássico de índole abstencionista. Com o ideal burguês pelo aumento infinito da produção e a conseqüente acumulação de capital, aumentam as tensões entre os detentores do poder e os trabalhadores.

Portanto, o Estado Social em seu viés democrático-participativo é o que se verifica no pós-guerra como o modelo adotado no constitucionalismo ocidental, especialmente quando verificada a ascensão dos direitos fundamentais sociais.

Tem-se, portanto, que o Estado liberal representou uma epistemologia de subordinação (constitucionalizada) do poder de controle do Estado ao Direito (privilegiando em demasia os cânones do juspositivismo), exigindo que a atuação estatal se mantivesse rigidamente adstrita à lei.

O Estado Social faz surgir um modelo atuante e democrático, promotor de igualdade material, na mitigação das problemáticas sociais e atento aos clamores das complexidades socioeconômicas emergentes, reverberando na compleição de um constitucionalismo inclusivo e participativo.

O constitucionalismo brasileiro mostra-se vanguardista ao concatenar as virtudes da democracia participativa com o compromisso inarredável de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais, imbuído de pautas inquebrantáveis de reconciliação com a cidadania e os direitos humanos, protegendo os mais diversos segmentos sociais com demarcação de rumos claros e compreensão dos desafios impostos.

A formação de um constitucionalismo social, portanto, passa pela legitimidade e aprofundamento dos direitos humanos na verticalização da democracia, dos direitos humanos e da cidadania.

Na formação de uma realidade mais justa e inclusiva, as propostas dialogais devem sobrepor-se às cizânias desnecessárias, que induzem o colapso institucional por meio do fomento ao ódio e à intolerância, características estas autocráticas, excludentes e, portanto, antidemocráticas e contrárias à segurança social oriunda dos direitos fundamentais sociais.

O discurso vazio e contraproducente do “*nós versus eles*” deve ser combatido pela verticalização da democracia participativa. Caso continue a ser fomentado por políticos sectários e proselitistas, o saldo será apenas o acirramento de cisões e, nesses casos, quem perde é sempre o cidadão, que continua ignorado em suas demandas primárias. O respeito à opinião contrária é fundamental para o êxito do debate democrático, especialmente quando se trata da efetividade do Estado Social.

A consolidação do constitucionalismo social pelo Texto Constitucional de 1988 serve de supedâneo no combate às injustiças sociais e econômicas, onipresentes na realidade brasileira e servirá de redenção no momento de transpandemia, ou seja, será a força motriz que induzirá à superação das vicissitudes institucionais, políticas, econômicas, sanitárias e educacionais na era pós-Covid, ressignificando a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª- edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 1ª- edição. 13ª- reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª- edição. 4ªreimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: 5ª- edição. Malheiros Editores, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio (Coordenadores). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- FERNÁNDEZ, María Encarnación. Los derechos económicos, sociales y culturales. QUIRÓS, José Justo Megías (Coord.). **Manual de los Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale**. Nona edizione. Roma: Editori Laterza, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Manifesto per l'uguaglianza**. Seconda edizione. Roma: Editori Laterza, 2019.
- FUNES, Patricia. **Historia mínima de las ideas políticas en América Latina**. Madrid: Turner Publicaciones, 2014.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Selección y traducción: Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1ª- edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais**. 8ª- edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª- edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social- Reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século. ÁVILA, Humberto (organizador). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NINO, Carlos Santiago. **Una teoría de la justicia para la democracia: hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades**. 1ª- ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27^a- edição. São Paulo: Malheiros. 2006.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1^a- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos generales del Nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

WILLIAMSON, Edwin. **História da América Latina**. Tradução: Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2009.