

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA: IMPLICAÇÕES PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Ana Elisabeth Bastos de Miranda\*

1 Introdução. 2 Hermenêutica constitucional concretista. 3 Hermenêutica constitucional concretista e os direitos fundamentais sociais. 4 Hermenêutica constitucional concretista e o direito à educação. 5 Referências.

## RESUMO

Este artigo analisa a hermenêutica constitucional concretista, considerando sua contribuição para a superação da “crise de efetividade” do Direito constitucional em relação aos direitos fundamentais sociais, bem como suas implicações para a efetividade do direito à educação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica Constitucional. Concretização. Direitos fundamentais sociais. Direito à Educação.

## 1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, a partir da primeira metade do século XX, não produziu a necessária efetividade ou eficácia social desses direitos. É no contexto histórico e teórico da luta contra essa falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, que se desenvolve a hermenêutica constitucional concretista, a partir da segunda metade do século XX. Historicamente, situa-se a hermenêutica concretista no horizonte da modernidade tardia, ou pós-modernidade, sendo elaborada no contexto de formação do neoconstitucionalismo e da organização dos Estados Democráticos de Direito, no período pós-2ª guerra mundial. O Direito Constitucional, visando superar sua “crise de efetividade” na concretização dos direitos fundamentais sociais, desenvolve-se então em três frentes: o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, a ampliação da jurisdição constitucional e a elaboração de uma nova hermenêutica constitucional segundo o modelo concretista.<sup>1</sup> Teoricamente, situa-se a hermenêutica concretista em oposição ao modelo subsuntivo da hermenêutica jurídica clássica, em razão das insuficiências desse modelo para a interpretação do texto constitucional. Insere-se, nesse sentido, no contexto

\* Doutora em Educação (Harvard University). Professora da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito (Faculdade Christus).

da virada lingüística,<sup>2</sup> produzida pelo desenvolvimento da pragmática discursiva e da hermenêutica ontológica,<sup>3</sup> e da consequente consolidação da filosofia da linguagem como o novo paradigma interpretativo nas ciências humanas, em oposição ao paradigma da filosofia da consciência.

## 2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA

Por hermenêutica constitucional concretista entende-se não uma metódica de interpretação unificada, mas o conjunto formado pelas contribuições teóricas de autores diversos, que compartilham as seguintes premissas sobre o processo de compreensão/aplicação da norma constitucional: (i) a centralidade da mediação lingüística; (ii) a abertura textual; e (iii) a pluralidade axiológica. Dentre esses autores, destacam-se os que serão apresentados a seguir: Theodor Viehweg, Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. Para todos esses autores, a interpretação/concretização da norma constitucional: (a) representa um momento de interação e/ou fusão entre sujeito-intérprete e objeto-norma, necessariamente mediado pela linguagem; (b) constitui uma operação prática/construtiva (e não apenas subsuntiva) que, partindo da pluralidade de sentidos da norma, completa o seu conteúdo somente na aplicação ao caso concreto, rompendo assim com o dogma positivista da identidade norma-texto; e (c) deve, reconhecendo o pluralismo axiológico intrínseco à ordem constitucional, fundamentar-se na moral coletiva, ou seja, nos valores sociais que legitimam o Direito para uma dada sociedade.<sup>4</sup>

A hermenêutica tópico-problemática de Theodor Viehweg caracteriza-se como uma “técnica de pensamento problemático” – uma técnica de investigação/resolução prática de problemas concretos a partir da articulação de pontos de vista argumentativos (*topoi*), que abrangem premissas ou verdades consensuais do senso comum (*doxa*). Essa técnica remonta à retórica aristotélica e renasce na modernidade em oposição ao pensamento sistemático cartesiano. No Direito, a hermenêutica tópica propõe uma abordagem de resolução de problemas concretos diversa daquela proposta pela hermenêutica sistemático-dedutiva; enquanto o pensamento sistemático prioriza o fator cognitivo. Instrumental para o processo lógico-dedutivo, o pensamento tópico inclui todos os fatores, inclusive os volitivos, implicados no problema, possibilitando uma contextualização histórica do problema que favorece a sua resolução prática.<sup>5</sup> Essa resolução é construída a partir da convergência dos diversos pontos de vista argumentativos sobre o que seria considerado justo no dado problema, numa perspectiva de justiça social material.<sup>6</sup>

A ascensão da hermenêutica tópica, em oposição à hermenêutica sistemático-dedutiva e ao modelo subsuntivo de interpretação constitucional, por este não promover uma adequada concretização constitucional, não significa um rompimento do pensamento tópico com o Direito positivo, nem representa um retorno ao Direito natural. Representa apenas uma forma nova e aberta de pensar o Direito, centrada no problema e na sua resolução. Não obstante, a hermenêu-

tica tópica tem sido criticada por partidários do pensamento sistemático, como Claus Canaris, por seu caráter anti-sistêmico e instrumentalizador da legitimação e jurisdicização do senso comum (*doxa*). Contra essas críticas, argumenta-se, em primeiro lugar, que o pensamento tópico não é realmente anti-sistêmico, apenas inverte a ótica sistêmica: inicia-se com o momento problemático (indutivo), mas não exclui o momento sistemático (dedutivo) da totalidade do processo de resolução do problema. Essa crítica seria relevante somente se eventualmente a hermenêutica tópica privilegiasse o momento indutivo em total detrimento do momento sistemático do processo, acarretando um casuismo excessivo e a absolutização da contingência fática em detrimento da positivação do Direito.<sup>7</sup> Em segundo lugar, argumenta-se que a legitimação e jurisdicização do senso comum pela hermenêutica tópica não a tornam necessariamente antijurídica ou anticientífica. Pelo contrário, o afastamento do Direito positivo do senso comum e da realidade social, tende a transformá-lo em mero formalismo, sendo um dos méritos da tópica justamente reconectá-lo a essa realidade. Embora a hermenêutica tópica não diferencie claramente entre atividade jurisdicional e atividade legislativa, isto não a torna necessariamente anticientífica, já que a separação das funções estatais não é pressuposto nem consequência da cientificidade dessa hermenêutica. O pensamento tópico é uma reação à presunção de completude e ao imobilismo do sistema, caracterizando-se, portanto, não como uma negação do sistema, mas como um canal de transformação do sistema por meio da sua articulação com a vida social concreta.<sup>8</sup>

No âmbito da hermenêutica constitucional, a prevalência do método tópico-problemático justifica-se pela especificidade da interpretação constitucional, que se radica, segundo Canotilho<sup>9</sup>, nos seguintes pressupostos: (1) o “caráter prático” da interpretação constitucional, orientada para a resolução de problemas concretos; (2) o “caráter aberto, fragmentário ou indeterminado” da norma constitucional, marcado pela polissemia; e (3) o caráter “problemático” ou “aporético” da interpretação constitucional, que não pode ser resolvido por procedimentos exclusivamente sistêmicos, dedutivos-subsuntivos. Dadas essas premissas, o método tópico-problemático pode ser caracterizado como um “processo aberto de argumentação”, ou seja, um processo de articulação dos pontos de vista argumentativos (*topoi*) da pluralidade dos intérpretes/aplicadores da Constituição, que possibilita alcançar a interpretação mais adequada ao caso concreto. Esse método é necessariamente dialógico, aceitando todos os pontos de vista argumentativos, trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica, como igualmente válidos, até serem vencidos racionalmente por meio da argumentação.<sup>10</sup>

A hermenêutica tópica de Viehweg, baseada na indução, e a hermenêutica ontológica de Gadamer, baseada na compreensão, convergem no ponto de partida: ambas centram a interpretação no momento da existência do problema ou no momento de aplicação, recriando o sistema a partir do problema e não apenas inserindo o problema em um sistema preconcebido. Entretanto, essas hermenêuticas divergem profundamente no nível dos pressupostos: (i) a herme-

nêutica tópica problematiza, mas ainda pressupõe a necessidade de articulação entre indução e dedução, como momentos distintos do processo de resolução do problema concreto; a hermenêutica ontológica procura uma superação de ambos (dedução e indução); (ii) a hermenêutica tópica permanece assim ainda limitada à dimensão epistemológica/metodológica, sem conseguir a superação da oposição sujeito-objeto, enquanto a hermenêutica ontológica procura transcender a dimensão epistemológica/metodológica e se radicar numa dimensão ontológica que supere a oposição sujeito-objeto.<sup>11</sup>

A hermenêutica tópica teve uma profunda influência no desenvolvimento da hermenêutica constitucional concretista. As teorias de Hesse, Müller e Häberle, baseadas em uma visão de “Constituição aberta”, são todas de inclinação tópica. A hermenêutica constitucional é o *locus* privilegiado para a tópica, pois o seu uso possibilita interpretar a abertura constitucional a partir da dinamicidade da realidade social, econômica e política.<sup>12</sup> Entretanto, Canotilho adverte que a concretização da norma constitucional por meio da articulação de *topoi* pode conduzir a um casuísmo nefasto, se partir do problema para a norma e não da norma para o problema. Sendo a interpretação constitucional uma “atividade normativamente vinculada”, está circunscrita ao “limite ineliminável” do texto constitucional, conforme Hesse, e não pode sacrificar a primazia da norma constitucional, conforme Müller.<sup>13</sup>

A hermenêutica concretizante de Konrad Hesse baseia-se na concepção de interpretação como um processo criativo resultante da fusão entre sujeito-intérprete e objeto-norma, a partir de e voltado para uma determinada situação histórica, nos moldes de Gadamer. Essa hermenêutica tem, segundo Canotilho, os seguintes pressupostos: (1) a “pré-compreensão” do intérprete; (2) o “contexto” ou situação histórica da interpretação; e (3) a relação entre “texto” e “contexto”, mediada criativamente nos moldes do círculo hermenêutico (“movimento de ir e vir” interpretativo).<sup>14</sup> O processo de concretização comporta assim os seguintes contornos: o seu ponto de partida é a pré-compreensão (pré-juízos) que o intérprete/aplicador tem do conteúdo da norma a concretizar e do problema concreto a solucionar, sendo essa pré-compreensão condicionada pelo contexto da situação histórica concreta em que se situam intérprete, problema e norma, uma vez que inexiste um ponto de vista arquimédico de compreensão fora da existência histórica;<sup>15</sup> e o “limite ineliminável” desse processo é o texto constitucional, devendo a relação texto-contexto ser trabalhada por meio de uma contínua confirmação e/ou correção da pré-compreensão pela prática do caso concreto.<sup>16</sup>

O método hermenêutico-concretizador tem orientação tópico-problemática e não sistemática. Difere, entretanto, do método tópico-problemático de Vieweg: enquanto o método tópico-problemático privilegia ou pode privilegiar o problema em detrimento da norma, o método hermenêutico-concretizador privilegia o texto constitucional em face ao problema. A centralidade do texto constitucional estabelece o limite para a construção do conteúdo da norma a

concretizar: a contextualização histórica do problema possibilita a construção da “dimensão fática” do conteúdo da norma, mas essa “dimensão fática” deve estar necessariamente articulada com a “dimensão normativa” da Constituição.<sup>17</sup> Na articulação do equilíbrio entre a “realidade fática” e a “dimensão normativa” da Constituição, devem ser observados os seguintes princípios de interpretação constitucional: a) “unidade da Constituição”: conexão entre os vários elementos da Constituição, evitando-se contradições internas; b) “concordância prática”: ponderação dos princípios constitucionais colidentes no caso concreto; c) “correção funcional”: compatibilização entre a interpretação pelos órgãos públicos interpretadores e a sua competência constitucional, evitando-se usurpação de competências; d) “efeito integrador”: preservação da “unidade política” da Constituição; e) “força normativa da Constituição”: atribuição de efeito determinante às normas constitucionais; e f) “interpretação conforme”: irradiação dos princípios constitucionais para todo o ordenamento jurídico.<sup>18</sup>

A hermenêutica normativo-estruturante de Friedrich Müller visa à vinculação entre normatividade constitucional e realidade social, de modo a evitar a dissolução da normatividade constitucional. Elabora essa vinculação na perspectiva de uma teoria estruturante do Direito, enquanto “teoria da prática”, na qual a normatividade constitucional é produzida/concretizada no processo da construção da norma jurídica no caso concreto.<sup>19</sup> Seus principais pressupostos são: (1) a normatividade constitucional não se identifica com o texto constitucional; (2) a normatividade constitucional é produzida/concretizada na integração dialética entre dados lingüísticos (“programa normativo”) e a “situação normada”<sup>20</sup> (“âmbito normativo”); e (3) a concretização da normatividade constitucional resulta de um processo estruturante complexo que envolve fatores lingüísticos e extralingüísticos de natureza estatal-social, como o funcionamento efetivo do ordenamento constitucional a partir da atuação das várias funções estatais (legislação, administração, jurisdição).

Em termos metafóricos, a normatividade constitucional corresponde a um “iceberg normativo”: o “programa normativo” (dados lingüísticos) refere-se à parte descoberta e o “âmbito normativo” (dados fáticos) à parte encoberta desse iceberg. A concretização da normatividade constitucional implica na realização de ambas as partes, devendo a concretização da parte descoberta (“programa normativo”) ser feita em função da concretização da parte encoberta (“âmbito normativo”), num processo de estruturação dialética recíproca, de forma a garantir a efetividade da normatividade constitucional.

As decisões jurídico-práticas proferidas por órgãos estatais (legislativos, executivos e jurídicos), visando à concretização da normatividade constitucional, são determinadas por fatores lingüísticos e extralingüísticos. Em relação aos fatores lingüísticos, essas decisões são determinadas pela articulação de uma pluralidade de textos, marcados por graus variados de polissemia ou abertura semântica: a constituição do “programa normativo”, relativo a um dado “âmbito fático”, extrapola assim a apreensão literal do texto constitucional, regulador

do caso em abstrato, e fundamenta-se numa análise semântico-pragmática não só do texto constitucional, mas também de vários outros textos (precedentes jurisprudenciais, materiais legais, manuais doutrinários, estudos monográficos, etc.). Em relação aos fatores extralinguísticos, as decisões jurídico-práticas são também determinadas por motivações empíricas próprias da atuação dos órgãos estatais no processo de enunciação, fundamentação e publicação dessas decisões.<sup>21</sup>

As hermenêuticas de Müller e de Hesse convergem em vários aspectos: (1) a concepção de interpretação constitucional numa perspectiva hermenêutico-concretista, nos moldes de Gadamer, e numa perspectiva tópico-problemática, em moldes diversos de Viehweg, evitando-se a jurisdicização do senso comum (*doxa*) que contribua para a dissolução da primazia da normatividade constitucional; (2) a identificação da norma constitucional com a sua concretização, afastando-se da identificação positivista entre norma e texto; (3) a concretização da norma constitucional a partir da incorporação da realidade social normada, que não aparece claramente, mas que é parte integrante do conteúdo da norma, sendo essa incorporação condição de possibilidade para a efetividade da norma constitucional; e (4) a preocupação com a elaboração de mecanismos de controle do processo de concretização da norma constitucional, que preservem a primazia da normatividade constitucional e se contraponham a eventuais mutações constitucionais motivadas por “fatores reais de poder” e tendentes a dissolver a legitimidade da Constituição.

A hermenêutica pluralista-procedimental de Peter Häberle está centrada na seguinte virada hermenêutica: “de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta.”<sup>22</sup> Häberle critica a hermenêutica constitucional clássica por estruturar a interpretação constitucional no âmbito restrito de uma “sociedade fechada de intérpretes”, composta por juízes engajados em procedimentos formalizados. Uma teoria da interpretação constitucional, que leve a sério o tema “Constituição e realidade constitucional”, deve necessariamente se perguntar por todos os participantes da interpretação constitucional, ou seja, deve se perguntar pela “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, ampla, plural e indeterminada, abrangendo todos os órgãos estatais, todas as potências públicas e todos os cidadãos.<sup>23</sup> Deve igualmente se perguntar pelos procedimentos argumentativos que possibilitam o envolvimento dessa pluralidade de intérpretes na interpretação constitucional.<sup>24</sup>

Esse conceito de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” reflete uma concepção ampliada de hermenêutica constitucional e de intérprete constitucional. Com base no pensamento de Gadamer, Häberle focaliza a relação entre “pré-compreensão” e atuação: propõe que todos que atuam sob a regulação de uma Constituição são pelo menos “pré-intérpretes” dessa Constituição, porque sua atuação pressupõe uma “pré-compreensão” dessa Constituição: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-

interpretá-la. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.”<sup>25</sup> Isto significa que todos que vivem no contexto regulado por uma Constituição devem ser considerados intérpretes dessa Constituição, ou seja, “agentes conformadores da realidade constitucional”, porque, ao conformar o seu viver de acordo com as normas constitucionais, estão também participando da sua interpretação. Como os intérpretes jurídicos não são os únicos que vivem no contexto constitucional, não se justifica que tenham o monopólio da interpretação constitucional. Esse conceito ampliado de hermenêutica constitucional não visa a descaracterizar, entretanto, a especificidade da jurisdição constitucional, que tem sempre a responsabilidade por dizer a Constituição em última instância.

O objetivo da ampliação da sociedade de intérpretes constitucionais é promover a “democratização da interpretação constitucional,”<sup>26</sup> considerando-se presentes os pressupostos dessa democratização: uma organização política democrática e uma cultura de cidadania ativa mediada pelo engajamento em procedimentos argumentativos que possibilitem a articulação de consensos.<sup>27</sup> Para efetivar essa democratização da interpretação constitucional, Häberle inclui no rol dos “intérpretes constitucionais” não só “todos os órgãos estatais”, mas “todas as potências públicas” e “todos os cidadãos e grupos”, numa clara tentativa de incluir toda a sociedade civil organizada no processo de interpretação constitucional. Embora não seja um rol exaustivo, Häberle relaciona os seguintes cidadãos e grupos como legítimos intérpretes da Constituição: partes nos processos judiciais ou administrativos, órgãos e entidades estatais, funcionários públicos e agentes políticos, peritos, partidos políticos e grupos de pressão organizados, a *media*, escolas e associações, igrejas e organizações religiosas, intelectuais.<sup>28</sup> Destaca os atores da cena política e do debate judicial, que influenciam, direta ou indiretamente, a jurisdição constitucional, atuando como “intérpretes adjuntos” tão importantes quanto os “intérpretes titulares” da Constituição, e constituindo verdadeiras “forças produtoras de interpretação”. Essas forças podem compelir as Cortes constitucionais a um “diálogo jurídico”, e podem, na medida de sua organização, converter-se em forças de transformação ou estabilização social.<sup>29</sup> Os procedimentos argumentativos, mobilizados nesse “diálogo jurídico”, “além de legitimarem o dissenso hermenêutico e racionalizarem as divergências de interpretação no marco do Estado de Direito, ainda colaboram para o desarmamento dos contendores políticos e o aprimoramento da convivência democrática.”<sup>30</sup>

Coelho<sup>31</sup> interpreta as idéias de Häberle como “descendentes hermenêuticas” das reflexões de Ferdinand Lassale, no século XIX, sobre os “fatores reais de poder”, denominados por Häberle como as “forças vitais do país”. Como Lassale, Häberle defende uma correspondência entre “Constituição jurídica” (escrita) e “Constituição real” (social), reflexo da composição dos “fatores reais de poder” (sociais, econômicos, políticos, intelectuais), a fim de que a “Constituição jurídica” não se converta em mero formalismo. Porém, enquanto o sociologismo

jurídico determinista de Lassale não lhe permite vislumbrar saídas institucionais para os inevitáveis choques entre a “Constituição jurídica” e a “Constituição real”, Häberle, no contexto de uma sociedade aberta e pluralista, é capaz de propor procedimentos argumentativos para a resolução desses impasses, aptos a promover “a assimilação das *forças vitais do país* no processo de tradução/formulação da vontade constitucional.”<sup>32</sup>

Na sua avaliação da hermenêutica pluralista-procedimental de Häberle, Diniz levanta como críticas: (1) a transformação da hermenêutica constitucional em atividade política, sob a dependência do jogo do poder (“fatores reais de poder”), assim como a conversão do Tribunal Constitucional em mera instância de legitimação das mutações constitucionais consensuais, podem acarretar a dissolução da normatividade da Constituição e a desestabilização das instituições; (2) a aplicabilidade dessa hermenêutica pressupõe um elevado grau de desenvolvimento/estabilidade institucional política, jurídica e social, de caráter democrático consensual, que limita a sua viabilidade em países de modernização periférica, como o Brasil.<sup>33</sup> Entretanto, destaca o inegável mérito dessa hermenêutica por defender a “democratização da interpretação constitucional”, a partir de uma integração das dimensões normativa e política da Constituição, que leve em consideração as consequências políticas das decisões jurídicas, assegurando assim a legitimidade não só jurídica, mas social dessas decisões.<sup>34</sup>

### 3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A hermenêutica constitucional concretista visa a superar os limites da hermenêutica jurídica clássica na interpretação constitucional, contemplando as especificidades das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais, decorrentes da sua supremacia, da sua estrutura principiológica e da sua particular eficácia e efetividade. Embora a hermenêutica jurídica clássica tenha aplicabilidade adequada no campo das normas do Direito Privado, revela-se insuficiente para captar o alcance pluridimensional, polissêmico, das normas de direitos fundamentais sociais, decorrente da sua abertura, fragmentação ou indeterminação, cujo conteúdo só se completa no processo de aplicação no caso concreto.<sup>35</sup>

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, iniciada no contexto de surgimento do Estado Social prestacionista/protetionista (primeira metade do século XX), não garantiu a concretização desses direitos. Surge, nesse contexto, a hermenêutica concretista visando a contribuir para o processo de concretização do texto constitucional. Contrariamente às críticas de que essa hermenêutica produz o esvaziamento da normatividade, observa-se nos modelos de Vieweg, Hesse, Müller e Häberle, uma reconstrução teórica da normatividade constitucional em função da concretização, constituindo essa reconstrução o fundamento teórico do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de



Direito (segunda metade do século XX). Diferentemente do Estado Social prestacionista/ protecionista, este novo Estado, ao consagrar o “Princípio do Estado Social” como princípio constitucional, passa a se caracterizar como um Estado Constitucional prestacionista/ garantista dos direitos fundamentais sociais.<sup>36</sup>

A concretização da normatividade constitucional é fundamental para que a constitucionalização não represente meramente uma “constitucionalização simbólica”, conforme o conceito de Neves: “hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização-jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais.”<sup>37</sup> No seu sentido negativo, de falta, esse conceito expressa justamente a insuficiente concretização do texto constitucional, ou seja, da falta de normatividade do texto constitucional – “nas palavras da metódica normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados lingüísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais)”<sup>38</sup>. Suas implicações tornam-se particularmente evidentes, quando esse conceito é relacionado ao modelo classificatório de Loewenstein, concebido em termos de tipos-ideais: (i) “Constituições semânticas” (“instrumentalistas”) (com predomínio dos aspectos jurídico-instrumentais sobre os aspectos simbólicos): contêm dispositivos, não de limitação e de controle da dominação política, mas de instrumentalização unilateral dos “donos do poder”, sendo caracteristicamente autoritárias; (ii) “Constituições nominalistas” (“simbólicas”) (com predomínio dos aspectos simbólicos sobre os aspectos jurídico-instrumentais): contêm dispositivos de limitação e controle da dominação política, mas não determinam realmente o processo do poder, por falta de concretização, tendo primariamente uma função ideológica-educativa, ao prestar reverência retórica a determinados valores (igualdade, liberdade, democracia); e (iii) “Constituições normativas” (“concretistas”) (com implicação recíproca dos aspectos simbólicos e jurídico-instrumentais): contêm dispositivos de limitação e controle da dominação política e determinam realmente o processo do poder.<sup>39</sup>

As Constituições concretas contêm graus diversos de “semantismo” (“instrumentalismo”), “nominalismo” e “normativismo”, sendo sua caracterização determinada pelo aspecto predominante. As “Constituições nominalistas” são as representantes, por excelência, do processo de “constitucionalização simbólica” revelando “uma discrepância radical entre práxis do poder e disposições constitucionais, um bloqueio político da concretização constitucional, obstaculizador da autonomia operativa do sistema jurídico.”<sup>40</sup>

Contrariamente à perspectiva evolutiva linear de Loewenstein, para quem as “Constituições nominalistas” tendem a se tornar “Constituições normativas”, a experiência tem demonstrado que não há uma evolução necessária nesses tipos constitucionais; as transformações dependem do jogo político e os “donos do poder” tendem a bloquear a concretização constitucional. É a partir do contexto das “Constituições nominalistas” (“simbólicas”) que devem ser compreendidas as contribuições teóricas da hermenêutica constitucional concretista; essas contri-

buições visam a pensar as possibilidades de superação do bloqueio concretizador da normatividade constitucional presente nessas Constituições.

Para a hermenêutica tópico-problemática de Theodor Vieweg, a concretização da normatividade constitucional depende da incorporação da pluralidade de pontos de vista argumentativos (*topoi*) da sociedade na interpretação constitucional, por meio do procedimento racional da argumentação tópico-dialética. Conforme Marrafon,<sup>41</sup> nos Estados Democráticos de Direito, essa argumentação desempenha papel fundamental na formação e na legitimação da ordem jurídica dos direitos fundamentais. A argumentação tópico-dialética deve estar presente, em primeiro lugar, no debate legislativo, o *locus* ideal para a consideração das opiniões consensuais (*doxa*), na forma de *topoi* argumentativos, que aproximam o “senso comum” da sociedade (ser) da norma a ser elaborada (dever-ser) e favorecem a superação da distância entre “faticidade” e “validade”: “o debate tópico-dialético é instrumento para a passagem da sabedoria prática no âmbito individual para a filosofia prática que atue intersubjetivamente, regendo e amenizando a tensão legitimidade-legalidade, Ética-Política ou ainda particular-universal.”<sup>42</sup>

A argumentação tópico-dialética deve estar presente, em segundo lugar, na prática jurisdicional, em geral, e na prática jurisdicional constitucional, em particular, o *locus* ideal de implementação de uma concepção dialética do Direito, articulada com a realidade social. É na construção da norma constitucional, a partir da realidade social do caso concreto, levando em consideração as opiniões consensuais que expressam os valores da sociedade, que se dá a sua efetiva concretização no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. A argumentação tópico-dialética, conforme o pensamento aristotélico, está orientada pelo seguinte objetivo: “o *telos* da tópica aristotélica não é simplesmente a imposição (por persuasão ou convencimento) de uma verdade, como na retórica, mas sim desocultar particularidades em busca de uma norma consensualmente definida a partir de situações reais de argumentação.”<sup>43</sup> Essa argumentação está associada ao movimento de legitimação dos direitos fundamentais sociais, com base nas seguintes idéias: “revalorização da racionalidade prática (em especial na forma de racionalidade comunicativa), entrelaçamento entre moral, política e direito em espaços históricos e existencialmente delimitados e tentativa de redução da tensão entre faticidade e validade em tempos de complexidade e pluralismo de valores [...]”<sup>44</sup>

Para a hermenêutica concretizante de Konrad Hesse, a concretização da normatividade constitucional depende da preservação da “força normativa da Constituição” – conceito elaborado em contraposição ao conceito de “essência da Constituição”, de Ferdinand Lassalle, no século XIX. Para Lassalle, representante do sociologismo jurídico determinista, a “essência da Constituição” reside na articulação das relações fáticas ou “fatores reais de poder” (sociais, econômicos, políticos, intelectuais) que a compõem: “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas.”<sup>45</sup> Nos conflitos, incom-

patibilidades entre a “Constituição real” (social) e a “Constituição jurídica” (escrita) prevalecem sempre as forças fáticas, sucumbindo a “Constituição jurídica” inevitavelmente aos “fatores reais de poder” dominantes.<sup>46</sup> Hesse critica Lassale por sua separação radical entre realidade (ser) e norma constitucional (dever-ser) e por seu determinismo sociológico unilateral que atribui autonomia absoluta e força determinante somente às relações fáticas. Propõe uma relação mais dialética, de implicação recíproca entre realidade e norma constitucional, atribuindo à norma constitucional autonomia relativa e força determinante sobre a realidade, denominada de “força normativa”.<sup>47</sup>

A intensidade da “força normativa” depende da sua correspondência com a realidade histórica, ou seja, com os “fatores reais do poder” e com a “ordem de valores” representativa do “justo” na consciência coletiva. Mas depende, sobretudo, da “vontade de Constituição”, da “convicção sobre a inviolabilidade da Constituição”, que consiste numa construção social dinâmica e permanente, originada de três vertentes diversas: (1) o reconhecimento da necessidade e do valor da ordem constitucional, como limite ao arbítrio estatal; (2) a compreensão de que a ordem constitucional deve estar em constante processo de legitimação social, sendo insuficiente a legitimação meramente fática; e (3) a consciência de que a preservação da ordem constitucional decorre de atos da vontade humana, que, ao se subordinarem às suas disposições, mantêm assim a vigência dessa ordem.<sup>48</sup>

Se os pressupostos da “força normativa da Constituição” – correspondência histórica (entre Constituição e realidade) e “vontade de Constituição” (por parte de todos os “fatores reais do poder”) – estiverem presentes, a Constituição poderá preservar a sua força normativa e não sucumbir, em tempos de crise, em face de forças (sociais, econômicas, políticas e intelectuais) que intentem violá-la ou alterá-la, protegendo assim o Estado contra o arbítrio. A “força normativa da Constituição” é posta à prova não nos momentos de tranquilidade, mas justamente nos tempos de necessidade ou crise institucional.<sup>49</sup> Fundamental na preservação da “força normativa da Constituição” é a interpretação hermenêutico-concretizadora, que deve integrar pré-compreensão, texto e contexto, conforme o princípio da ótima concretização da norma: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”<sup>50</sup>

Para a hermenêutica normativo-estruturante de Friedrich Müller, a concretização da normatividade constitucional se realiza por meio da integração entre “programa normativo” (dados lingüísticos) e “âmbito normativo” (dados reais). Trata-se de uma teoria prática da concretização, mediada por uma concepção pragmática de linguagem, que leva a sério o papel da ação concreta na construção da normatividade. Todo o trabalho jurídico de concretização é visto como ocorrendo dentro e por meio de um conjunto específico de jogos de linguagem.<sup>51</sup> Dessa teoria emerge uma concepção pragmática, pós-positivista, de

norma jurídica: “A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes, encontram-se apenas formas primárias, os *textos normativos*. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial.”<sup>52</sup> A dicotomia entre ser e dever-ser é superada pragmaticamente pela integração entre “âmbito normativo” e “programa normativo”.<sup>53</sup> A concretização da norma pressupõe ainda uma compreensão de “normatividade” como interação dialética (transformação recíproca) entre norma e realidade, entre “programa normativo” e “âmbito normativo”, conforme se observa na sua definição: “Normatividade’ significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade materialmente determinada*).”<sup>54</sup>

A partir dessa perspectiva estruturante da normatividade, desenvolvida no contexto do Estado Democrático de Direito, é possível superar as concepções do Estado Social relativas às normas constitucionais de direitos fundamentais sociais. Enquanto para o Estado Social essas normas são concebidas, principalmente, como direitos a prestações estatais, exigíveis somente quando resultam claramente da Constituição, para a teoria estruturante do Direito, essas normas são “*garantias* materiais, determinadas de maneira *positiva* mediante seu conteúdo e sua eficácia.”<sup>55</sup> Dessa positivação resulta que os direitos sociais não são apenas valores, mas normas, o que constitui uma garantia diante das controvérsias sobre valores nas sociedades pluralistas atuais. Na determinação do seu âmbito normativo (âmbito fático), as normas constitucionais de direitos fundamentais sociais devem ser compreendidas, segundo a teoria interna dos direitos fundamentais sociais, como direitos *livres* de toda restrição estatal, só admitindo restrição a partir de sua própria divisão interna, uma vez que são a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos livres em uma sociedade democrática.<sup>56</sup>

A concretização das normas de direitos fundamentais sociais fundamenta-se na integração entre “programa normativo” e “âmbito normativo” para chegar a uma “norma de decisão” no caso concreto. Essa concretização segue o seguinte procedimento metodologicamente estruturado, com quatro fases de formulação: a) “programa normativo”: interpretação/elaboração provisória dos sentidos semanticamente possíveis resultantes da abertura semântica em todos os dados lingüísticos jurídicos relevantes (constitucionais e outros); b) “âmbito normativo”: constituição da “porção da realidade social tomada em sua estrutura fundamental e que o programa normativo autoriza a recortar no domínio geral de regulamentação”,<sup>57</sup> que se realiza por meio de um duplo exame: “primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em seguida, podem ser *justificadamente* incorporados na decisão”;<sup>58</sup> c) “norma jurídica”: incorporação do conjunto estruturado pelo “programa normativo” e “âmbito normativo”, numa formulação genérica e abstrata, segundo a fórmula “Em um caso como esse, vale tal norma jurídica...”;<sup>59</sup> e d) “norma de decisão”:

individualização da norma jurídica geral para decidir o caso concreto.<sup>60</sup> Esse procedimento estruturante deve ser passível de controle no Estado Democrático de Direito por meio da argumentação. Ressalte-se que essa descrição do procedimento de concretização, realizada pela teoria estruturante do Direito, representa a formalização teórica de um procedimento que já vem sendo utilizado, na prática, pelos operadores do Direito para decidir casos complexos.

Para a hermenêutica pluralista-procedimental de Peter Häberle, a concretização da normatividade constitucional depende da “democratização da interpretação constitucional”, por meio da participação da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Essa participação é pressuposta na nova hermenêutica concretista, que concebe a interpretação como um processo aberto e construtivo (não subsuntivo) e preconiza a integração entre interpretação e realidade. Sendo a realidade pluralista, a interpretação também deve ser pluralista: “Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)”.<sup>61</sup>

A interpretação constitucional regula a esfera pública e a sociedade. Esse contexto impõe sobre o juiz exigências que não devem ser interpretadas como ameaças à sua independência funcional, mas como determinantes da própria legitimidade da interpretação constitucional, prevenindo o livre arbítrio judicial. A tese da pluralidade de intérpretes constitucionais baseia-se numa concepção de “Constituição enquanto processo público”.<sup>62</sup> A legitimidade das forças pluralistas da sociedade para a interpretação constitucional decorre da sua participação na esfera pública e na esfera privada reguladas pela Constituição, o que lhes acarreta o direito de serem consideradas sujeitos e não apenas objetos dessa regulação.<sup>63</sup>

A abertura da interpretação constitucional a uma pluralidade de intérpretes amplia a legitimidade dessa interpretação, mas pode acarretar também uma relativização dessa interpretação em razão: (1) da pluralidade de participantes do processo de interpretação, bem como da ampliação das formas de participação; (2) do desenvolvimento de força normatizadora pela esfera pública pluralista, compelindo a Corte Constitucional a interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização na esfera pública pluralista; e (3) da subsistência e do desenvolvimento autônomo de uma Constituição material sem relação com o processo constitucional formal.<sup>64</sup> Para evitar que essa relativização, própria da interpretação pluralista, se converta em instrumento de dissolução da normatividade constitucional, Häberle pressupõe uma teoria da democracia, não apenas na forma representativa, mas na forma de um processo participativo público e pluralista, como condição de possibilidade para a construção de consensos por meio de procedimentos comunicativos-argumentativos. Nesse processo, a Corte Constitucional desempenha papel fundamental de garantia e atualização da Constituição enquanto “contrato social” assegurador dos direitos fundamentais.

A Corte deve desempenhar papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação na interpretação constitucional.

A concretização da normatividade constitucional, numa perspectiva pluralista, pressupõe assim a concretização do princípio democrático, condição de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais: “Numa sociedade aberta, [a democracia] se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (...)”<sup>65</sup> Mais ainda, a concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais pressupõe, mas também deve contribuir, para consolidar o próprio direito de participação na interpretação constitucional como um direito fundamental: “Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (...)”<sup>66</sup>

A hermenêutica pluralista-procedimental projeta-se também no plano do Direito internacional comparado. Numa perspectiva hermenêutica constitucional comparativa, a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” é referida ao pluralismo constitucional existente no plano internacional. A comparação constitucional assume uma dimensão valorativa – por meio da “comunicação” entre várias Constituições, procura-se encontrar as melhores resoluções para determinados problemas concretos, que possam servir como “padrões regulativos médios”, “modelos culturais”, a serem generalizados para outras culturas. Assim, a comparação constitucional converte o Direito constitucional comparado em “cultura comparada”. Esse método tem se mostrado útil no plano internacional, em relação à efetivação dos direitos fundamentais. O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia tem feito uso da comparação jurídica em julgamentos concernentes aos direitos fundamentais. E diversas Constituições têm positivado procedimentos para a incorporação de textos de tratados e convenções internacionais referentes à proteção de direitos fundamentais.<sup>67</sup>

#### 4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A recepção da hermenêutica constitucional concretista no Brasil está associada à implementação do neoconstitucionalismo no país, no contexto histórico da reconstitucionalização e da redemocratização ensejado pela Constituição de 1988. Esta nasce com o objetivo de implementar no país um sistema efetivo de garantias de direitos fundamentais. Entretanto, contrariamente ao pretendido no plano formal, essa efetividade não se concretiza de pronto, particularmente para os direitos fundamentais sociais, que requerem prestações positivas por parte do Estado. É no contexto da “crise de efetividade” dessas garantias constitucionais, que se desenvolve o movimento de constitucionalização crescente do Direito no Brasil, caracterizado pela “irradiação dos valores constitucionais para todo

o sistema jurídico”.<sup>68</sup> Essa constitucionalização visa a dar efetividade ao sistema de garantias constitucionais dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, merece destaque a baixa efetividade das normas constitucionais que disciplinam o direito à educação, compreendido como o acesso a uma formação ampla que possibilite o desenvolvimento pleno da pessoa, a capacitação para a cidadania e a competência para o trabalho. Não obstante esse direito estar positivado predominantemente em normas programáticas, consideradas como de eficácia limitada, dependente de regulamentação adicional para produzir todos os seus efeitos, a doutrina majoritária reconhece que essas normas estão aptas a produzir efeitos imediatos vinculantes, como, por exemplo: (i) a revogação de atos normativos anteriores, colidentes com o conteúdo das normas de direito à educação, independentemente da declaração de sua inconstitucionalidade; (ii) a vinculação do legislador à concretização do direito à educação; (iii) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores à Constituição contrários ao conteúdo das normas de direito à educação; (iv) a utilização do direito à educação programático como parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (v) a produção pelas normas de direito à educação de posições subjetivas; e (vi) a proibição do retrocesso social (proibição da abolição pelo legislador das posições jurídicas concretizadas), em relação ao direito à educação, de modo que o direito à educação concretizado torna-se um direito de defesa.<sup>69</sup> Em relação às posições subjetivas negativas (direitos a prestações negativas do Estado), produzidas pelas normas de direito à educação, estas decorrem diretamente desses efeitos imediatos vinculantes, podendo os titulares do direito à educação, diante de qualquer inobservância desses efeitos pelo Estado, deduzir a sua pretensão perante o Estado em juízo. Em relação às posições subjetivas positivas (direitos a prestações positivas do Estado), produzidas por essas normas, a Constituição diferencia entre normas de direito à educação fundamental e as demais normas de direito à educação. As normas de direito à educação fundamental produzem posições subjetivas positivas caracterizadas como “direitos públicos subjetivos” (art. 208, § 1º, CF/88: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”). São direitos diretos e imediatamente exigíveis, que vinculam a Administração Pública ao dever de oferta regular do ensino fundamental obrigatório, sob pena de responsabilização pelo descumprimento desse dever estatal (art. 208, § 2º, CF/88: “O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”) Diferentemente dessa proteção diferenciada dada à educação fundamental, as demais normas de direito à educação produzem posições subjetivas positivas, mas somente no sentido de promover a maximização possível na sua efetivação ou, no caso eventual da sua não-efetivação, requerer do Estado que sua recusa seja necessariamente fundamentada.<sup>70</sup>

Importante articular a discussão sobre a exigibilidade do direito à educação a dois conceitos relacionados – “mínimo existencial” e “núcleo essencial” – que delimitam padrões mínimos de efetividade das normas constitucionais dos

direitos sociais e que constituem limites para a “reserva do possível”, a limitação fática-orçamentária frequentemente alegada pelo Estado para não se responsabilizar pelo cumprimento das políticas públicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais sociais.<sup>71</sup> Constitui o “mínimo existencial” um subconjunto do “núcleo essencial” contendo um conteúdo menor, mais preciso, intangível, de direitos sociais básicos (alimentação básica, atendimento eficiente de saúde, educação fundamental, garantia de moradia e renda mínima), radicado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição de retrocesso social,<sup>72</sup> sendo imediatamente exigível do Estado.<sup>73</sup> A identificação total desses conceitos é desaconselhável, pois conduz a uma interpretação reducionista dos direitos fundamentais sociais, não autorizada pela própria Constituição de 1988.<sup>74</sup> Já a sua identificação parcial é positiva, uma vez que a exigibilidade imediata do “mínimo existencial” transmite-se ao “núcleo essencial”, resultando numa ampliação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais.<sup>75</sup>

Em relação ao tratamento constitucional dado ao direito à educação, pode-se observar que o “mínimo existencial” refere-se ao acesso à educação fundamental (art. 208, I, CF/88). Já o “núcleo essencial” consiste num conceito ampliado do direito à educação que abrange: (i) o desenvolvimento pleno da pessoa, a capacitação para a cidadania e a competência para o trabalho (art. 205, CF/88); (ii) conteúdos mínimos de ensino (base comum e cultural plural) visando à promoção do desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico do país (arts. 210 e 214, CF/88); e (iii) a orientação por princípios de igualdade, de liberdade, de pluralismo, de gratuidade do ensino público, de valorização dos profissionais do ensino, de gestão democrática, de qualidade e de remuneração adequada (art. 206, CF/88). A proteção diferenciada do “mínimo existencial” representa um avanço, mas ainda insuficiente para garantir a efetividade desse direito social. É necessário, a partir de uma perspectiva relativa, dinâmica, do “mínimo existencial”, defender a incorporação progressiva neste mínimo dos conteúdos do “núcleo essencial”.

Para ilustrar a recepção da hermenêutica constitucional concretista na jurisprudência dos Tribunais Superiores do país, visando à ampliação da efetividade do direito à educação, por meio da ampliação do conteúdo do “mínimo existencial”, apresenta-se a seguir uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal assegurando o direito à educação infantil:

**EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.



- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.<sup>76</sup>

Essa decisão procura densificar o tratamento constitucional concedido à educação infantil. A norma constitucional referente à educação fundamental

é uma “norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral”, que caracteriza o ensino fundamental como “direito público subjetivo”, apto a produzir posições subjetivas positivas (direitos a prestações positivas do Estado), direta e imediatamente exigíveis. Já a norma constitucional referente à educação infantil é uma “norma de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida”, ou seja, uma “norma programática”. Enquanto norma programática está apta a produzir, direta e imediatamente posições subjetivas negativas (direitos a prestações negativas do Estado) para garantir que os poderes estatais se abstenham de atuar no sentido de inviabilizar esse direito. Entretanto, embora seja questão doutrinária controversa, não está apta a produzir posições subjetivas positivas, ou a produzir essas posições somente no sentido da sua maximização possível em relação às possibilidades materiais de sua efetivação.

Essa decisão ilustra a utilização dos processos de fundamentação substancialista, principiológica, por meio da argumentação tópica, a fim de promover a densificação normativa do comando constitucional referente ao dever do Estado de ofertar a educação infantil. A argumentação visa a tornar o referido comando apto a produzir não apenas posições subjetivas negativas, mas também positivas, e obter do Estado a sua concretização imediata. Visa a também fundamentar a concepção de que a educação infantil integra o núcleo do “mínimo existencial”, dada a sua importância social para promover o real aproveitamento do ensino fundamental, particularmente para as classes mais desfavorecidas. Dentre os argumentos levantados, destacam-se: (1) o direito à educação infantil, como condição para o efetivo aproveitamento do ensino fundamental, deve ser considerado como integrando o “mínimo existencial” dos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente, radicado no valor maior da dignidade da pessoa humana; (2) a implementação dos valores sociais, particularmente do “mínimo existencial”, é imprescindível para promover o bem-estar e a justiça social, fins constitucionalmente estabelecidos; (3) o direito à educação infantil, sendo concebido como parte do “mínimo existencial”, deve ser considerado também como direito público subjetivo, direta e imediatamente exigível; (4) o Estado tem o dever inafastável de assegurar a efetividade desse direito; (5) o mandamento constitucional de realização das políticas públicas sociais, constitucionalmente estabelecidas, vincula juridicamente o Estado e limita a sua discricionariedade político-administrativa ao mínimo, não incluindo o não fazer, sob pena de responsabilização; (6) diante da omissão estatal, é legítima a intervenção do Judiciário para assegurar o cumprimento da Constituição, não configurando essa intervenção ingerência indevida na competência dos outros poderes; e (7) o Estado não se exime da sua obrigação em relação ao direito à educação, alegando a “reserva do possível”, pois esta não procede em relação ao “mínimo existencial”.

## 5 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da 4<sup>a</sup> Região*, EMAGIS, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998, 185-191.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. *Prêmio AJURIS Direitos Humanos 2005*. Menção Honrosa, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs. ). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 208.

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65.

<sup>3</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

<sup>4</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162-165.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem.*, p. 136-144.

<sup>6</sup> Idem, *ibidem.*

<sup>7</sup> Idem, *ibidem.*

<sup>8</sup> Idem, *ibidem.*

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1211.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>11</sup> BELLO FILHO, *op. cit.*, p. 136-144.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 136-144.

<sup>13</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1212.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 1212.

<sup>15</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 217.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 1212.

<sup>18</sup> HESSE, 1959, apud DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 264.

<sup>19</sup> MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÊMERTON, Merlin Clève; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 594.

<sup>21</sup> COELHO, 2007, op. cit., p. 92-93.

<sup>22</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 12-13.

<sup>23</sup> Ibid., p. 13

<sup>24</sup> Ibid., p. 11-12.

<sup>25</sup> Ibid., p. 13-14.

<sup>26</sup> Ibid., p. 14.

<sup>27</sup> Ibid., p. 14.

<sup>28</sup> Ibid., p. 21-22.

<sup>29</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 35, n. 138, abr./jun. 1998, 185-191, p. 190.

<sup>30</sup> Ibid., p. 190.

<sup>31</sup> Ibid., p. 190.

<sup>32</sup> Ibid., p. 190.

<sup>33</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 258-259.

<sup>34</sup> Ibid., p. 259-260.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 556-557.

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 175.

<sup>37</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 96.

<sup>38</sup> Ibid., p. 92.

<sup>39</sup> NEVES, op. cit., p. 105-106.

<sup>40</sup> Ibid., p. 107.

<sup>41</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. Tópica aristotélica, validade e legitimidade dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 568-572.

<sup>42</sup> Ibid. p. 570.

<sup>43</sup> Ibid., p. 572.

<sup>44</sup> Ibid., p. 572.

<sup>45</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

<sup>46</sup> Ibid., p. 9.

<sup>47</sup> Ibid., p. 24.

<sup>48</sup> Ibid., p. 19-20.

<sup>49</sup> Ibid., p. 25.

- <sup>50</sup> Ibid., p. 22-23.
- <sup>51</sup> MULLER, 2007, p. 47.
- <sup>52</sup> Ibid., p. 45.
- <sup>53</sup> Ibid., p. 45-46.
- <sup>54</sup> NEVES, op. cit., p. 84.
- <sup>55</sup> MÜLLER, 2007, op. cit., p. 46.
- <sup>56</sup> Ibid., p. 45-46.
- <sup>57</sup> MÜLLER, 1996 apud PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 166.
- <sup>58</sup> MÜLLER, 2007, op. cit., p. 47.
- <sup>59</sup> MÜLLER, 1996 apud PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 166.
- <sup>60</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 166-167.
- <sup>61</sup> HÄBERLE, op. cit., p. 30.
- <sup>62</sup> Ibid., p. 32.
- <sup>63</sup> Ibid., p. 33.
- <sup>64</sup> Ibid., p. 41-42.
- <sup>65</sup> Ibid., p. 36.
- <sup>66</sup> Ibid., p. 37.
- <sup>67</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1214.
- <sup>68</sup> Ibid., p. 217.
- <sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 290-293.
- <sup>70</sup> Ibid., p. 264.
- <sup>71</sup> BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, EMAGIS, 2004, p. 10.
- <sup>72</sup> MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. *Prêmio AJURIS Direitos Humanos 2005*, 1ª Edição, Menção Honrosa, 2005, p. 3.
- <sup>73</sup> BARCELLOS, 2002 apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 346.
- <sup>74</sup> OLSEN, ibidem., p. 351.
- <sup>75</sup> Ibid., p. 353.
- <sup>76</sup> STF, RE-AgR 410715/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, 2. T., julgado em 22.11.2005, DJU de 03.02.2006.

## CONCRETIST CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: CONSEQUENCES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION

### ABSTRACT

This paper examines concretist constitutional hermeneutics, taking into account its contribution for overcoming the effectiveness crisis of Constitutional Law as regards fundamental rights in the social sphere, as well as its implications for guaranteeing the right to education.

**KEYWORDS:** Constitutional hermeneutics. Concretization. Social fundamental rights. Right to education.

## HERMÉNEUTIQUE CONSTITUTIONNELLE CONCRÉTISANTE: DES IMPLICATIONS POUR L'EFFECTIVITÉ DU DROIT À L'ÉDUCATION

### RÉSUMÉ

Cet article analyse l'herméneutique constitutionnelle concrétisante, considérant sa contribution pour surmonter la "crise de l'effectivité" du Droit constitutionnel par rapport aux droits fondamentaux sociaux, ainsi que ses implications pour l'effectivité du droit à l'éducation.

**MOTS-CLÉS:** Herméneutique Constitutionnelle. Concrétisation. Droits fondamentaux sociaux. Droit à l'Éducation.