XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lucas Gonçalves da Silva; Newton Cesar Pilau; Riva Sobrado De Freitas.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-623-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS DO LIVRO: DIREITOS FUNDAMENTAIS I

Em Santa Catarina, na cidade de Camboriú, na tarde de 8 de dezembro de 2022, reuniram-se nas dependências da Universidade do Vale do Itajaí professores e alunos do curso de Pós-Graduação strictu sensu em Direito para dar seguimento a mais um Grupo de Trabalho do XXIX congresso Nacional do CONPEDI, reunindo trabalhos de excelência, os mais variados, versando sobre a temática da efetivação dos DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A apresentação dos trabalhos e os debates realizados nessa oportunidade foram presenciais e estiveram sob a coordenação dos professores: professor Doutor Newton Cesar Pilau, da UNIVALI: professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da UNOESC; e professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva da UFS.

Os artigos debatidos tocaram temas polêmicos e atuais o que permitiu debates acalorados, e a possibilidade de considerá-los sob diferentes perspectivas, cumprindo o que realmente se espera de um Congresso: a circulação de ideias plurais, tão necessárias à eficácia material da Democracia contemporânea.

Entre os temas selecionados para essa tarde, observamos trabalhos que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais e ressaltaram a necessidade do respeito à privacidade;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão, agora com novos contornos, levando em conta os desafios contemporâneos da tecnologia e das mídias sociais. Também o Direito ao Esquecimento, esteve presente nos debates, ressaltando a sua importância para a proteção da Dignidade Humana;

Ainda sobre Dignidade Humana, observou-se um debate interessante sobre que foi chamado de" fetichização" da Dignidade Humana, como uma forma de banalização desse princípio, enquanto norma de tessitura aberta, o que muitas vezes pode levar ao comprometimento de uma decisão judicial.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras e pela intolerância religiosa também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população, como por exemplo o impacto e a violência promovidos às crianças;

Temas relativos à igualdade de gênero, numa perspectiva de “empoderamento” da mulher foram apresentados e debatidos nessa tarde, assim como a preocupação com a homofobia, racismo, e a proteção de seguimentos sociais, objeto de exclusão também foram refletidos em diferentes artigos.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: CONSIDERAÇÕES SOBRE A APROPRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRIORIDADE ABSOLUTA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO THE EDUCATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: CONSIDERATIONS ON THE APPROPRIATION OF THE PRINCIPLES OF ABSOLUTE PRIORITY AND INTEGRAL PROTECTION

Jaci Rene Costa Garcia [1]

Resumo

A partir da análise do leading case (RE 1008166), investiga-se o nível de apropriação do Direito da Criança e Adolescente por parte dos julgadores. Tendo como tema a educação de crianças e adolescentes, o mote da pesquisa são os princípios constitucionais da prioridade absoluta e da proteção integral e a reflexão sobre o seu nível de concretização no caso examinado. Para o desenvolvimento, foram eleitas duas teorias do direito (Dworkin e Müller) representando tradições distintas, tendo ponto de convergência a identificação das insuficiências dos modelos positivistas. Dessa forma, por se tratar de pesquisa qualitativa, utilizou-se do método analítico para a extração dos conceitos dos modelos teóricos mobilizados pela pesquisa para, num segundo momento, considerando os parâmetros das teorias, cotejar com os argumentos utilizados pelos julgadores. Identificou-se que o sentido atribuído aos princípios guarda correspondência com uma nova compreensão de normatividade, pois ao atribuir força normativa os julgadores demonstram uma considerável apropriação dos conceitos envolvidos.

Palavras-chave: Direito constitucional, Criança e adolescente, Prioridade absoluta, Leading case: re 1008166, Teoria do direito

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the analysis of the leading case (RE 1008166), we investigate the level of appropriation of the Law of Children and Adolescents by the judges. Having as its theme the education of children and adolescents, the research argument is over the constitutional principles of absolute priority and integral protection, as well as the reflection on their level of implementation in the case examined. For the development, two theories of law (Dworkin and Müller) were chosen representing different traditions, with the point of convergence being the identification of the insufficiencies of the positivist models. Thus, as this work is qualitative research, the analytical method was used to extract the concepts from the theoretical models mobilized by the research to, in a second moment, considering the parameters of theories, collate with the arguments used by the judges. It was identified that the meaning attributed to the principles corresponds to a new understanding of normativity,

[1] Doutor em Direito pela UNISINOS, Advogado, garcia@garcias.com.br. Vinculado ao Grupo de Pesquisa Teria Jurídica no Novo Milênio/Linha de Pesquisa Direito Constitucional Aplicado do Curso de Direito da UFN.

because when attributing normative force, the judges showed a considerable appropriation of the concepts involved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Child and adolescent, Absolute priority, Leading case: re 1008166, Theory of law

1 INTRODUÇÃO

Parte-se de dois pressupostos evidentes: [i] a proteção da infância e da juventude têm previsão constitucional e o [ii] acesso à educação, dentre outros direitos fundamentais, foi seriamente afetado na pandemia, identificando-se um campo de investigação importante desses prejuízos nas demandas levadas ao Poder Judiciário. Nesse contexto, o presente estudo, investiga a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação aos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta levando em consideração casos julgados a partir de 2020. De se considerar que já não é uma tarefa difícil encontrar decisões do Supremo Tribunal Federal reaproximando o Direito da Moral, considerando que - na organicidade do sistema de normas - os valores aderiram aos textos normativos[1].

A presente investigação se insere num projeto de pesquisa mais amplo[2] que busca analisar a (in)existência de articulação entre os entes para promover os acessos à saúde e educação, bem como questionar a atuação do sistema de garantias, discutindo e propondo possíveis medidas para mitigar os efeitos negativos da pandemia. No desenvolvimento da pesquisa, sobressaiu o Tema 548 (Dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade), objeto de análise no presente artigo. O referido tema, além da evidente relevância social, teve respostas durante o período da pandemia e a decisão final em setembro de 2022 (ainda sem trânsito em julgado), sendo questão sensível às crianças e aos trabalhadores(as), especialmente às mães (atraindo também uma questão de gênero).

A metodologia analítica conduzirá a investigação sobre a eventual aplicação dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral considerando as decisões judiciais foram produzidas sobre o tema, discutindo seus fundamentos e o nível de apropriação do Direito da Criança e Adolescente por parte dos julgadores. No atual momento, a análise será qualitativa (BAUER, 2002), centrando o estudo em julgados encontrados no portal de pesquisa de

[1] A título de eventual aprofundamento no ponto, entre nós, Barroso (2009) no texto Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), aponta, a partir de correntes *pós-positivistas*, um novo papel assumido pela norma e pelo Juiz, demonstrando essa reaproximação entre Direito e Moral no âmbito das decisões dos Tribunais em tempos de neoconstitucionalismo (Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618). Garcia (2019) também analisa a mesma relação a partir de uma decisão do STF (Súmula 13), vinculando essa nova reorientação a uma estreita relação entre moral e direito, um espécie de retorno à razão prática kantiana, algo que começa a ser observado por alguns pesquisadores (disponível em https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/disciplinarumSA/article/view/2529/228).

[2] O presente artigo é um resultado parcial de pesquisa de um projeto coletivo referente ao Edital CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021, aprovado em 2022, com duração de 36 meses. Projeto: Direito à saúde e à educação de crianças e adolescentes em tempos de pandemia: a atuação dos entes públicos brasileiros na efetivação de direitos fundamentais.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, selecionados pela relevância e tendo como critério de pesquisa os dois princípios referidos. A pesquisa no banco de dados de jurisprudência do sítio do Supremo Tribunal Federal foi realizada em 04 de outubro de 2022 com as seguintes palavras-chave digitadas no campo de busca: "proteção integral", "prioridade absoluta" e "educação". Com as expressões que serviram para a busca, elegeu-se um tema que envolveu o direito à educação básica (creche e pré-escola), a partir de duas posições convergentes: o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1331397, com a posição definitiva da Segunda Turma em 2021, e o Recurso extraordinário nº RE 1008166, sobre o mesmo tema que, em repercussão geral, decidiu a *vexata quaestio* em setembro de 2022 (Tribunal Pleno).

O texto do artigo estrutura-se da seguinte forma: no primeiro capítulo são apresentados duas concepções de direito que lançam luzes ao novo constitucionalismo, permitindo-se que sejam extraídas orientações conceituais para a análise das decisões selecionadas. De forma intencional, nesse momento inicial da pesquisa, foram eleitas teorias do direito de tradições distintas, representadas por Müller e Dworkin, aproximadas pela rejeição ao positivismo.

Por se tratar de um primeiro artigo, a apresentação dos modelos será apenas no que interessa à interpretação no atual momento, sem o intuito de realizar escolhas entre os modelos, mas de utilizar como linhas auxiliares para compreender como o Supremo Tribunal Federal aplica o Direito Constitucional em face de questão social relevante envolvendo criança e educação. No segundo capítulo, são analisados alguns argumentos utilizados pelas decisões, com intuito cotejar os argumentos com os conceitos extraídos de ambas as teorias. Como resultado, espera-se identificar se (e como) os princípios de proteção estão sendo concretizados no âmbito da hermenêutica constitucional no Brasil[3], indicando o nível de apropriação desses princípios e a influência dos modelos pós-positivistas nos julgamentos.

2 TEORIAS DE DIFERENTES SISTEMAS DE DIREITO E ALGO EM COMUM: A PROPOSTA DE UMA NOVA COMPREENSÃO DA NORMA COM REFLEXOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como prospectado, propõe-se uma breve abordagem do que mudou em termos de hermenêutica constitucional no Brasil a partir da Constituição de 1988, especialmente pelo reconhecimento da força normativa das constituição, pela dimensão de importância assumida

[3] O encaminhamento ao Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais" se deu em razão da identificação do escopo do Grupo e da relação com o que se apresenta no trabalho (Tema: 548): "[...] Os mecanismos de proteção e defesa de direitos e garantias fundamentais, notadamente as elencadas na Constituição da República de 1988. Discutirá sobre as garantias de o cidadão exigir dos agentes públicos a proteção de seus direitos [...]."

pelos princípios constitucionais, na reorientação do texto constitucional[4] em relação aos textos anteriores, estando os direitos humanos no centro do ordenamento jurídico brasileiro, numa notória reaproximação entre valores morais e o Direito.

Nesse contexto é que será analisada a proteção à criança e ao adolescente. Reconhecidos como sujeitos de direitos, ao longo do século XX passaram a ter uma proteção normativa mais eficaz no plano do Direito Internacional, como exemplo, a Declaração de Genebra (1924) já trazia em seu texto a "*necessidade de proclamar à criança uma proteção especial*". Na mesma linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), determinava para a criança "*o direito a atendimento e cuidados especiais*".

Um pouco mais assertiva, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (1959), trouxe como segundo princípio da Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente:

> A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei, por outros meios, de modo que possa se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Como corolários dessa proteção ampla do direito internacional, a Constituição de 1988 passou a introduzir os princípios do superior interesse da criança e do adolescente, da absoluta prioridade, dentre outros, concretizando normativamente valores que visavam uma proteção integral desses sujeitos, advindo diversos direitos subjetivos que passaram a ser implementados no direito interno.

Assim, passou a Constituição a atribuir deveres a fim de que esses direitos fossem efetivamente observados, criando obrigações à família, à sociedade e ao Estado, para que de forma solidária viessem a atuar de forma que os deveres fossem cumpridos, em prol da garantia dos direitos das crianças e adolescentes assegurados pelo art. 227 da Constituição Federal[5].

---

[4] Aqui há de se referir que há um texto clássico de Konrad Hesse, com tradução de Gilmar Ferreira Mendes, quando numa aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, defende a força determinante da norma constitucional bem como a eficácia do seu texto (Hesse, 1991). Inicia o texto fazendo referência (e criticando) a perspectiva de Lassale (2002), em conferência no ano de 1862 sobre a essência da Constituição, na qual relega a um plano muito secundário o texto constitucional, a partir do reconhecimento de uma força proveniente do poder político que se manifestaria pelos fatores reais de poder (fatores sociais, econômicos, religiosos, militares, etc.). Irá dizer Lassale, em sua obra "O que é uma Constituição?" (2002), que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim, questões políticas. Esse movimento de ideias ainda ressoa, com novas notas, no constitucionalismo contemporâneo. Uma espécie de tensão que o momento interpretativo pode e deve ajudar a superar.

[5] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Cumpre, também, referir o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, no que diz respeito especificamente a ao objeto da pesquisa,

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Da relação entre o Estatuto e a Constituição, infere-se que a proteção integral, com prioridade absoluta, assegurada a crianças e adolescentes, é uma responsabilidade que, além da família, também é atribuída à sociedade e ao Estado. Diretamente ligada à efetivação dos direitos fundamentais, tem especial relevo para a investigação nesse momento, as garantias que envolvem o princípio da prioridade absoluta: a precedência no atendimento de serviços de educação que tem como correlato a destinação privilegiada de recursos, como condição de efetivação dessas garantias.

Com intuito de no segundo capítulo analisar decisões paradigmas à luz do princípio da prioridade absoluta, considerando o significado projetado pelo art. 4º do ECA, traz-se aspectos importantes de modelos teóricos acolhidos pela dogmática e pelos tribunais que se encontram naquilo que se passou a considerar como nova hermenêutica constitucional.

Nesse passo, Müller (1938) passa a ser uma leitura fundamental, principalmente pelo contraponto importante ao normativismo kelseniano, lançando bases importantes ao processo interpretativo necessário à concretização dos princípios constitucionais. Müller irá identificar a necessidade de uma nova teoria da norma. O legado do positivismo científico[6] deixou muito evidente o termo "aplicar a lei", pois "tratou o texto literal desta como premissa maior e 'subsumiu' as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo [...]" (MÜLLER, 2008, p. 192), criando uma confusão entre norma e texto

[6] No ponto da obra de Kelsen que este trabalha com a norma como esquema de interpretação (Deutungsshema) ele traz: "Was diesen Tatbestand zu einem Rechts (oder Unrechts) Akt macht, das ist nicht seine Tatsächlichkeit, nicht sein natürliches [...]" (KELSEN, p. 3) Desde o início da obra Kelsen deixa claro este afastamento do ser, pois o que transforma um fato (suporte fático) num ato jurídico não é a sua facticidade. Esse fragmento poderia ser lido como outros diversos fragmentos da obra, mas de especial interesse a seguinte passagem: "[...] das Recht dem König Midas. So wie alles, was dieser berührte, sich in Gold verwandelte, so nimmt alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter an." (KELSEN, p. 282) Nessa passagem Kelsen assemelha o direito ao Rei Midas, dizendo que como tudo que ele tocava virava ouro, tudo que o que o direito se refere assume o caráter de jurídico. Nesses dois fragmentos fica caracterizado a ideia de uma norma que tem um potencial de produção de sentido por si só, algo que será objeto de questionamento por Müller e por toda uma tradição de pensadores.

normativo, especialmente ao não reconhecer o âmbito normativo como parte integrante da norma. A proposta teórica de Müller, no limite, vê aquilo que o positivismo chama de norma como um texto que pode ser identificado sob a forma linguística de norma. A norma possui uma amplitude que parte da forma linguística integrando o contexto de aplicação, um âmbito normativo mais amplo do que a compreensão de norma no sentido kelseniano (com a rigorosa distinção entre *sein* e *sollen*).

Segundo Müller, ao contrapor ser e dever-ser Kelsen elimina "toda e qualquer possibilidade de desenvolver meios concretos de interpretação e aplicação" (MÜLLER, 2008, p. 28-29). O monismo kelseniano, ao propor o recorte epistemológico entre linguagem e realidade, elimina qualquer normatividade dos conteúdos materiais no momento da aplicação do texto normativo. Na perspectiva de Müller, em Kelsen perde-se o âmbito da normatividade que, a seu juízo, não pode se tornar independente de fatores que integram a realidade e que participam da realização do direito. Percebe-se que Müller integra na teoria da norma aspectos da ordem do ser, construindo uma teoria estruturante do direito que, no confronto com a teoria de Kelsen, revela-se uma teoria impura do direito. (MÜLLER, 2007, p. 246 - 248)

Como se percebe, a teoria da norma jurídica de Müller vai se constituindo a partir da aproximação entre *sein* e *sollen*, uma composição entre texto linguístico e realidade. A estrutura da norma coloca em evidência as partes conceituais que integram a norma jurídica: o programa da norma (*Normprogramm*) e o âmbito da norma (*Normbereich*). Norma jurídica e texto da norma não são sinônimos. Nos códigos e nas leis temos textos ou formas ainda preliminares de norma jurídica. Há um construtivismo na concepção de Müller pelo qual a norma é construída através de um processo de concretização. Diferentemente de Kelsen, a diferenciação Normprogramm/Normbereich induz a conclusão de existência de elementos normativos cercando o texto e oriundos do âmbito normativo. Dito de outra forma, há uma exterioridade que também coparticipa do processo de construção da norma, uma realidade social subjacente que também produz comunicação e que o intérprete identifica como relacionada ao texto normativo.

A metáfora de Kelsen do Rei Midas não funciona nesse modelo, simplesmente porque a norma não está pronta, o texto é o programa da norma (Normprogramm). Com isso, a norma jurídica (*Rechtnorm*) surge fruto da reflexão do intérprete acerca dos elementos da realidade no processo de concretização (uma espécie de jogo entre programa e âmbito da norma). A finalização do ato interpretativo consiste em individualizar a norma jurídica (*Rechtnorm*), pois o passo final do jogo entre programa e âmbito será a construção da norma de decisão (Entscheidungsnorm), surgindo efetivamente a norma jurídica como algo materialmente

determinado. Intencionalmente, deixa-se de aprofundar os demais elementos da metódica estruturante[7] de Müller, pois servirá no atual momento da pesquisa [i] o conceito de norma e [ii] a abertura delimitada pelo âmbito da norma (porção da realidade atraída pelo texto normativo).

Como uma segunda linha auxiliar, também compatível com as interpretações no novo constitucionalismo[8], serão tratados conceitos do modelo proposto por Dworkin (1931-2013). Embora a sua produção teórica se dê num ambiente de *common law*, permanece uma referência na interpretação à luz de princípios, sendo o seu extenso trabalho também objeto de estudos e debates acadêmicos no Brasil[9], bem como a sua proposta tem sido recepcionado também no âmbito da jurisprudência, em especial na concretização dos princípios constitucionais.

Dworkin, elegendo interlocutor próprio, procurou demonstrar as insuficiências do positivismo a partir de discussões com Hart, identificando algumas insuficiências a partir da síntese das proposições centrais do positivismo (DWORKIN, 2011, p. 28-29): [i] o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade; [ii] o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com "o direito", de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra, então esse caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito", devendo ser decidido por um juiz, "exercendo seu discernimento pessoal"; [iii] dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa e que - na ausência de uma tal regra jurídica - o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discrição. Afirma que tais pontos são o esqueleto do positivismo e que a carne é distribuída diferentemente por diferentes positivistas.

Irá dizer Dworkin que o positivismo de Hart defende uma distinção entre os usos padrão ou os usos intrínsecos da palavra "direito" e os usos limítrofes e nebulosos dessa mesma palavra. Argumenta que o positivismo sugere que o acordo sobre o significado padrão da palavra casa, por exemplo, identificaria com rigor que as moradias separadas entre si das ruas de um bairro

[7] Müller apresenta os elementos da concepção de concretização em dois grandes grupos: [i] o primeiro, pelos elementos diretamente relacionados aos textos de normas; [ii] o segundo, por elementos não diretamente relacionados. Além dos elementos diretamente relacionados aos textos de normas os elementos do âmbito da norma, fazem parte do primeiro grupo as interpretações gramatical, histórica, teleológica, genética, sistemática. O segundo grupo, com função secundária no processo de concretização, possui elementos de técnica de solução e de política constitucional.

[8] Não se irá investigar as diferenças importante entre os dois modelos (Müller e Dworkin), porque não será importante no atual momento da pesquisa (fase inicial). Trabalhos futuros serão orientados por um dos dois modelos seguindo um rigor metodológico que corresponda as orientações epistêmicas correspondentes.

[9] Não é objetivo da pesquisa realizar um inventário dos trabalhos produzidos a partir dos conceitos tratados pelo jusfilósofo. Apenas referir os conceitos-chave que irão auxiliar na análise do caso. Há trabalhos desse articulista mais amplo sobre o pensamento de Dworkin, referindo principalmente pesquisadores brasileiros e estadunidenses a respeito da seu pensamento sob o viés do acolhimento da teoria e da crítica.

residencial de Londres são casas; porém, alguns diriam que o palácio de Buckingham é uma casa, enquanto outras não.

Dworkin refuta a apresentação do direito nessa perspectiva,

> [...] as pessoas sensatas não discutem se o palácio de Buckingham é ou não uma casa; elas entendem de imediato que essa não é uma questão genuína, mas apenas uma questão de como se escolhe utilizar uma palavra cujo significado não tem limites fixos, no seu sentido mais amplo. Se 'direito' é realmente como 'casa', por que os advogados deveriam discutir por tanto tempo se o direito realmente dá ao ministro do Interior o poder de interromper uma barragem quase pronta para salvar um peixinho, ou se a lei proíbe a segregação racial nas escolas? Como poderiam pensar ter argumentos favoráveis à decisão essencialmente arbitrária de usar a palavra em um sentido, e não em outro? Como poderiam pensar que decisões importantes sobre o uso do poder do Estado pudessem se transformar em um mero jogo de palavras? De nada adianta dizer que advogados e juízes são capazes de se enganar porque, na verdade, estão discutindo uma outra questão, a questão política de se o ministro deve ter esse poder, ou se os estados devem ser proibidos de praticar a segregação nas escolas. (DWORKIN, 2007, p. 50)

Claramente o que Dworkin resiste é a visão reducionista proposta pelo positivismo que afasta questões de política e de moralidade do âmbito da ciência do direito, sendo que Dworkin percebe que as discussões judiciais envolvem valores, contextos fáticos e extrapolam uma análise linguística que despreze a inteireza do contexto. Trazer Dworkin à colação reforça a ideia que ao logo da segunda metade do século XX o processo interpretativo identificou, de uma forma importante, as insuficiências do positivismo e procurou, ao mesmo tempo, reconstruir os processos de aplicação e interpretação do direito[10].

Em particular, nos interessa demonstrar uma distinção que Dworkin faz entre textos normativos que podem ser compreendidos como políticas ou como princípios, porque dentro de uma tradição liberal os princípios assumem uma dimensão de peso/importância que, na prática, devem resolver questões a favor daquele cidadão que demanda algo sob abrigo do campo semântico dos princípios. A distinção entre políticas e princípios, segundo Dmitruk (2018, pág.149) está no fato de que "argumentos de princípios falam sobre direitos que as pessoas têm em face do ordenamento jurídico e argumentos de política falam sobre objetivos coletivos que o estado pretende alcançar."

Trazendo as palavras de Dworkin (2002, p. 36), este define política como "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum

[10] Deve-se novamente referir a recepção pela teoria dos avanços da teoria da linguagem ao longo do século XX. Como exemplo, cita-se Ducrot que demonstra que o sentido não se deduz diretamente do texto linguístico, sendo necessário a ambientação do discurso para a compreensão do seu sentido, nas palavras: "[...] uma frase gramaticalmente assertiva (por exemplo, Faz frio") pode servir para afirmar, recordar, reprovar, cumprimentar, fazer um pedido, suplicar, etc. É necessário, então, conhecer não só a frase mas a situação em que ela é empregada para saber o que fez aquele que a enuncia." (DUCROT, 2020, p. 101)

aspecto econômico, político ou social da comunidade[11]". Sobre princípios, diz que se trata de "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social que considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade."[12]

A identificação dos princípios e de sua força normativa faz com que ele desenvolva dois conceitos importantes à concepção de direito que propõe: integridade e coerência. Irá dizer que a integridade não é apenas coerência (é mais e menos), se reduz a coerência do ordenamento jurídico, ela vai além, ao exigir que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade, na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por essa razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (2007, p. 264).

As consequências práticas da integridade na visão do jusfilósofo implicariam dizer que a integridade contribui para a eficiência do direito, uma vez que, quando as pessoas são governadas por princípios, os valores são considerados e o Direito passa a possuir um comportamento menos mecanicista, ou seja, pode expandir-se e contrair-se como um ser vivo, na proporção das exigências da sociedade e das circunstâncias. (DWORKIN, 2007, p. 227-229).

Ao conceituar a integridade, Dworkin deixa evidente a distinção estabelecida com a justiça e a equidade, demonstrando que os valores de uma comunidade implicam o alcance e o sentido da integridade:

> Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade. (DWORKIN, 2007, p. 314).

Assim, qualquer interpretação construtiva bem sucedida das práticas políticas deve reconhecer a integridade como um ideal político distinto, convertendo-se a integridade na chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas e do modo como os juízes decidem

[11] I call a "policy" that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political or social feature of the community. (Dworkin, 1977, p. 38).

[12] I call a "principle [...] a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. (Dworkin, 1977, p. 39).

os casos nos tribunais. A integridade vai além da coerência do ordenamento jurídico, dado que exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade[13], na correta proporção. (DWORKIN, 2007, p. 264).

Müller e Dworkin partindo de sistemas distintos, alinham-se em ataques ao positivismo (Kelsen e Hart, respectivamente), encontrando-se suas produções sob a rubrica de teorias pós-positivistas, capazes de tratar do objeto do direito sem os recortes dos modelos positivistas. Ambos são modelos que - nessa fase inicial do estudo - são importantes para a análise das decisões que levam a sério os princípios constitucionais. O repensar do processo interpretativo acompanha os avanços decorrentes da teoria da linguagem experimentado ao longo do século XX, sendo paradigmático na linguística os avanços que superaram a linguística estrutural (Saussure) e a linguística gerativa (Chomsky), passando-se a compreender a construção de sentidos a partir das manifestações linguísticas em situações concretas. Tal questão também encontra anteparo filosófico na filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein[14] (2015, 171-611).

Com evidentes influências dos avanços dos estudos linguísticos do século XX, os aportes de Müller e Dworkin servem a uma reflexão sobre a interpretação no direito, especialmente quando o novo constitucionalismo indica uma hermenêutica apta a concretizar princípios, exigindo uma metodologia e uma recursividade que não encontram sustentação em modelos positivistas (como os modelos de Kelsen e Hart).

3 DA TRANSIÇÃO DOS MODELOS PARA UM ESTUDO DE CASO [15]: O JULGAMENTO DO TEMA 548 (*LEADING CASE:* RE 1008166)

Nesse momento da pesquisa, utilizando conceitos centrais de Müller e Dworkin, especialmente a relação entre o programa e o âmbito da norma (Müller) e o conceito de integridade e coerência (Dworkin), a partir da decisão selecionada do Supremo Tribunal

[13] Para explicar os conceito no ato de aplicação do direito, Dworkin cria um juiz ficcional que chama de Hércules. Segundo Freitas (2009, p. 59): "O juiz Hércules [...] deve julgar o caso seguindo algumas etapas. Começa por selecionar diversas hipóteses que correspondem a melhor interpretação dos casos precedentes. Elabora uma interpretação com base em princípios competitivos, mas contraditórios, como uma lista parcial de interpretações. Verifica cada hipótese desta breve lista perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado aos veredictos dos casos precedentes se estivesse aplicando esta interpretação. Compara as razões com suas sólidas convicções políticas sobre o valor relativo de suas interpretações. E, por fim, descarta as interpretações impossíveis, chegando a melhor interpretação.

[14] Há uma boa tradução da Fudação Calouste Gulbenkian consultada para o presente trabalho (2015).

[15] Na página do processo do STF ainda não constavam o inteiro teor dos votos, sendo possível identificar alguns tópicos argumentativos dos Ministros a partir do que constou na página oficial do Supremo Tribunal Federal: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548

Federal, pretende-se identificar: [i] como os princípios foram utilizados para a fundamentação da decisão e, [ii] de que forma eles projetaram o sentido. No presente artigo, tem-se uma espécie de ensaio inicial para, num segundo momento, analisar novos casos a partir da metódica de concretização de Müller ou do modelo hermenêutico de sopesamento de Dworkin, sem perder a memória de que se tem uma redefinição de normatividade nas duas perspectivas.

Tratando-se de estudo qualitativo, elegeu-se uma caso recente sobre educação de crianças e adolescentes julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 22/09/2022, estando em discussão se o dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos de idade é de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional.

No sítio do Supremo Tribunal Federal consta a informação de recurso extraordinário[16] interposto pelo Município de Criciúma (SC) contra decisão colegiada do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC) que manteve obrigação à administração local de assegurar reserva de vaga em creche para uma criança.

Numa síntese dos argumentos da recorrente, diretivas políticas foram apresentadas no sentido de que não caberia ao Poder Judiciário interferir nas questões orçamentárias da municipalidade, não cabendo ao Judiciário impor aos órgãos públicos obrigações que onerem o ente público, considerando que as despesas são vinculadas, dependendo de orçamento previamente aprovado (argumentos de política, no sentido dworkiniano da expressão).

A questão foi debatida no Recurso Extraordinário (RE) 1008166, Tema 548 (repercussão geral), tendo sido sobrestados aproximadamente 30.000 processos que tratavam da mesma controvérsia. Em razão do impacto orçamentário, houveram pedidos de habilitação de inúmeras entidades. Em consulta ao processo, 16/09/2020, foram habilitadas na qualidade de *amicus curiae*[17] entidades representativas que demonstraram do o nexo de pertinência entre as finalidades institucionais da entidade e o objeto do feito.

Antes de examinar os argumentos utilizados, recorda-se que em 2021 a Segunda Turma já havia se posicionado a respeito dessa mesma questão utilizando argumento de princípio para responder o caso:

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 548. Recurso Extraordinário 1008166 de Santa Catarina. 22 de setembro de 2022. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176. Acesso em: 10 out. 2022.

[17] Município de Taboão da Serra (e-Doc. 27), do Distrito Federal (e-Doc. 30 e e-Doc. 35), do Município de Porto Alegre (e-Doc. 33) e das Defensorias Públicas do Estado da Bahia e do Estado de Tocantins, em conjunto com a Defensoria Pública do Ceará, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (e-Doc. 37 e e-Doc. 39).

> Ementa [18] : AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. ESCOLA PÚBLICA PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA AUTORA. MATRÍCULA. ISONOMIA. LISTA DE ESPERA. O ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPÕE À FAMÍLIA, À SOCIEDADE E AO ESTADO ASSEGURAR À **CRIANÇA**, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, O ACESSO À CRECHE E À ESCOLA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O administrador público não possui discricionariedade para deliberar sobre a conveniência da implementação da ordem constitucional. II – O tratamento isonômico que deve ser buscado pelo Estado é aquele no qual todas crianças e adolescentes estejam estudando em escolas próximas a suas residências, ampliando a oferta de vagas nas instituições de ensino públicas. Precedentes. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

No texto do voto que foi acompanhado pelos demais Ministros que compõem a Segunda Turma[19] (decisão unânime), constou que [i] sendo a educação um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o art. 227 da Constituição impõe à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o acesso à creche e à escola; [ii] assegurar à criança, com absoluta prioridade, o acesso à creche e à escola significa que o administrador público não possui discricionariedade para deliberar sobre a conveniência da implementação da ordem constitucional; [iii] o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, ´caput´). Nessa situação, o julgado afirmou que o direito à educação direcionado às crianças "qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *´facere´* ou em um *´praestare´*". Ato contínuo, a decisão aponta que o tem o dever de criar "condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, 'às crianças até 5 (cinco) anos de idade´ (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006)."

De se observar que o Tribunal em 2021 já acolhia a orientação de tratar o direito à educação a partir de uma leitura concretizadora dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta, num claro entendimento da necessidade de interpretar o texto constitucional criando a norma decisão que, no caso concreto, reconhece o direito da criança e cria um dever de prestação positiva para o Poder Público. Nada mais próximo ao que postula Müller ao defender que deve ser ampliado o campo normativo, especialmente quando o caso (âmbito do ser) deve ser considerado e ponderado em profundidade. Nessa linha, a

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1331397 – Distrito Federal. 25/10/2021. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6195511. Acesso em: 09 out. 2022.

[19] Participaram do julgamento os Ministros Nunes Marques (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski (Relator) e Edson Fachin.

concretização da educação precisa ser entendido como prioridade absoluta, uma garantia constitucional fundamental, com excesso de ênfase quando o sujeito de direito se tratar de uma criança ou adolescente. Na aplicação do direito, o campo semântico dos conceitos envolvidos se harmonizam, direito e dever se correlacionam quando a decisão final reconhece o direito subjetivo da criança à creche.

Retomando-se o Tema 548, destacam-se alguns argumentos utilizados, a fim de cotejar com as teorias pós-positivistas apresentadas[20]: [i] enfrentando os argumentos utilizados pelo recorrente, Luís Roberto Barroso observou que, como o direito à educação básica é uma norma constitucional de aplicação direta e imediata, uma decisão do Judiciário determinado o cumprimento dessa obrigação não pode ser considerada uma intromissão em outra esfera de poder, tendo ressaltado que muitos dos direitos constitucionais necessitam de prazo para sua concretização, para que se adequem às necessidades orçamentárias. Destacou no voto que "[...] passados 34 anos [da promulgação da Constituição], já não é razoável dizer que a realidade fática ainda não permite essa implementação".

Destaca-se um dos argumentos de Luís Roberto Barroso que atrai o contexto temporal, ao apontar que se passaram trinta e quatro anos, demonstrando que reconhecer a aplicação imediata não implica em interferência num outro poder, sublinhando que a realidade fática já deveria estar preparada para concretizar o direito à educação. Ponderações da ordem do ser são orientadas por teorias ora trazidas à análise, com especial destaque às críticas endereçadas aos positivismos (Kelsen e Hart), justamente pelo fato destas teorias positivistas sublinharem aspectos puramente conceituais em detrimento da construção de sentidos oriundos de reflexões que devem considerar a facticidade. Os argumentas apresentados por Barroso são efetivamente acolhidos pelas teoria de Müller e Dworkin, este último pelo fato de a decisão, ao final, reafirmar o direito à educação e os princípios subjacentes a esse direito fundamental, dentre os quais a prioridade absoluta da criança em termos de políticas. Dessa forma, a integridade e a coerência são mantidas, revelando que a aplicação direta do princípio ao caso também resguarda decisão anterior da Segunda Turma, respeitando também a história institucional recente.

Rosa Weber frisou que a oferta de creche e pré-escola é imprescindível para assegurar às mães segurança no exercício do direito ao trabalho e à família, em razão da maior vulnerabilidade das trabalhadoras na relação de emprego, devido às dificuldades para a

[20] Os argumentos são extraídos do site do STJ já referido, onde constaram fragmentos dos votos que permitiram a análise. No atual momento não foi possível acessar o inteiro teor dos votos; porém, como registrado na pesquisa, já havia posição definitiva da Segunda Turma (com possibilidade de acesso integral dos votos), tendo a decisão do Pleno se firmado na linha de orientação já delineada pela segunda turma em 2021.

conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. “Em razão da histórica divisão assimétrica da tarefa familiar de cuidar de filhos e filhas, o tema insere-se na abordagem do chamado constitucionalismo feminista”, disse. Na afirmação do direito à educação, pontuou Rosa Weber que o direito à educação básica não pode ser interpretado como discricionariedade e sim como obrigação estatal, imposta sem condicionantes, configurando omissão a falta da sua prestação. Na concepção da Presidente do Tribunal “[...] recursos públicos devem ser bem geridos e, consequentemente, utilizados na aplicação do direito à educação”.

Ao tecer considerações que levam em conta a vulnerabilidade das trabalhadoras, a Ministra traz para o campo semântico da concretização do princípio a perspectiva de gênero, demonstrando que a prioridade da criança também age concretizando um direito da mulher. O conceito de coerência entre os direitos envolvidos se mostra presente, em especial no jogo ampliado dos direitos envolvidos e harmonizados sob um *topoi* principiológico. Além de atrair o conceito de coerência de Dworkin, também mobiliza a relação programa e âmbito da norma (Müller), permitindo inferir que o contexto/realidade pode ser um auxiliar importante na construção da resposta mais adequada, sem se afastar do programa presente no texto da norma.

Não se deve deixar de considerar a afirmação de que “o direito à educação básica não pode ser interpretado como discricionariedade e sim como obrigação estatal, imposta sem condicionantes”, Rosa Weber está concretizando o princípio da prioridade absoluta, reafirmado a incidência no caso quando identifica que há omissão do município por deixar de atender um direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

Ao final, por maioria, apreciando o tema 548 da repercussão geral, o Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário e dava-lhe parcial provimento para determinar o retorno dos autos à origem para que reexaminasse o feito. Na sequência, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese:

> "1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.
> 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.
> 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica".
> Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 22.9.2022.

De se observar que o direito assegurado pelos texto constitucional, consubstanciado na formulação da tese acima, envolveu o reconhecimento de valores substanciais da sociedade

brasileira que, no momento da resolução do *leading case*, converteu-se em norma decisão. Essa é uma das contribuições de Müller. No mesmo sentido, Dworkin permitiria dizer que há correção na interpretação, pois coerente com respostas anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal (como demonstrado no ARE 1331397), além contribuir para a integridade do sistema, ao reconhecer que a educação básica em todas as suas fases constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, atribuindo eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta.

4 CONCLUSÃO

A análise dos julgados levou em conta conceitos extraídos de dois modelos teóricos que permitiram confrontar os argumentos em busca das respostas [i] sobre a concretização dos princípios analisados e [ii] sobre o nível de apropriação do Direito da Criança e do Adolescente à luz do tema escolhido. Registra-se que se trata de um primeiro movimento de pesquisa, experimentando-se confrontar modelos teórico com argumentos, com a finalidade de elucidar a extensão do sentido atribuído pela decisão e, a partir dessa primeira identificação, identificar a condição de eficácia do texto normativo.

Como o objeto da pesquisa foi o de identificar os níveis de eficácia da proteção integral de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, especificamente sobre o significado do conceito prioridade absoluta produzida pelo Supremo Tribunal federal no caso examinado, algumas considerações finais devem ser anunciadas:

1º O texto normativo do art. 227 da Constituição Federal trouxe os conceitos de proteção integral e de prioridade absoluta no tratamento da questão da educação envolvendo crianças, adolescentes e jovens; em complementação, o texto da Lei n.º 8.038/90 traz como garantia dessa prioridade constitucional a [i] precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública e a [ii] preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

2º O significado e o sentido das expressões linguísticas "prioridade absoluta" e "proteção integral" não estão dados integralmente no texto da norma, dependendo da concretização em diversas situações provenientes da realidade. Nesse caminho, a partir do caso em análise, a pesquisa identificou que a interpretação atribui eficácia aos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral. Retoma-se a principal tese da teoria estruturante de Müller: o texto da norma não se confunde com a norma jurídica, pois a norma jurídica é "construída" no processo de concretização. O *leading case* analisado pode ser considerado um exemplo privilegiado da teoria;

3º A partir do exame do caso, pode-se perceber que o debate sobre o direito à educação (creche e pré-escola) e a decisão que concedeu o direito às crianças, ponderou padrões normativos que envolvem políticas e princípios, demonstrando a prevalência do princípio que pode ser observado pela efetivação do direito fundamental à educação ao caso debatido, questão esta que encontraria solução semelhante na teoria de Dworkin;

4º A amplitude das considerações demonstram claramente a incorporação pelo direito dos avanços da teoria da linguagem, podendo ser identificado em ambas concepções (Müller e Dworkin). A decisão claramente demonstra que a questão constitucional debatida atrai questões sociais (contextuais, portanto) para a construção da norma, demonstrando claramente que o sentido depende da realidade, ou seja, a decisão deixa evidente que norma decisão não está pronta, pois provém de um processo de construção no âmbito dos debates no Tribunal Pleno.

Como resultado, identificou-se que no caso estudado os direitos da criança e do adolescente foram suficientemente apropriados, tendo a decisão concretizado os princípios, podendo-se sustentar a correção da decisão a partir de qualquer das teorias apresentadas. Denota-se, também, nem sempre de forma explícita, a influência de modelos pós-positivistas no ato interpretativo, demonstrando-se que tradições distintas, de diferentes modos, permitem dar densidade e sentido a textos que possuem uma ampla abertura (tais como os examinados, proteção integral e prioridade absoluta). Embora existam espaços para a crítica, o caso examinado é uma prova do êxito da hermenêutica constitucional contemporânea, esta que vem se constituindo numa ferramenta importante para a aplicação do texto constitucional, destacando-se nesse início de estudo a importância da jurisdição constitucional e da nova hermenêutica na efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BAUER, Martin W.; AARTS, Bas. A construção do corpus: um princípio para a coleta de dados qualitativos. In: BAUER, Martin; GASKELL, George (org.). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som. Petrópolis: Vozes, 2002.

BARROSO, L. Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 548. Recurso Extraordinário 1008166 de Santa Catarina. 22 de setembro de 2022. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1331397 – Distrito Federal. 25/10/2021. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6195511. Acesso em: 09 out. 2022.

D'ÁVILA FREITAS, E. **A interpretação constitucional e dos direitos fundamentais na visão de Gomes Canotilho**. Dissertação de Mestrado - Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

DUCROT, Oswald. **O dizer e o dito**. Tradução de Eduardo Guimarães. 1ª Ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2020.

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

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge, USA: Harvard University, Press, 1977.

GARCIA, J. R. C. **Direito Constitucional e teoria da decisão: a razão prática e suas implicações aa construção das respostas**. Disciplinarum Scientia. Série: Sociais Aplicadas, Santa Maria, v. 15, n. 1, p. 63-80, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verl. Österreich, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direto**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludiwig. **Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas**. 6. ed. - Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.