

Do Estado de Direito à Constituição Econômica para efetividade do direito social para a primeira infância

*Newton Cesar Pilau**

Resumo

O presente artigo aborda a efetividade do direito social para a primeira infância, partindo do estado de direito, da Constituição e da democracia até a imperiosa necessidade de compreender a constituição econômica como instrumento de efetividade de direitos.

Palavras-chave: Direito social. Primeira infância. Constituição econômica.

Introdução

Este trabalho aborda o direito social à educação na primeira infância no Brasil ao estabelecer a relevância da formação do estado de direito, da Constituição, da democracia, do estado democrático e social de direito, da constituição econômica e do orçamento público como mecanismo de efetividade de direitos fundamentais, ao exigir gestões públicas de qualidade e voltadas à esfera do atendimento das demandas sociais.

Do estado de direito ao estado democrático de direito e social

O estado de direito, no período moderno, tem sua justificação assentada na superação da legitimidade para a legalidade fundada na liberdade política e na possibilidade de participação dos cidadãos na instância do poder, embora manejados pela classe burguesa com os instrumentos da ciência fornecidos pelo direito

Recebido em: 02/07/2016 | Aprovado em: 04/08/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i3.6238>

* Especialista em Direito Político pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: newton@univali.br

e pela economia nos tempos da Revolução Industrial. Em sua formulação há a obrigação de reunir diversas garantias formais que devem ser proclamadas por uma Constituição que enalteça a divisão dos poderes e o princípio de legalidade, como também os princípios materiais, uma vez que a primazia da norma repousa na expressão da vontade geral e na imediata direção da defesa dos direitos e das liberdades dos cidadãos. Pode-se ainda afirmar que as formulações iniciais do estado de direito (no século XVII) têm como referências a síntese ideária liberal, a noção de legalidade para a defesa dos direitos individuais e a ideia democrática, assentada na concepção da lei como produto da vontade geral.¹

Outro ponto relevante, para a formação do estado de direito, revela-se na necessidade de buscar uma fonte de validade para o ordenamento jurídico que circunda sempre no dado fático de uma significação normativa, enquanto que se pode buscar a solução no ordenamento democrático de um estado de direito com base no princípio da soberania popular. Esse princípio atua como ponto de conexão entre a legitimação axiológica e sociológica do sistema e suas próprias regras de funcionamento normativo. A título de exemplo, tem-se o sistema cibernético, caracterizado por Luño, nos seguintes termos:

[...] al apuntar que la soberanía popular actúa como la orientación de un “input” óptimo para maximizar cuantitativamente la participación popular en el proceso político y, a la vez, de output óptimo en el sentido de maximizar la calidad de las decisiones y respuestas normativas. De este modo, el principio democrático de la soberanía popular cumple el papel de: fundamento axiológico de la legitimidad del sistema por asumir los Grundwerte comunitarios; de garantía sociológica de su eficacia porque existe la razonable probabilidad de que la participación asegure la aceptación y cumplimiento del output normativo; y de parámetro formal, porque el proceso participativo no se realiza arbitrariamente a través de un puro decisionismo, sino respetando los cauces normativos constitucionales que, como se ha visto, articulan la estructura operativa de la soberanía popular en el Estado de Derecho.²

Nesse sentido, Fioravanti estabelece a premissa basilar do estado de direito, em que a melhor garantia para os direitos dos indivíduos é dada pelo próprio sistema, cujos direitos passam a estar solidificados e confiados a “la ley del Estado soberano, disciplinada por reglas constitucionales que garantizan que en su formación concurren poderes limitados en si ya que no son expresión de ningún principio político dominante, ya que son consciente de ser sólo y exclusivamente poderes del Estado”.³

¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 278.

² LUÑO, 2001, p. 208.

³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 141.

Durante o estado liberal de direito, que perdurou até o século XIX, as Constituições tinham a missão de assegurar os direitos individuais, o que, para Vannossi, era “el medio es la organización, la división del poder, para asegurar mejor los derechos individuales, que es el fin. Es decir, se fragmenta el poder para delimitarlo, para controlarlo”.⁴ Para Bertaso, o estado liberal teve o ideal inicial de garantir as liberdades e proteger os indivíduos das forças corporativistas. Configurou-se como protetor dos direitos, possibilitando a segurança jurídica por meio do Poder Judiciário, inicialmente, para garantir os negócios e a propriedade. Com referência à cidadania, o estado liberal limitava-se à proteção dos direitos dos indivíduos, abstendo-se de intervir na vida privada, e assegurava a livre ordenação da sociedade civil. No estado social, a cidadania civil e a política transmudam-se para cidadania social.⁵

Assim, com a superação do estado liberal de direito, impõe-se o estado social de direito (a partir do século XIX), quando são incorporadas modificações teóricas e práticas, justificado pela necessidade de responder diretamente às necessidades substanciais das classes subalternas emergentes, conduzindo o Estado a uma gestão direta da ordem social e econômica. Böckenförde afirma que o estado social invade a construção do estado de direito e o conceito de lei como norma geral é retirado, colocando-se em ação as chamadas leis medidas, de natureza jurídica especial, que se constituem instrumento necessário para o legislador que “interviene en la economía y la sociedad configurando, dirigiendo o promovendo objetivos propios del Estado social”.⁶

Dentre as principais mudanças operativas no estado social está o fato de atribuir aos poderes públicos:

[...] la consecución de la procura existencial (Daseinsvorsorge); es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no solo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural. Ao próprio tempo, el Estado social de Derecho pretende asumir el cometido de reestructurar y equilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal, lo que hace que haya podido ser denominado *Steuerstaat*.⁷

⁴ VANOSS, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Editora de Palma, 1975, p. 9.

⁵ BERTASO, João Martins. As políticas neoliberalizantes e a cidadania social. *Seqüência*, Florianópolis, v. 20, n. 38, p. 9-28, 1999. ISSN 2177-7055.

⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 38.

⁷ LUÑO, 2001, p. 224.

Nesse viés estabelecem-se as premissas basilares do estado democrático de direito no Brasil que, notadamente, é também social de direito como se verifica de forma evidente no artigo 3º da Constituição de 1988,⁸ que propõe como objetivos da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, impondo maiores considerações com base no conceito de democracia.

Para Pisarello, democracia constitui-se como:

[...] una lucha heroica que ha de ser renovada sin interrupción ni descanso contra poderosos obstáculos. Estos obstáculos varían y en ciertas épocas pueden llegar a ser particularmente amenazadores. Las nuevas declaraciones de derechos son parte de la lucha para dominarlos y removerlos.⁹

Importa acrescentar que o conceito de democracia que se pretende é o de democracia substancial ou social, proposta por Ferrajoli, em que “o ‘Estado de Direito’ dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e Democracia formal ou política o ‘Estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade¹⁰.”

Constata-se que a democratização substancial das sociedades inigualitárias não decorre, pois, mecanicamente, da simples ampliação do sufrágio popular. É mister, antes de mais nada, atacar as fontes do poder oligárquico, que se encontram na própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente as de restrição à instrução popular e ao monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante.¹¹ Para Bobbio,¹² a democracia substancial diz respeito ao conteúdo da forma da democracia formal, tornando sua realização um implemento de consolidação democrática.

Considerando-se o Brasil um estado democrático e social de direito, buscam-se, a exemplo do Estado alemão, características relevantes de sua forma

⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. (Constituição). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 2.

⁹ PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014, p. 183.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 328.

¹¹ MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 14-24.

¹² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 157.

quanto à efetivação dos direitos. Por certo, a atual Constituição alemã faz referência ao estado prestacional e ao princípio das prestações estatais, que são chamados de princípios do estado social, e que servem para apresentar os indivíduos em forma de Constituição viva e vital, próprias do estado de direito, empreendendo máximo vigor, quanto às suas obrigações prestacionais.¹³

É esse direito social de prestações do Estado aos indivíduos que determina o real estado social de direito, que só se torna fundamental e efetivo quando reconhecida sua dimensão social. O direito social não se reduz a um plano técnico ou normativo tradicional. Seu valor jurídico exige um proceder de cooperação, comunicação, participação e organização em que o objeto da legislação é o reconhecimento da necessidade de atendimento a determinadas demandas, como o direito à educação (na primeira infância). Ainda merece o realce que:

Por ello siempre ostentan un carácter próprio, carácter organizador, planificador, directivo y dirigente, y se hallan siempre “abiertos”, siendo, no obstante, menos normativos y sobretudo menos densos que el *ius cogens*, debido en parte a su próprio y siempre necesario “margen de elasticidad”, margen como es sabido, requerido para su gestión por la Administración. Mediante ellos el legislador busca frente a los derechos fundamentales *stricto sensu* menos su carácter normativo y más su carácter instrumental o, si quiere, su propia instrumentalización y procedimentalización, así como una mayor capacidad de adaptación a situaciones en cambio permanente, finalmente, llaman también la atención por sus continuas referencias a lo social. De ahí que la tarea del legislador sea la de captar muchas de las relaciones normativas surgidas espontáneamente de la floresta administrativa, reconduciéndolas a una base de competencias funcionales abiertas, debido a que “toda relación jurídica calificable de prestacional encierra potencialmente una relación constitucional”.¹⁴

Se, como apontado, o legislador tem de auxiliar de forma positiva para a efetividade dos direitos fundamentais, é coerente afirmar que a norma jurídica orçamentária é que vai possibilitar a efetividade do direito social à educação na primeira infância.

Tendo-se, portanto, a perspectiva de um estado democrático de direito e social, pode-se ainda justificar a necessidade de ter-se a norma como instrumento para a efetividade dos direitos sociais propostos neste trabalho, que é concebido por um sistema constitucional, um dos marcos que definem ordenamentos jurídicos evoluídos, traduzindo-o na garantia da segurança jurídica. Com essa sistemática, permite-se verificar conceitos, interpretar seu texto e laborar pela

¹³ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*. Traducción Emilio Mikunda-Franco. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 164.

¹⁴ HÄBERLE, 2013, p. 164.

aplicação do direito, fundamentado em critérios precisos e rigorosos, e não mais nas mãos do arbítrio e do azar. Esse sistema constitucional transmite a ideia de ordem e regularidade, imantando e projetando-se sobre o ordenamento jurídico, estabelecendo direitos e liberdades como um sistema que alicerça os direitos fundamentais.¹⁵

O constitucionalismo no marco do estado democrático de direito

O constitucionalismo é considerado a partir do final do século XVIII, reunindo doutrinas que buscavam no horizonte da Constituição dos tempos modernos os aspectos concernentes a limites e garantias.¹⁶ A primeira carta constitucional que apareceu na América foi em 1787 e na Europa, elaborada entre 1789 e 1791, revela-se a Constituição francesa de 1791. Essa Constituição apresenta algumas diferenças, tendo por principal, a oposição entre o regime republicano e monárquico, uma vez que a monarquia já era, na França, um regime de aparência e a situação do rei era mais debilitada do que a de um presidente ou governador, embora ambas estivessem assentadas na soberania popular.¹⁷

Porém, Fioravanti enfatiza que as constituições que inauguram o constitucionalismo moderno-contemporâneo são por natureza constituições pluralistas e contra toda a tradição inaugurada por Rousseau. Sobre o tema, Kelsen afirmou que a Constituição democrática não é democrática por ter sido almejada pela soberania popular, com o exercício do poder constituinte originário, compreendido como sujeito revelador da existência das constituições, como verdadeira abstração, por não corresponder de maneira alguma às experiências concretas do século XX.

Assim, as constituições do século XX que possuem pretensões democráticas não são derivadas da vontade de um sujeito ou pessoa, consideradas como resultado de suas próprias eleições, mas, sim, democráticas, porque são constituições sem autores e resguardadas dos perigos da vontade de algum indivíduo no poder. As constituições são democráticas quando não têm donos e negam

¹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011, p. 136.

¹⁶ FIORAVANTI, 2001, p. 85.

¹⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros: Comares, 2000, p. 515.

interpretações conforme a vontade de um soberano que se coloca como titular originário do poder constituinte.¹⁸

Conveniente, ainda, destacar a necessidade de recompor as fraturas que ocorrem no constitucionalismo e na democracia e que as constituições da segunda metade do século XX nascem do poder constituinte, assentadas na vontade popular, com o legislador como intérprete e representante da maioria e da vontade do povo. Desde então, a fórmula de democracia constitucional, com o valor constitucional de suas instituições e a ideia de limitar a política dos poderes pela força normativa da Constituição por mecanismos, como o controle de constitucionalidade, passou a efetivar os direitos fundamentais, embora possam ocorrer, neste novo século (XXI), tensões inevitáveis, e:

La primera de ellas, la única que puede ser mencionada aquí como conclusión, afecta a la relación entre los sujetos protagonistas de este equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, por una parte, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los Tribunales constitucionales, por otro. El mantenimiento y la progresiva consolidación del equilibrio presupone que los unos adviertan la tentación de invadir el campo de los otros, y viceversa. No siempre es así en la vida real de nuestras Democracias constitucionales, en las que sin embargo es recurrente la intolerancia de la política frente a los vínculos y los límites de orden constitucional; pero también, en otra parte, con frecuencia a causa de las faltas y de los incumplimientos de la misma política, existe una difusa tendencia a extender de manera considerable el papel de los jueces y, en particular, el control de constitucionalidad. Desde nuestro punto de vista es suficiente saber que las constituciones que tenemos presuponen este tipo de equilibrio que las caracteriza, desde el punto de vista histórico, como formas específicas y definidas de constitución, distintas de las constituciones revolucionarias fundadas sobre el poder constituyente del pueblo soberano, pero también de las constituciones estatales y parlamentarias del siglo XIX. Si ese equilibrio se rompiera, con él caería también el tipo histórico de constitución que se hay afirmado en la segunda mitad del siglo XX. El nuevo siglo buscaría entonces una nueva forma constitucional, como otras muchas veces hay sucedido a lo largo de la historia.¹⁹

O desiderato constitucional não pode mais se justificar somente pelas constituições advindas do poder constituinte e da soberania popular, mas, sim, quando marcados pelo equilíbrio, dando: a) maior força ao controle de constitucionalidade, com a inclusão do cidadão como novo legitimado para a proposição de ações judiciais, nesta seara. É ainda Fioravanti que discorre sobre *El Federalista* (que será explicitado em espaço adequado neste artigo), motivado

¹⁸ FIORAVANTI, 2001, p. 155-156.

¹⁹ FIORAVANTI, 2001, p. 163-164.

pela fala de Madison e Hamilton, justificando o controle de constitucionalidade das normas, porque o Legislativo, que é considerado o poder mais temível de uma Constituição republicana, faz as leis, institui tributos e, por vezes, pensa ser realmente o povo, sentido-se como poder verdadeiro, poder constituinte originário, tornando os demais poderes subservientes à criação da norma. Por certo, o controle de constitucionalidade é indispensável para a proteção dos direitos fundamentais e das minorias, e como Hamilton afirma, dos possíveis atos arbitrários de legisladores e de maiorias políticas, mas também com a finalidade de impedir que um dos poderes, entre eles, o Legislativo, que é o mais forte, possa aspirar e representar todo espaço da Constituição, “identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, actores e instrumentos de a quel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recebido del pueblo soberano mediante la constitución”²⁰; b) maior cobrança aos sujeitos elencados no artigo 103 da Constituição federal de 1988²¹ na atuação e defesa dos direitos fundamentais; c) uma atuação mais efetiva e célere do tribunal constitucional brasileiro, para que reconheça prioridade no trato de questões vinculadas aos direitos fundamentais e obrigue o Estado a cumprir com os objetivos republicanos, realizando o pacto federativo.

A ideia do constitucionalismo democrático surge de uma nova compreensão com base no poder constituinte, o que permite “actuar como una pieza más de una lucha persistente, siempre incompleta, por la distribución y el control del poder político, económico y cultural, frente a formas oligárquicas y despóticas de dominación, que no son naturales, ni resultan inevitables”.²²

Embasado no preceito constitucional, importa ressaltar que na atualidade o termo Constituição pode ser entendido como uma ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, sendo:

²⁰ FIORAVANTI, 2001, p. 108-109.

²¹ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” BRASIL, 2014, p. 45.

²² PISARELLO, 2014, p. 183.

La Constitución es la resultante de un proceso de confluencia entre las diferentes fuerzas políticas del Estado, que se constituyen, que forman un orden constitutivo, alcanzando un consenso acerca de las cuestiones básicas que afectan la convivencia social, forma de Estado, sistema político, división del poder y protección de los derechos fundamentales. Este acuerdo, textualizado, se protege, mediante mecanismos e instituciones que garantizan su supremacía.²³

Constituição, portanto, é um elo de convivência social que transmite a todos as responsabilidades do porvir, tendo como objetivos os anseios contemporâneos de uma sociedade. De outro modo, para Smend, a Constituição é a ordenação jurídica do Estado “de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal y normativa de aspectos determinados de este proceso”.²⁴ E mais, a Constituição do Estado “comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción, y en fin la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado”.²⁵

Com fundamento em fontes históricas, quanto ao conceito de Constituição, Fioravanti afirma que para aspirar a ser uma verdadeira Constituição que represente de maneira autêntica a unidade política, é importante distingui-la em sua origem. Para o autor, a máxima fundamental formula-se do seguinte modo:

[...] la constitución, a la que se debe tender, no es jamás la constitución de los vencedores, no puede y no debe tener un origen violento. Aquí, exactamente, se produce la extraordinaria invención del mito de la *patrios politeia* de la constitución de los antepasados. Esta constitución no tiene un origen violento ni unilateral, sino compositivo y plural. No nace de la imposición de un principio político vencedor, por ejemplo el democrático, sino de la pacífica y progresiva formación de una pluralidad de fuerzas y de tendencias. Es significativo cómo en este distinto contexto argumentativo Platón recupera la tan detestada Democracia, ya ahora ella es sólo una de las componentes de la constitución mixta, se comienza a dar respuesta a la crisis, a la necesidad de seguridad y de estabilidad, a indicar la prospectiva constitucional de la conciliación.²⁶

Estabelecida a definição de Constituição, urge afirmar sua condição suprema e rígida no ordenamento jurídico. Quanto à supremacia constitucional,

²³ CALLEJÓN, María Luisa Ballaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 17.

²⁴ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 132.

²⁵ FIORAVANTI, 2001, p. 141.

²⁶ FIORAVANTI, 2001, p. 22.

tem-se ciência que “en ámbito jurídico expresa, ante todo, que las normas que emanan de este poder superior son inmunes a cualesquiera otras normas o decisiones procedientes de los poderes constituídos”.²⁷ Concernente à rigidez constitucional, afirma-se que “no atiende al principio de supremacia formal sino a la exigencia de estabilidad de sus normas”.²⁸

As garantias constitucionais: o direito à educação na primeira infância

Tão importante quanto os conceitos apresentados anteriormente, apresenta-se a legalidade constitucional como relevante limitador de atuação dos poderes constituintes, responsáveis por alterações constitucionais, que estabelecem que a “legalidad constitucional, de una legalidad superior a la ordinaria, que puede así limitar la potestad del mismo legislador”.²⁹

No que se refere à hierarquia estabelecida no ordenamento jurídico e tendo como ponto inicial de uma teoria geral da Constituição:

[...] la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de las denominadas “normas constitucionales inconstitucionales” (verfassungswidrige Verfassungsnormen, en la terminología de la doctrina alemana), con lo que se intenta subrayar la primacía hermenéutica de los valores, hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales que contradigan su sentido.³⁰

Tais afirmações constituem-se sólidos argumentos para a defesa dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos à educação (direito social à educação na primeira infância), inseridos no artigo 208, IV, da Constituição de 1988,³¹ que estabelece também a premissa de que esse direito é exposto de forma expressa. Por isso, quando se examinam as atividades da administração pública, essas determinações não podem ser esquecidas ou não utilizadas de forma efetiva. Se, por um lado, servem para o exercício do poder e permanência na esfera administrativa, por outro, revela a força da norma que deve ter uma prerrogativa constitucional. Considera-se que a atividade das administrações

²⁷ SABATER, Jose Asensi. *La época constitucional*. Valencia: Tirant ló Blanch, 1998, p. 251.

²⁸ SABATER, 1998, p. 253.

²⁹ FIORAVANTI, 2001, p. 162.

³⁰ LUÑO, 2011, p. 58.

³¹ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. BRASIL, 2014, p. 71.

públicas, em matéria de proteção da criança, é relevante, pois “esto es, investidas de la tradicionales prerrogativas que el ordenamiento les atribuyen para servir el interés general, en esto caso la protección de la infancia y del interés superior de los menores”.³²

Quando se pensa em norma constitucional, deduz-se imediatamente que os poderes constituídos devem atuar em benefício do direito à educação, em especial na primeira infância, porque os poderes públicos existem enquanto a Constituição os constituir. Por esse motivo, a Constituição é o limite de atuação do poder estatal e a Carta Magna também limita a atuação da administração e do parlamento.³³ Espera-se, ainda, que na tarefa de se efetivar os direitos, existam defensores da Constituição, e que os órgãos competentes defendam-na contra toda violação, preservando sua integridade.

Garantia constitucional significa que os ditames constitucionais não devem ser transgredidos, é por isso que a Constituição “confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser juez de su propia causa”.³⁴

Miranda entende a garantia como virtualidade e integra o conceito de norma jurídica, que na realidade é a efetividade da norma que se vincula à garantia e à “virtualidade que qualquer norma tem de receber baseada na necessidade de observância (ou de um grau satisfatório de observância) sem o qual não tem razão de ser. A norma por natureza pode não ser cumprida, mas por natureza pode (ou deve) ser garantida”. Ademais, no presente tema verifica-se que o direito à educação (na primeira infância) revela-se como a norma constitucional substantiva, passível de ser infringida por ação ou por omissão dos poderes constituídos, e o seu não cumprimento revela uma inconstitucionalidade sujeita à garantia de constitucionalidade.³⁵

Quando a norma jurídica constitucional do direito à educação (na primeira infância) não é garantida, constata-se que a Constituição está sendo desrespeitada em seus valores. Valores constitucionais que se comportam no contexto axiológico fundamentador ou básico para “la interpretación de todo el ordena-

³² TESO, Ángeles de Palma del. *Administraciones públicas y protección de la infancia*. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 18.

³³ BALLE, José M. Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex, 2000, p. 115.

³⁴ KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* Traducción de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995, p. 5.

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 715-716.

miento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad”.³⁶ E assim, constatada violação do texto constitucional o qual se dá quando:

[...] se trata del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla. Esto puede tener lugar de una manera inmediata o mediata. La violación de una ley promulgada sobre la base de la Constitución, por ejemplo, es una violación constitucional mediata, aun cuando el carácter general del cumplimiento de la ley sea exigido por la Constitución. Si trata de instituciones para la defensa de la Constitución, naturalmente sólo se tiene consideración en la defensa contra las violaciones directas. Los órganos de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la Constitución. El reclamo político-jurídico de garantía de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho.³⁷

No mesmo viés, quando se identifica a violação constitucional em direito fundamental que deve ser garantido, é necessário interpretar o direito conforme a Constituição, estabelecendo uma dupla presunção: “subjettiva de que el legislador realizo su función dentro de los límites constitucionales (favor legislatoris); y objetiva de que la ley se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución (favor legis)”.³⁸ Nesse sentido, os princípios asseverados por Luño, quanto à interpretação constitucional são: unidade, funcionalidade e efetividade.

A unidade é o postulado em que o conjunto de normas constitucionais forma uma totalidade, obrigando a não contemplar as normas constitucionais como ilhas, remetendo à necessidade de coerência, que impõe a falta de contrações ou contradições entre as diferentes partes (regras) que compõe o todo ou o sistema constitucional.³⁹ Para que a unidade seja concreta, é necessário ter coerência constitucional que se explica pelo princípio de concordância prática, no ensejo de que os bens jurídicos, protegidos pela Constituição, devem ser relacionados à solução dos problemas interpretativos de maneira que cada um se conserve, resultando na exigência da ponderação dos bens para dar solução aos litígios

³⁶ LUÑO, 2001, p. 542.

³⁷ KELSEN, 995, p. 3-4.

³⁸ LUÑO, 2001, p. 280.

³⁹ LUÑO, 2001, p. 276.

que possam ocorrer entre os diversos valores e interesses tratados pela norma constitucional.⁴⁰

A funcionalidade é o princípio que obriga o intérprete a respeitar a Constituição como um marco em que a distribuição de tarefas e funções estatais, previstos em seu texto, operando no plano extrínseco quanto à competência entre os órgãos do Estado, e intrínseco, quando o intérprete do direito está impedido de exceder o marco das funções que lhe são próprias, como acontece em um tribunal constitucional, o genuíno intérprete da Constituição, que deverá respeitar suas competências correspondentes em conformação com a concreção dos direitos.⁴¹

A efetividade é relevante para o exercício pleno dos direitos fundamentais e é fundamento para a realização do direito à educação (na primeira infância), dirigindo ao intérprete as obrigações de otimizar e maximizar os preceitos constitucionais, sem distorcê-los, tornando-os ainda plenos e duradouros.⁴² Denota-se que a interpretação constitucional funciona como verdadeira possibilidade de integridade constitucional para a sociedade e suas demandas sociais, possibilitando sempre uma concretização dos direitos em estados democráticos e sociais de direito.

Dessa forma, poder-se-á chegar a uma boa Constituição, quando ela é ordem fundamental e a ordem é marco. Isso é possível se a Constituição ordena e proíbe alguma coisa, gerando esse marco e se, em um segundo momento, confia outros aspectos à discricionariedade dos poderes públicos, deixando-a aberta para margens de ação e, por último, se suas proibições e mandatos resolvem questões fundamentais para a sociedade, que podem e devem ser decididas por uma Constituição,⁴³ como no caso do direito à educação (na primeira infância). Nesse caso, pode-se entender que os atores sociais que participam do espaço público têm de internalizar a prioridade e efetivação desse direito, não deixando espaço para a mera discricionariedade, subjetividade ou irracionalidade da administração pública do magistrado ao utilizar ou não os critérios da reserva do possível ou das normas programáticas quando em detrimento das crianças.

⁴⁰ LUÑO, 2001, p. 277.

⁴¹ LUÑO, 2001, p. 278.

⁴² LUÑO, 2001, p. 278.

⁴³ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 30.

Sob outro viés, não se pode deixar na mão dos governantes o recebimento das normas constitucionais como se fossem normas em branco, fadadas ao critério subjetivo de aplicação ou não. Nessa seara, Häberle afirma que:

[...] es dentro de la problemática de protección y garantías que ostentan los derechos fundamentales, ya que algunas normas de gobernabilidad contienen o, mejor dicho, están establecidas como normas en Blanco, lo que las hace acaso difícilmente justificables. He aquí donde puede hacerse efectiva cualquier protección jurídica “previa” respecto de procedimientos de participación relativos a garantías constitucionales, algo que la legislación ordinaria no suele prever.⁴⁴

Dentro da tipologia das normas constitucionais, Häberle comenta que “una ley de planificación (*Plangesetz*) cuyo núcleo clásico gira en torno al presupuesto público [...] en las Democracias sociales puede significar una ampliación del ámbito de las libertades”.⁴⁵ A consequência jurídica e conceitual da lei de planificação e orçamento revelaria o critério objetivo dos atores públicos em exercer suas gestões com vínculo ao cumprimento da norma jurídica, não restando a sua discricionariedade o descumprimento.⁴⁶

Com isso, agrega-se valor ao estado democrático de direito e social, como no caso do Brasil, e presta respeito à visualização da Constituição econômica, reveladas pelo plano plurianual, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária anual, e, que na realidade representam suporte para a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente, na esfera de atuação do direito à educação (na primeira infância) e demais direitos sociais.

Considerações finais

Assim, constatou-se que o estado de direito e suas vertentes liberal e social, que por sua vez, apresentam a condução do Estado para uma gestão direta da ordem social e econômica, na qual atribui aos poderes públicos a responsabilidade da administração pública pela tarefa e proporcionar as prestações necessárias para o pleno desenvolvimento pleno da criança, não somente pelas liberdades tradicionais, mas pela imposição de atendimento aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. É esse direito social de prestações do Estado aos indivíduos que determina o real estado social de direito, que só

⁴⁴ HÄBERLE, 2013, p. 168-169.

⁴⁵ HÄBERLE, 2013, p. 166.

⁴⁶ HÄBERLE, 2013, p. 168.

os tornam fundamentais e efetivos quando reconhecida sua dimensão social. O direito social não se reduz a um plano técnico ou normativo tradicional. Seu valor jurídico exige um proceder de cooperação, comunicação, participação e organização em que o objeto da legislação é o reconhecimento da necessidade de atendimento a determinadas demandas, como o direito à educação na primeira infância.

Para tanto, verificou-se o constitucionalismo que a partir do século XX retrata constituições democráticas, sem autores e resguardadas dos perigos da vontade de algum indivíduo no poder. Democráticas porque não têm donos e negam interpretações conforme a vontade de um soberano que se coloca como titular originário do poder constituinte. Nesse contexto, caracteriza-se a democracia como uma luta cotidiana e perpétua contra obstáculos estabelecidos por quem não queira mantê-la, e que seja também substancial como método de produção de concretude de direitos fundamentais. Por Constituição, denota-se que é um elo de convivência social que transmite a todos as responsabilidades do porvir, tendo em seu norte os anseios contemporâneos e oxigenados de uma sociedade. Quando se pensa em norma constitucional, deduz-se imediatamente que os poderes constituídos devam atuar em benefício do direito à educação na primeira infância, porque eles existem enquanto a Constituição os constituir. Por esse motivo, a Constituição é o limite de atuação dos poderes públicos do Estado. Como resultado, a Constituição também se constitui no limite de atuação da administração e do parlamento.

Constatar que o direito social à educação na primeira infância é garantia constitucional, significa dizer que os ditames constitucionais não devem ser transgredidos e que a garantia é tratada como virtualidade que integra o conceito de norma jurídica, que, na realidade, é a efetividade da norma baseada na necessidade de observância sem o qual não tem razão de ser. A norma, por natureza, pode não ser cumprida, mas, também, por natureza, pode (ou deve) ser garantida. Em contrário, quando violada a norma constitucional, é um direito fundamental que deve ser garantido, abrem-se possibilidades de interpretação do direito, conforme a Constituição, e é estabelecida uma dupla presunção: a) subjetiva, quando verifica se legislador realizou sua função dentro dos limites constitucionais; b) objetiva, ao verificar se a norma se ajusta aos ditames constitucionais. Nesse sentido, os princípios apresentados quando à interpretação constitucional são unidade, funcionalidade e efetividade. Para que a unidade seja concreta, é necessário ter coerência constitucional que se explica por

meio do princípio de concordância prática, no desejo de que os bens jurídicos, protegidos pela Constituição, devem ser relacionados à solução dos problemas interpretativos de maneira que cada um se conserve, resultando na exigência da ponderação dos bens para dar solução aos litígios que possam ocorrer entre os diversos valores e interesses tratados pela norma constitucional. A funcionalidade é o princípio que obriga o intérprete respeitar a Constituição como um marco cuja distribuição de tarefas e funções estatais estão previstas em seu texto. E a efetividade é relevante para a o exercício pleno dos direitos fundamentais, e fundamento para a concreção do direito social à educação na primeira infância, dirigindo ao intérprete as obrigações de otimizar e maximizar os preceitos constitucionais, sem distorcê-los, tornando-os ainda plenos e duradouros. Denota-se que a interpretação constitucional funciona como verdadeira possibilidade de emancipação constitucional e entrega à sociedade o caráter de compreensão das demandas sociais da Constituição, possibilitando sempre um alavancar dos direitos em estados democráticos e sociais de direito.

Ainda, pode-se verificar a Constituição como ordem fundamental ou ordem marco. Fundamental, quando tem em seu texto os assuntos fundamentais substanciais para sua sociedade; e ordem marco, quando estabelece premissas abertas. Nessa ótica, uma boa Constituição tem os dois elementos. É ordem fundamental e ordem marco. Isto é possível se a Constituição ordena e proíbe alguma coisa, gerando esse marco e se, em um segundo momento, confia outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, deixando-a aberta para margens de ação, e, por último, se suas proibições e mandatos resolvem questões fundamentais para a sociedade, que podem e devem ser decididas por uma Constituição, como no caso do direito à educação (na primeira infância). Nesse caso, deve-se entender-se que os atores sociais que participam do espaço público têm de internalizar a prioridade e efetivação desse direito, não deixando espaço para a mera discricionariedade, subjetividade ou irracionalidade da administração pública do magistrado ao utilizar ou não os critérios da reserva do possível ou das normas programáticas, quando em detrimento das crianças. Em outro viés, não se pode deixar na mão dos governantes o recebimento das normas constitucionais como se fossem normas em branco, fadadas ao critério subjetivo de aplicação ou não.

Dentro da tipologia das normas constitucionais, deve-se observar que as normas orçamentárias constituem-se em núcleo de ampliação das democracias sociais. A consequência jurídica e conceitual das normas orçamentárias revela

o critério objetivo dos atores públicos ao exercer suas gestões com vínculo ao cumprimento da norma jurídica, não restando discricionariedade ou descumprimento.

Com isso, agrega-se valor ao estado democrático de direito e social, como no caso do Brasil, e presta respeito à visualização da constituição econômica, reveladas normas orçamentárias elencadas no texto da Constituição da República Federativa do Brasil 1988 e, que na realidade representam suporte para a efetivação dos direitos fundamentais e principalmente na esfera de atuação do direito à educação (na primeira infância) e demais direitos sociais. Por derradeiro, verifica-se que os suportes constitucionais elencados e seus conceitos constituem-se mecanismos possíveis para a efetividade do direito social à educação na primeira infância no Brasil.

From the rule of law to the economic constitution for the effectiveness of the social right to early childhood

Abstract

This article discusses the effectiveness of the social right to early childhood, from the rule of law, Constitution and Democracy to the urgent need to understand the economic Constitution as rights effective instrument.

Keywords: Social law. Early childhood. Economic Constitution.

Referências

- ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- BALLE, José M. Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex, 2000.
- BERTASO, João Martins. As políticas neoliberalizantes e a cidadania social. *Seqüência*, Florianópolis, v. 20, n. 38, p. 9-28, 1999. ISSN 2177-7055.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 7. ed. São Paulo Paz e Terra, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BRASIL. (Constituição). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 2.

CALLEJÓN, María Luisa Ballaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Traducción Emilio Mikunda-Franco. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Peligros: Comares, 2000.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* Traducción de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014.

SABATER, Jose Asensi. *La época constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TESO, Ángeles de Palma del. *Administraciones públicas y protección de la infancia*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2006.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria constitucional*. Buenos Aires: Editora de Palma, 1975.