III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2021 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fausto Santos de Morais; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-314-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico

/promovendo a interlocução dos referenciais teóricos com desafios colocados pelo contexto da pandemia. Uma parte dos trabalhos problematizou a criação e a avaliação de políticas públicas que visam realizar direitos fundamentais como a saúde, a educação, a proteção contra a velhice, os direitos das minorais, entre outros. Outra parte dos trabalhos entendeu que os direitos fundamentais devem ser compreendidos através dos seus fundamentos, valendo-se de bases teóricas sofisticadas que tem o Estado Democrático de Direito com seu alvo. Foi assim que as temáticas como ativismo judicial, representatividade política, diálogos institucionais, o papel da mídia e os limites às restrições dos direitos fundamentais ganharam espaço na arena dos debates.

Nesse sentido, observamos a apresentação de trabalhos que refletiram sobre o impacto promovido pela Covid-19 no Estado Democrático de Direto brasileiro, apontando para a necessidade de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, quer promovendo a flexibilização de patentes para o enfrentamento da pandemia, ou ainda responsabilizando-se pela realização de um controle global nesse enfrentamento, com ênfase em medidas regionais e locais.

De outra parte, artigos consideraram a importância de uma educação inclusiva em tempos de pandemia e para tanto foi ressaltada a necessidade de uma reflexão sobre o artigo 24, inciso III da Lei de Diretrizes e Bases para além de um diálogo entre Educação e propostas decoloniais.

O Ativismo Judicial também teve expressão na apresentação de artigos nesse GT, quer como forma de promoção de justiça, quer como meio para a garantia do direito à saúde.

Quanto ao Direito Fundamental à Saúde, em tempos de pandemia, foram apresentados trabalhos que trouxeram reflexões acerca da saúde mental no Sistema Único de Saúde (SUS); abordaram a saúde nas comunidades indígenas e ainda apontaram a necessidade e a importância de políticas públicas destinadas à população em situação de rua, "os invisíveis cariocas" com ênfase no município do Rio de Janeiro.

Ao contrário do que se poderia esperar num período de pandemia, o GT proporcionou um sopro de otimismo por força das varias perspectivas científicas que indicam um caminho jurídico possível para a proteção e efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

DESIGUALDADE, DIREITO À EDUCAÇÃO E DECOLONIALIDADE: DIÁLOGO NECESSÁRIO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

INEQUALITY, RIGHT TO EDUCATION AND DECOLONIALITY: A NECESSARY DIALOGUE ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL

Rodier Barata Ataide
Jeferson Antonio Fernandes Bacelar

Resumo

O texto relaciona conceitos essenciais na intercessão entre direitos fundamentais e democracia, diante da desigualdade socioeconômica existente no Brasil e do desafio sempre presente de efetivar direitos. Parte-se de análise bibliográfica advinda de referenciais teóricos dos temas, avaliando, ainda, como o pensamento decolonial pode potencializar os caminhos já percorridos pelas teorias do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Analisa-se, os compromissos que a Constituição cidadã, em sua versão neoconstitucionalista, assumiu no enfrentamento das desigualdades, bem como na efetividade do direito à educação. Por conclusão, entende-se como constitucionalmente pertinentes intervenções judiciais em políticas públicas para consecução dos objetivos da CF/1988.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Neoconstitucionalismo, Democracia, Desigualdade, Direito à educação

Abstract/Resumen/Résumé

The paper lists essential concepts in the intercession between fundamental rights and democracy, given the socioeconomic inequality that exists in Brazil and the ever-present challenge of enforcing rights. It starts with a bibliographic analysis, evaluating, still, how the decolonial thought can potentiate the paths already taken by the theories of constitutionalism and fundamental rights. It analyzes the commitments that the Citizen Constitution, assumed in the fight against inequalities, as well as in the effectiveness of the right to education. It is understood as constitutionally pertinent judicial interventions in public policies to achieve the objectives of the CF / 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Neoconstitutionalism, Democracy, Inequality, Right to education

INTRODUÇÃO

A desafiadora realidade brasileira possui complicadores que agravam o quadro social, econômico e político, sem fugir às implicações na esfera jurídica, diante da interdependência existente entre esses campos de saber. É comum que as análises propostas sejam classificadas como interdisciplinares ou multidisciplinares, assim se conjugam estudos: sociojurídicos, socioeconômicos, econômico-políticos, jurídico-políticos etc.

Constituição, Direitos fundamentais, Democracia, apenas para citar alguns exemplos, tanto são considerados para a efetivação de políticas públicas, como tangenciam as discussões sobre decisões judiciais. São conceitos determinantes em julgamento de atos dos gestores governamentais, mas também exsurgem em matérias jornalísticas nos órgãos de imprensa, nas conversas entre amigos ou, até mesmo, nos núcleos familiares.

O propósito do artigo é aprofundar os conceitos afeitos ao Direito, mais propriamente ao constitucionalismo, buscando sua relação com os direitos fundamentais e o regime democrático, questionando se o perfil de garantia de direitos e busca de efetividade dos direitos fundamentais por meio do Direito Constitucional guarda fundamentos históricos e atuais para sua consecução no Brasil. Nada obstante, as considerações não se mostrariam pertinentes se o cenário traçado, obviamente, não considerasse a realidade do Brasil e a sua desigualdade.

O pensamento decolonial surge como um prisma diferenciado, capaz de avaliar criticamente o que foi realizado até agora, nesses mais de 30 anos de vigência da Constituição cidadã, bem como apto à apontar outros caminhos possíveis, sempre em busca da maior efetividade dos direitos fundamentais. Por isso, o escopo do texto se direciona ao fundamento próprio e finalístico do direito fundamental a ser efetivado a partir de sua trajetória e construção doutrinária com base constitucional.

Deste modo, em breves linhas, aborda-se o neoconstitucionalismo, decolonialidade e democracia, para compor um necessário diálogo quanto à efetividade dos direitos fundamentais no Brasil, com um recorte direcionado ao direito à educação.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DECOLONIALIDADE

Pode-se concordar, conforme observa Sanchis, que os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais parecem padecer de uma “vagueza congênita”, uma vez que se invoca, com uma alta carga emotiva, o direito do homem para fazer referência, praticamente, a qualquer exigência moral do que se considera importante para a pessoa, para uma coisa, atividade ou para um povo (SANCHIS, 2000, p. 501).

Os direitos fundamentais também se mostram como uma dimensão subjetiva para a filosofia política liberal de um indivíduo, como centro para justificação de toda a organização política — neste aspecto, vinculado aos textos do constitucionalismo norte-americano ou da Declaração Francesa de 1789 — para comprovar o caráter instrumental do Estado e do direito objetivo a serviço dos direitos naturais. Existe, ainda, a ideia de várias gerações de direitos humanos, no entendimento de que os direitos devidos são historicamente variáveis (SANCHIS, 2000, p. 503).

No direcionamento traçado sobre o tema por Sarlet para distinção — ainda que de cunho didático, predominantemente — a expressão "direitos do homem" vai no sentido de direitos naturais ainda não positivados, os "direitos humanos" seriam os positivados na esfera do direito internacional, enquanto os "direitos fundamentais" podem ser entendidos como direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de um Estado específico. Eis então que, no sentido que interessa às presentes considerações, os direitos fundamentais — conforme se pode ver convencionado em parte da doutrina, portanto, não infensa a críticas — são aqueles direitos humanos que estão reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado, conforme seja o entendimento acolhido e expresso no seu âmbito nacional (SARLET, 2015, E-BOOK).

Entretanto, não há como se negar uma extraordinária força vinculante residente, seguramente, na singularidade dos direitos fundamentais (SANCHIS, 2000, p. 502). Não se descura, então, que o panorama dos direitos fundamentais merece sempre ser complementado com a referência indissociável a valores humanos, cujos fundamentos axiológicos podem encontrar razões/justificativas em bases filosóficas racionais ou religiosas, especialmente tratados na doutrina dos direitos humanos, que aspiram à validade universal (com caráter supranacional), como se inerentes a todo ser humano, em todos os povos, em todos os tempos, a serem reconhecidos pelo Direito Internacional, independentemente da positivação na ordem constitucional interna.

Para Comparato (2003, p. 18.), os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, sob o risco de uma sociedade perecer "fatalmente, por um processo irreversível de desagregação". Por outro lado, o autor assinala que o "conjunto dos direitos humanos forma um sistema, correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social; mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo", não sem o alerta de que "há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado."

Deste modo, aliás, como também o é o próprio Direito, não há dúvida de que os direitos fundamentais, pela terminologia adotada, decorrem de uma construção histórica. Retornando a Sanchis, cabe considerar que as condições históricas e a própria opinião dos indivíduos podem ter algum peso na definição dos direitos fundamentais e contribuem para descobrir as atuais abordagens em matéria de direitos humanos, mas o critério de universalidade unido à fundamentação abstrata tem proporcionado menos segurança conceitual do que se poderia pensar. Nada obstante, o consenso histórico é no sentido de que os direitos humanos são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza exigências da dignidade, liberdade e igualdade, ou bem encarnam uma pretensão moral justificada, e, como categoria ética cultural — por assim, dizer pré-jurídica — não constitui uma concepção fechada e acabada dos ordenamentos positivos, que, tão somente, podem acolher, ou rechaçar em sua totalidade, o conceito aberto a distintas concepções e desenvolvimentos(SANCHIS, 2000, p. 506-507).

Deste modo, abandona-se a pretensão de que se poderia legislar, de uma vez para sempre, sobre os direitos fundamentais e de que as exigências morais importantes são sempre as mesmas. Dentro dessa compreensão, os direitos fundamentais operam em determinado marco político com o limite ou gravame sobre o conjunto de órgãos do Estado, com a constatação histórica de que os direitos são somados ao mundo cultural jurídico como consequência do impulso das minorias.

Portanto, a vagueza que rodeia o conceito dos direitos humanos pode ser consequência de um certo abuso linguístico, mas representa, também, uma característica da função histórica que tem desempenhado como tradução jurídica das exigências morais mais importantes que, em cada momento, tem pretendido se erigir como critério fundamental para medir a legitimidade de um modelo político. Sanchis sustenta que determinar o conteúdo desses direitos não seria um problema teórico nem conceitual, mas ideológico ou de fundamentação, como são outros problemas para a justiça em uma sociedade plural e democrática (SANCHIS, 2000, p. 507-508). Neste preciso ponto, cabe aproximar os notáveis avanços do pensamento decolonial, que enfatiza o caráter histórico dos conceitos jurídicos, inclusive quanto aos direitos fundamentais, contrariamente aos valores da modernidade que buscou apresentar uma universalidade alheia à sua própria historicidade.

Note-se, pois, a pretensão de cientistas e filósofos iluministas de sustentar uma universalidade epistêmica: racionalidade universal, acima das relações históricas e políticas, melhor para toda a humanidade, conforme Sparemberger e Damázio (2015, p. 34), que relacionam, nesse aspecto, ideias pretensamente universais da modernidade (cristianismo,

estado, democracia, mercado etc.), de um lado, que são, porém, indissociáveis da perpetuação da lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados etc.). Assim, pode-se reconhecera colonialidade, portanto, como "a face invisível da modernidade".

Fagundes (2013, p. 45) afirma que a "modernidade é um processo gestado no continente europeu e que culmina com a invasão, conquista e colonização da América indiana", para dar destaque aos ensinamentos do jusfilósofo Dussel (2013, p. 45), em passagem de obra seminal:

> A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas "nasceu" quando a Europa pôde se confrontar como o seu "Outro" e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pôde se definir como um "ego" descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi "descoberto" como Outro, mas foi "en-coberto" como o "si-mesmo" que a Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do nascimento da Modernidade como conceito, o momento concreto da "origem" de um "mito" de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de "en-cobrimento" do não-europeu.

Eis assim que a decolonialidade ou descolonialidade, a partir da consciência crítica do processo histórico modernidade/colonialidade, permite modificar as formas de pensar e mudar a lógica colonial que permeia a economia, a política ou o direito, configurando processo epistemológico para expor a lógica da colonialidade estabelecida epistemicamente a partir da universalidade epistêmica (SPAREMBERGER E DAMÁZIO, 2015, p. 34-51).

2 NEOCONSTITUCIONALIMO E DESIGUALDADE

Como base para as considerações seguintes, importa abordar o tema do constitucionalismo para direcionar os direitos fundamentais para a problemática da sua efetividade e, posteriormente, no caso brasileiro, dos desafios para sua efetivação concreta e, especialmente, para que tenha extensão universal no sentido do seu alcance para todos da sociedade.

A ciência política e, também, a jurídica, reconhece uma vinculação estreita entre o respeito aos direitos fundamentais com as sociedades e regimes tidos como democráticos, em que pese não serem excluídos completamente nos regimes menos democráticos. Igualmente, não haveria, rigorosamente, uma razão direta proporcional e exata entre o reconhecimento extenso e expresso de direitos e a sua necessária e desejável efetividade.

A respeito, Sarlet (2015, E-BOOK). conclui que “paradoxal (mas compreensivelmente), em muitos países que consagraram formalmente um extenso rol de direitos fundamentais, estes seguem tendo o seu menor grau de efetivação”, quando reconhece como agudo e perene o problema da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Nada obstante, é no contexto democrático, até em decorrência do processo histórico, em países ou nações com maior ou menor nível de democracia, seja de direito ou de fato, que se pode constatar o avanço para as questões fundamentais da pessoa humana, conforme assim seja entendido, muito especialmente onde e quando se permite o debate social efetivo para maior concretização e universalização desses direitos.

É relevante, portanto, partir do contexto jurídico, social e histórico em que foram concebidos e ainda estão sendo, sob o prisma de que se espera que prossigam sendo afirmados e/ou reafirmados social e juridicamente, também segundo o constitucionalismo contemporâneo no Estado de Direito.

Não é sem reconhecida propriedade que leciona Canotilho (2013, p. 100): o neoconstitucionalismo é um constitucionalismo de princípios. Conforme Sanchis, o constitucionalismo na sua forma contemporânea, ou o neoconstitucionalismo — no que se vincula a um tipo de Estado de Direito — resulta da convergência de duas tradições constitucionais que, muitas vezes caminhavam separadas. Uma delas é a tradição norte-americana original de supremacia constitucional, e consequente garantia jurisdicional, onde a Constituição postula a condição juridicamente superior e legalmente uma limitação do poder político, onde o constitucionalismo se resolve no judicialismo (estritamente limitado a monitorar o respeito pelas regras básicas da organização política).

A outra tradição é o projeto de transformação social e política do constitucionalismo nascido da revolução francesa, onde a ideia de que o poder constituinte não se esgota nos limites estreitos de um documento jurídico, mas acompanha o poder político de cada movimento pela maioria em um sistema democrático, como futuras decisões coletivas sobre o modelo econômico de ação do Estado no campo da educação, saúde, nas relações de trabalho.

Para Sanchis, a constituição seria, assim, uma norma interna da vida do Estado, o que garante o pluralismo somente na formação parlamentar da lei, e não uma norma externa a partir da soberania popular para dirigir ou condicionar de maneira decisiva a política deste Estado e o conteúdo das suas leis. O neoconstitucionalismo se proporia a resolver o dilema entre constituições garantistas, sem conteúdo normativo e constituições com mais ou menos denso conteúdo normativo, mas não garantistas, para conjugar ambos os modelos em constituições normativas garantistas. Para a Justiça Constitucional, são incorporados os princípios direitos e

diretrizes para a plena força normativa. Os princípios não representam somente condições para validade das leis. Os princípios não retiram a sua eficácia das leis, mas emergem de forma direta e independente (SANCHIS, 2009, p. 123-158).

Nada obstante, cabe o alerta de Sarlet (2015, E-BOOK).:

> [...] Todavia, em que pese este inquestionável progresso na esfera da sua positivação e toda a evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais [...], percebe-se que, mesmo hoje, no limiar do terceiro milênio e em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita.

Promovendo aproximando à realidade brasileira, Canotilho afirma que a Constituição de 1988 conseguiu elevar-se ao papel de norma jurídica fundamental e que uma significativa corrente da juspublicística abraçou a cultura do neoconstitucionalismo, assentado no reconhecimento de um modelo preceptivo de constituição como norma com especial valorização do conteúdo prescritivo dos princípios fundamentais. Reconhece o direito constitucional brasileiro e as constituições do Brasil como pertencentes àquele núcleo de matérias onde se nota mais a especificidade nacional do "povo", do "poder" e do "Estado", bem como "um decidido compromisso com as tendências do direito internacional constitucional e direito constitucional internacional", pertencente à cultura do neoconstitucionalismo, muitas vezes, uma cultura de cosmopolitismo constitucional orientada para um complexo processo de articulação de sistemas constitucionais nacionais com "constelações pós-nacionais" — a despeito da forte cultura soberanista do Brasil, aliada a uma arreigada estatalidade do poder, resistente a insinuações teóricas e políticas de "supra-neoconstitucionalismos" ou de "constitucionalismos" civis globais (CANOTILHO, 2013, p. 100).

Direcionando especificamente à realidade social, política e, também, jurídica brasileira, não há como não reconhecer, no cenário atual, os conceitos tratados nos itens anteriores como temas ou pano de fundo de franco debate, muitas vezes, polarizados, quando não intolerantes, como já observado de forma introdutória. Direitos fundamentais, colonialismo, neoconstitucionalismo e democracia, no entanto, devem ser analisados e considerados também diante da realidade do Brasil e de sua flagrante desigualdade.

O Brasil — após mais de três décadas em que foi reinaugurado o regime democrático a partir da Carta Republicana de 1988 — é um lugar no qual os direitos fundamentais consagrados positivamente "clamam" por efetivação na realidade social, política e jurídica cotidiana do povo e das instituições. Permanece o contexto de desigualdade e exclusão, enquanto a necessidade de transformação, para resgate e inclusão de milhões, merece ser uma questão fundamental.

Assim, relata Schwarc (2019, E-BOOK):

> Desde o período colonial, passando pelo Império e chegando à República, temos praticado uma cidadania incompleta e falha, marcada por políticas de mandonismo, muito patrimonialismo, várias formas de racismo, sexismo, discriminação e violência.
> A despeito de vivenciarmos, desde 1988, e com a promulgação da Constituição Cidadã, o mais extenso período de vigência de um estado de direito e de uma democracia no Brasil republicano, não logramos diminuir nossa desigualdade, combater o racismo institucional e estrutural contra negros e indígenas, erradicar as práticas de violência de gênero. Nosso presente anda, mesmo, cheio de passado, e a história não serve como prêmio de consolação. No entanto, é importante enfrentar o tempo presente, até porque não é de hoje que voltamos ao passado acompanhados das perguntas que forjamos na nossa atualidade.

É inegável, na Constituição de 1988, o caráter transformador da realidade social, que aponta para a vontade constituinte de uma sociedade que pretende ser democrática e universalista de direitos (abrangendo toda estratificação da sociedade brasileira e, também, os aspectos políticos, econômicos, mas, fundamentalmente, a vida das pessoas).

Ao lado desse aspecto, seria ingênuo menosprezar que, subjacente aos elevados objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil — liberdade, justiça, solidariedade e o bem de todos, sem desigualdade social e regional, nem qualquer forma de discriminação (Art. 3°, da Constituição do Brasil, de 1988) — encontram-se estruturas que também asseguraram distorções no seio da população e entre as unidades da Federação, no pacto federativo e social estabelecido, a exemplo dos parâmetros de representatividade política-eleitoral, do sistema de tributação e da distribuição dos recursos e dos investimentos públicos.

O Brasil é um país cuja sociedade é profundamente desigual, que faz jus a sua herança histórica de patriarcalismo, patrimonialismo (e patronato, segundo Raymundo Faoro), tão oligárquica quanto militarista (desde a república, como golpe militar contra a monarquia, até a redemocratização na década de 1980, após 20 anos de regime ditatorial de exceção aos direitos civis e democráticos).

Para Faoro (2001, p. 860), o patronato originado desde o período colonial, avança em todos os momentos históricos. Ilustrativamente, pode-se referir que o autor assinala que o artigo 135, da Constituição de 1937, combina “a atividade industrial com o patronato político, conjugados à cartelização geral da economia — com as agências que a disciplinam, desde o café até a produção de mandioca”. Em marcante síntese, descreve o perfil político histórico da sociedade brasileira, a despeito do tempo:

> A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder — a soberania nominalmente popular — tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensados de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou.

Retornando aos tempos mais recentes, importa referir que a Carta Constitucional de 1988 foi o produto de um processo sociopolítico de correlação de muitas forças sociais e segmentos econômicos de muitos matizes. Nesse sentido, acentua Vieira (2018):

> [...] a macrocoordenação política levada a cabo pela Assembleia Nacional Constituinte, que se reuniu por vinte meses nos anos de 1987 e 1988, produziu uma Constituição ambiciosíssima quanto aos objetivos a serem perseguidos pela sociedade e pelo Estado brasileiro. Uma ampla carta de direitos e um sistema político altamente consensual. Em termos ideológicos, buscou conjugar o velho nacional-desenvolvimentismo com um frescor pluralista gerado no período de redemocratização.

Canotilho (2013, p. 102) assim descreve a Constituição da República Federativa do Brasil:

> A Constituição brasileira de 1988 é um dos últimos e grandes fôlegos de modernidade política e constitucional. [...] Em termos de "poética de forma", parece não haver comparação entre o despojamento arquitectónico niemeyeriano e a densidade material de numerosos preceitos incrustados no texto da nova lei básica brasileira. Ambas as obras procuram, porém, resgatar a legitimidade do político, se por político entendermos o modo e o lugar específico da constituição de condições fundamentais da existência individual/colectiva.

Já foi referido que, na Constituição, foram estabelecidos os "objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil", expressos no art. 3º, dentre os quais se faz destacar a

redução das desigualdades. Deve ser acentuado, como se faz denotar, com ênfase, não somente o reconhecimento da "desigualdade", mas que essa desigualdade se mostra em níveis "sociais", como, também, em níveis "regionais".

A estrutura social construída e mantida por séculos até o momento presento implica em altos níveis de desigualdade social, renitente e excludente de grandes camadas populacionais, como também deve ser entendida a "desigualdade regional", tornada invisível, mais dura e renitente associada à outra e tão cruel e excludente de grandes camadas populacionais, unicamente pelo critério de onde nasceu aquele brasileiro ou brasileira a desafiar o mais elementar e, também, clássico, direito fundamental à igualdade de direitos, advindo da Revolução Francesa, mas indispensável para assegurar a mínimo existência para dignidade humana, ao lado da liberdade, que clamam por concretização e efetividade para a maioria dos que moram no Brasil.

Segundo Scaff (2020), "só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, quem possui capacidade para exercê-la". Assim, mais adiante sustenta:

> [...] paradoxalmente, verifica-se que quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas.

Conforme Lucas (2000, p. 493-494), a respeito de "*la idea de igualdad como artificio frente a la desigualdad natural*", a igualdade não pode ser senão uma construção, um artifício. A situação de fato não é de igualdade, uma vez que a natureza fez a todos desiguais. Não se deve confundir diversidade (diferença) e desigualdade. Tampouco, a igualdade é identidade, que seria homogeneidade ou semelhança, uma vez que não se prescinde na igualdade dos elementos diferenciadores. Para o refiro autor, a igualdade parte da diversidade: uma situação de fato em que há uma parte igual e, em parte, diferenças. A diversidade (a diferença) se contrapõe à homogeneidade, à identidade, não à igualdade. Não é argumento contra o princípio (normativo) de igualdade a sua violação pelo fato de que existam desigualdades ou discriminação. Sustenta-se que igualdade somente pode ser admitida como conceito normativo, como ideia, como resposta pela qual o sentido da igualdade perante a lei é a isonomia.

No entanto, esta será a primeira forma de igualdade: diante da lei, dos súditos diante da palavra vontade ou lei do rei. É a igualdade formal contra a arbitrariedade. No entanto, Javier de Lucas ressalta, com razão, a igualdade como esforço artificial, diante das condições desiguais de realidade, como uma luta contra a versão da igualdade somente diante da lei, em três âmbitos

fundamentais: a desigualdade na saúde, no sexo (gênero), e nascimento (um ou outro estado nacional), além de não se submeter as desigualdades impostas pela natureza.

Cabe tratar da igualdade nos direitos (ou dos direitos) que, segundo Bobbio (1997, 29-30), mais que igualdade frente a lei, significa gozar igualmente por parte do cidadão de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como exclusão de toda a discriminação não justificada. A igualdade nos direitos compreende todos os direitos fundamentais enumerados em uma constituição, conforme expressa:

> A igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos (por exemplo, do direito de todos de terem acesso à jurisdição comum, ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento); já a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidos de fato) em todas as Constituições modernas.

Ainda no tema da igualdade, interessa distinguir desigualdade e diversidade, especialmente quando a igualdade perante a lei implica em discriminação inversa. Nesse aspecto, Lucas (2000, p. 493-494) refere-se especificamente à discriminação inversa no caso de políticas públicas que não são somente "desigualitárias", mas, discriminatórias, ainda que justamente discriminatórias. São as chamadas políticas de discriminação inversa e se dirigem a minorar os efeitos das desigualdades prévias, duradouras e históricas, com a manifestação específica de políticas de diferenciação para a igualdade comente chamada ação afirmativa, pelo que:

> *[...] la justificación más clara es la que resulta del argumento de que se trata del argumento de que se trata de vías para evitar la exclusión, para producir integración igualitaria, equilibrio social, exigencias derivadas de la igualdad, pero también que la solidaridad.*

Prestando o substrato da realidade que exigem políticas afirmativas para concretização da igualdade, recobra-se a lição de Schwarcz (2019, E-BOOK) dá destaque aos impedimentos que expõem a cidadania precarizada de certos grupos sociais brasileiros e as práticas de segregação a que continuam sujeitos, que submetem sobretudo para os setores vulneráveis da sociedade. Ilustra que a regra democrática permanece muitas vezes suspensa no país, enquanto nosso presente é ainda muito marcado pelo passado escravocrata, autoritário e controlado pelos mandonismos locais.

3 DIREITO À EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

É nessa sociedade que foram proclamados os direitos e que, para sua população, são reclamados que exatamente esses direitos tenham real efetividade, especialmente para que sejam observados pelos gestores governamentais na implementação de ações e programas em políticas públicas.

Não há dúvida quanto ao direito à educação relacionado como um direito fundamental no Brasil. Consagrado na Constituição de 1988, no art. 205, está estabelecido que a educação é direito de todos e para o qual se exige a garantia do tratamento isonômico.

No STF foi reconhecido que a educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos, como dever do Estado de propiciar meios que viabilizem o seu exercício, imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da Constituição do Brasil, enquanto a omissão da administração importa afronta à Constituição", como se pode confirmar na ementa do RE 594.018 AGR, REL. MIN. EROS GRAU (STF, 2009):

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208 IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]. Embora resida, primariamente, nos poderes legislativo executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia é a integralidade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional'. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Em outro julgado, o AI 658.491 AGR, REL. MIN. DIAS TOFFOLI (STF, 2012), ficou assentado que "a educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República" devendo não apenas ser preservado como promovido, fomentado pelo

Estado/Poder Público. Ficando configurado como “omissão estatal” qualquer comportamento diverso, cabendo ao Judiciário repeli-lo.

Ao mesmo tempo, não há dissenso entre as correntes políticas quanto à relevância do direito à educação como imprescindível para a emancipação do exercício da cidadania, seja pelo caráter econômico, no setor produtivo, seja para o “desenvolvimentismo”, seja para inclusão social. O que se diverge, contudo, é na prática.

Schwarcz (2019, E-BOOK) registra que, a despeito da Constituição de 1988 — como resultado de um sólido movimento de redemocratização — haver estabelecido um compromisso pela universalização do ensino fundamental e pela erradicação do analfabetismo, as metas estão longe de serem alcançadas. Assevere-se que o Plano Nacional de Educação (PNE) de 2014 previa a diminuição da taxa de analfabetismo para 6,5% em 2015 e a erradicação para o final de 2024 e, como as metas das fases intermediárias não foram cumpridas, o projeto torna-se, a cada ano, mais inexequível.

Direcionando à conclusão das considerações deste artigo, importa referir que não há outro caminho para uma sociedade democrática que não o direcionamento para a garantia dos direitos fundamentais. Para Ferrajoli (2009, p. 157), “*una concepción no meramente procedimental de la democracia ha de ser ‘garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos no simplemente de la omnipotencia de la mayoría*”. Emerge, então, a indeclinável premência de efetividade dos preceitos constitucionais para garantia dos direitos fundamentais, tomados como exemplos os direitos à igualdade e à educação, que devem ser incluídos nas ações do Estado, nas políticas públicas e com ampla retaguarda jurisdicional. Persiste o desafio dessa efetividade nas medidas jurídicas e/ou judiciais para “acesso à ordem jurídica justa” como objetivo e razão de exigir de todo o sistema de instituições relacionadas à prestação da Justiça.

No tema da justiça, importa recorrer às lições de Sem (2011), para se apoiar em suas proposições, dentre as quais a que sustenta que “uma teoria de justiça que possa servir como base de argumentação racional no domínio prático precisa incluir modos de julgar como reduzir a injustiça e promover a justiça, em vez de objetivar apenas a caracterização das sociedades perfeitamente justas”, reforçando, mais adiante que “a justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam”.

Nesse contexto, recrudescido pelos desafios complexos da realidade social, das relações sociais e individuais, a partir de concepções filosóficas para compreensão do mundo atual e do Brasil, na ótica histórica, o neoconstitucionalismo — como modelo de organização jurídico-política — também se apresenta como instrumento de aperfeiçoamento do Estado de Direito.

O caminho do Estado Democrático de Direito somente pode ser construído pela sociedade, seja na esfera público ou privado, com bases democráticas, com instituições democráticas e por meio de políticas públicas, com controle social e respeito às garantias e direitos fundamentais. As políticas públicas são o meio de ação articulada, eventualmente compartilhada com outros segmentos da sociedade, em programas e projetos definidos democraticamente para consecução dos objetivos definidos em benefício de todos.

Segundo Scaff (2020), o caráter analítico de nossa Carta, permite que apenas com sua implementação seja possível alcançar um maior grau de Justiça Social, sem que os juízes sejam acusados de fazer ativismo judicial, o que, em outras plagas, é um imperativo ético. Aqui o singelo ato de aplicar a Constituição – o que não é habitual -, é um imperativo ético de Justiça.

Não somente o neoconstitucionalismo em geral, mas a decolonialidade abre as portas para um "novo constitucionalismo latino-americano". Nesse contexto, há de se partir da realidade própria dos povos para implementar e esses elementos potencialmente descoloniais, de forma inclusiva, a partir de lugares tradicionalmente subalternizados, considerados inferiores, de culturas historicamente consideradas diferentes, para se constituírem como verdadeiros e válidos, para uma pluriversalidade epistêmica, com diferentes sujeitos de conhecimento (SPAREMBERGER; DAMÁZIO, 2015, p. 34), para que, enfim, também todos sejam considerados e possam ser efetivamente sujeitos de direitos, principalmente, para exercer seus direitos fundamentais com igualdade.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são uma conquista histórica também para sociedade brasileira. A concepção de igualdade importa no mínimo da igualdade formal, enquanto a material encontra discussões quanto aos níveis de determinismo para igualdade de fato. Nada obstante, são parâmetros indissociáveis do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 é a base para afirmação desses direitos fundamentais e serve de parâmetro jurídico para a transformação da realidade social do Brasil, como sociedade de profunda e histórica desigualdade.

A educação é direito fundamental de todos e implica também no direito à igualdade. Ao tempo em que deve ser um vetor especial de inclusão social e redução das desigualdades, serve como exemplo da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais na realidade brasileira, frente à desigualdade real e estrutural que impede, por meios transversos emancipação no exercício da cidadania de considerável parcela da população brasileira.

As políticas públicas são um instrumento indutor de mudanças na sociedade, seguindo os parâmetros majoritários e, também, contra majoritários, alinhados à dignidade da pessoa humana, com respaldo constitucional. O controle social desempenha papel fundamental para formação e definição da política pública. A prestação jurisdicional é uma instância para buscar assegurar a efetividade dos direitos fundamentais perante a esfera pública ou privada.

Não se identifica, como base doutrinária, falta de coerência com as intervenções judiciais em políticas públicas em processos de gestão democrática para consecução dos objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil: a uma, porque a própria Carta da República pugna pela efetiva mudança da realidade social; a duas, porque o entendimento está fundado no tema afirmação histórica dos direitos fundamentais e no processo efetivação desses direitos para garantia a todos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 29-30.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3ª edição, revista, Porto Alegre, 2001, p. 860.

LUCAS, Javier de. La igualdad ante la ley. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y La justicia**. [S.l]: Editorial Trotta, 2000, p. 493-500.

SANCHIS, Luis Prieto. Derechos Fundamentales. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y La justicia**. [S.l]: Editorial Trotta, 2000, p. 501-510.

SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo e ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid. Editorial Trotta, 2009, pp. 123-158.

SARLET, Ingo Wolfigang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existência e direitos humanos**. Disponível em: http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375. Acesso em 4 de outubro de 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. E-book kindle.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; DAMÁZIO, Eloize Peter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a descolonialidade e para o "novo" constitucionalismo latino-americano. In: **Descolonialidade e constitucionalismo na América Latina**. Lênio Luiz Streck, Ana Cecília de Barros Gomes, João Paulo Allain Teixeira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 594.018 AgR**, rel. min. Eros Grau, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599750> Acesso em 4 de outubro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI 658.491 AgR**, rel. min. Dias Toffoli, j. 20-3-2012, 1ª T, DJE de 7-5-2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1966289> Acesso em 4 de outubro de 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.