

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

ANDRE STUDART LEITAO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçtiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andre Studart Leitao; Antonio Celso Baeta Minhoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-238-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 8 de dezembro de 2020, no Grupo de Trabalho (GT) DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III, do II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir em torno de questões relevantes sobre políticas públicas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores Andre Studart Leitão e Antonio Celso Baeta Minhoto, envolveu dezessete trabalhos.

O primeiro trabalho, de autoria de Melissa Mika Kimura Paz , Helder Fadul Bitar , Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, com o título “OS IMPACTOS DA ATIVIDADE MINERÁRIA NO MODO DE VIDA TRADICIONAL DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS: ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE A MINERADORA RIO DO NORTE E AS COMUNIDADES RIBEIRINHAS”, pretende verificar os impactos da exploração mineral em Oriximiná, município que possui a maior reserva de bauxita do Brasil, no modo de vida das comunidades ribeirinhas que ocupam a região. Para isso será adotado o método dedutivo, onde as informações serão obtidas por meio de uma consulta bibliográfica.

Larissa Santana Da Silva Triindade , Suzy Elizabeth Cavalcante Koury , Fernando Barbosa Da Fonseca, no artigo “POLÍTICA PÚBLICA DE INSTITUIÇÃO DE RENDA MÍNIMA: FUNDAMENTOS IGUALITÁRIOS SOB A PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN” expõem os traços principais da teoria de igualdade de Ronald Dworkin na obra “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade (2005)”. O texto ainda analisa a instituição da renda mínima como forma de promoção da igualdade.

O terceiro artigo “REMANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO ENTRE ELEMENTOS DE DESPESA PARA ATENDIMENTO AO MÍNIMO EXISTENCIAL EM ÉPOCA DE PANDEMIA, de Valter Foleto Santin , Caio Marcio Loureiro , Thadeu Augimeri de Goes Lima, trata de remanejamento orçamentário em tempos de pandemia, discutindo a possibilidade de ocorrer transferências de elementos de despesas, limites, critérios e sua

aplicação em direitos sociais, para efetivação do mínimo existencial da política pública correspondente.

Fatima de Paula Ferreira , Kádyan de Paula Gonzaga e Castro , Náthaly de Oliveira Liduário, no artigo “OS DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA: PARADIGMAS ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS”, discutem os direitos sociais, com ênfase no princípio da dignidade e da igualdade. Argumenta-se que a efetividade dos Direitos Sociais depende da interpretação e aplicação dada pelos operadores jurídicos.

Alex da Silva Anhaia, no trabalho “O MINISTÉRIO PÚBLICO NO FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: UMA INTERFERÊNCIA NECESSÁRIA”, defende que o Estado vem sendo omissivo em seu dever de garantir os direitos sociais previstos na Constituição de 1988. O estudo também lança luz sobre a atuação do Ministério Público, como fiscal e provocador da efetivação de políticas públicas por meio das garantias e instrumentos que lhe foram assegurados.

O artigo “O COMBATE À COVID-19 NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA. UMA ANÁLISE DA QUARENTENA DO GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ”, de Rodolfo Vassoler da Silva, analisa a coordenação entre normas internacionais, sem perder de vista a ideia de federalismo cooperativo num contexto da quarentena regionalizada ordenada pelo Governo do Estado do Paraná, com o intuito de verificar se os mecanismos federativos têm sido eficientes em auxiliar o combate à epidemia.

José Querino Tavares Neto e Denise Silva Vieira, no trabalho “OS CURRÍCULOS E OS PLANOS PEDAGÓGICOS DOS CURSOS DE FORMAÇÃO DOS MEMBROS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”, analisam os currículos e planos pedagógicos dos cursos de formação dos membros dos Ministérios Públicos estaduais no Brasil sob a perspectiva dos direitos humanos e das políticas públicas. O objetivo geral é compreender os direitos humanos e as políticas públicas enquanto campos de disputas simbólicas e práticas orientadas axiologicamente a partir da análise dos currículos e planos pedagógicos.

Outro artigo apresentado foi “O APRIMORAMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA A PARTIR DO ADVENTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO

DIGITAL”, de Luiz Felipe Nunes, e se propõe a analisar o aprimoramento da democracia participativa a partir das contribuições trazidas pelas novas tecnologia da informação e da comunicação, bem como das políticas públicas de inclusão digital.

No trabalho “MÚLTIPLOS OLHARES PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS: AS INFLUÊNCIAS SOCIOCULTURAIS DE PREDISPOSIÇÃO AO SUICÍDIO NO RIO GRANDE DO SUL”, Janaína Machado Sturza e Rodrigo Tonel analisam o fenômeno do suicídio e a sua ocorrência no Estado do Rio Grande do Sul, destacando-se a necessidade de políticas públicas de prevenção que se coadunem com o perfil sociocultural de seus destinatários.

O artigo “MEDIACÃO SANITÁRIA EM MEIO A PANDEMIA DO COVID – 19: INTERLOCUÇÕES DIALÓGICAS COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, de Janaína Machado Sturza , Rosane Teresinha Porto e Jaqueline Beatriz Griebler, analisa a possibilidade de aplicação da mediação sanitária, a partir de uma interlocução com as políticas públicas – especialmente no campo da saúde, levando-se em consideração o contexto atual da pandemia. Discute-se se a mediação sanitária pode ser utilizada como forma de solucionar casos envolvendo saúde, em meio a pandemia COVID-19.

Outro trabalho apresentado foi “DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA NO CONTEXTO PANDEMIA DE COVID-19, CASOS: BRASIL E PERU”, de Nathália Lima Pereira, que analisa como o direito à educação básica tem sido implementado no Brasil e Peru, países da América Latina com os maiores números de casos da infecção, diante do contexto da pandemia de Covid-19. O texto ainda elenca quais medidas vêm sendo adotadas pelas respectivas nações para a continuidade das atividades escolares, apontando-se as principais dificuldades enfrentadas para a efetivação deste serviço essencial no contexto pandêmico.

Caroline Chiamulera e Sandra Mara Maciel de Lima, no trabalho “ATIVIDADES ESSENCIAIS E DISTANCIAMENTO SOCIAL EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: CONSEQUÊNCIAS SOBRE O PACTO FEDERATIVO DECORRENTES DO JULGAMENTO DA ADI Nº 6.341”, refletem sobre a correlação existente entre a definição de atividades essenciais e de distanciamento social e, a partir delas, indicar reflexos dessa decisão em relação ao pacto federativo, decorrente do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341 (BRASIL, 2020m), em tempos de COVID-19.

No artigo “AGENDA 2030: OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 09 COMO AGENTE CONCRETIZADOR DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO “, Alessandra Cristina de Mendonca Siqueira e Lucas Gonçalves da Silva analisam os objetivos

de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030), como mecanismos de realização do direito ao desenvolvimento, com ênfase ao objetivo 9, que diz respeito à Indústria, Inovação e Infraestrutura.

Caroline Akemi Tatibana e Dirceu Pereira Siqueira, no artigo “POLÍTICAS PÚBLICAS NO COMBATE AO COVID-19: COMO PREVINIR SEM EXCLUIR? ANÁLISE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS IDOSOS”, analisam o estado de emergência vivenciado em razão da decretação da pandemia, com ênfase na restrição aos direitos da personalidade dos idosos. Defende-se a necessidade de reconhecer a existência de limites constitucionais, sob pena de violar os princípios do Estado de Direito.

No artigo “A NECESSIDADE DE MOLDURA JURÍDICA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS AO IDOSO”, Washington Aparecido Pinto, Vanessa Yoshiura e Ivan Dias da Motta, analisam a influência de uma boa estratégia na confecção da moldura jurídica realizada pelo Direito nas Políticas Públicas destinadas à população idosa brasileira, a fim de implementar o seu direito da personalidade ao envelhecimento saudável.

Joaquim Carvalho Filho, no artigo “A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO PARA O CONTROLE SOCIAL”, analisa a judicialização de políticas públicas enquanto mecanismo de controle utilizado pela sociedade, com o escopo de garantir o princípio do mínimo existencial sem escusar-se de observar os limites estruturais do Estado.

Finalmente, Gilberto Fachetti Silvestre, Luis Henrique Silva de Oliveira e Rafael Breda Cremonini, no trabalho “A EFICÁCIA DA LEI Nº. 11.346/2006 (SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL) DURANTE O REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO DA PANDEMIA DE COVID-19 (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 06/2020)”, sustentam a tese de que os entes públicos devem manter restaurantes populares para pessoas vulneráveis do ponto de vista socioeconômico, para que tenham acesso à alimentação saudável nos termos da Lei nº. 11.346/2006.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Andre Studart Leitão - Unichristus

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas III apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA: PARADIGMAS ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

SOCIAL RIGHTS AND THEIR EFFECTIVENESS: PARADIGMS BETWEEN INDIVIDUAL AND COLLECTIVE RIGHTS

Fatima de Paula Ferreira ¹
Kádyan de Paula Gonzaga e Castro ²
Náthaly de Oliveira Liduário ³

Resumo

Devido a importância dos direitos sociais, entende-se oportuno falar sobre os direitos sociais, realçando o princípio da dignidade e da igualdade, visando discutir sua importância. Apesar de positivados na nossa Carta Magna, a efetividade dos Direitos Sociais depende da interpretação e aplicação dada pelos operadores jurídicos. Não há como se discutir o tema do trabalho sem debater a relação entre direitos, especialmente, a relação entre o confronto de direito sociais e individuais. A pesquisa se justifica pela relevância do tema para contemporaneidade, mormente pela necessidade de efetivação dos Direitos Sociais. Utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Justiça, Civilizações, Subsistência de uma espécie, Regras e benefícios, Lei máxima

Abstract/Resumen/Résumé

Due to the importance of social rights, it's considered opportune to talk about social rights, emphasizing the principle of dignity and equality, aiming to discuss their importance. Despite being positivized in our Magna Carta, the effectiveness of Social Rights depends on the interpretation and application given by the legal operators. There is no way to discuss the topic of work without debating the relationship between the confrontation of social and individual rights. The research is justified by the relevance of the theme for contemporaneity, especially by the need to enforce Social Rights. The deductive method was used, with bibliographic research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Justice, Civilizations, Subsistence of a species, Rules and benefits, Maximum law

¹ Docente de graduação e especializações -PUC-GO. Advogada. Mestrado em Direito -Universidade de Franca. Mediadora Judicial, professora de Mediação pelo CNJ. Doutoranda (qualificação) em Direito -Estácio de Sá.

² Advogada, professora e Coordenadora do Curso de Direito UnirG, mestranda pela UNIVEM, especialista em Direito Público (Damásio), especialista em Docência Universitária (PUC-GO). cursou 01 ano Mestrado em Direito da PUC-GO.

³ Graduada em Direito na Universidade de Gurupi-UNIRG.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são arraigados em nosso meio desde o início dos tempos. Podemos equiparar aos direitos sociais, às garantias essenciais para a subsistência de uma espécie, pois, desde as civilizações arcaicas existem modos governamentais que gerenciam seus povos, concedendo-lhes garantias de acordo com o que se delimita necessário.

Desta forma para instruir uma nação, precisa-se delimitar quais seriam seus direitos e deveres de acordo com a concepção de seus líderes. Atualmente o regime Estatal age de forma igualitária, delimitando regras e benefícios concedidos aos chamados “cidadãos”, em um regime de estado democrático de direito. Somente no século XX, que o Legislador constituinte passou a legislar e incorporar efetivamente os direitos fundamentais coletivos, ficando conhecido como direitos sociais, consagrados em nossa lei máxima.

O presente artigo, tem como objetivo falar sobre os direitos humanos de segunda geração; direitos sociais, econômicos e culturais, buscando enfatizar o princípio da igualdade, firmado no art. 5º, da CF, relacionando-o com a justiça social e seus paradigmas culturais, visando discutir a importância dos direitos sociais coletivos culturalmente, com seus avanços, e a controvérsia entre o texto da norma e sua real aplicabilidade, que por muitas vezes encontram-se longe da realidade da grande massa atingida, o povo.

Ainda em meio ao presente panorama, devemos esclarecer a titularidade dos direitos difusos e coletivos, contrapostos aos direitos individuais, civis e políticos, que por muitas vezes são entrelaçados em determinados contextos, mas, se relacionam no contexto de mútua dependência com aos direitos sociais, direito a liberdade, econômicos e culturais.

O Poder Judiciário abriga à suas intervenções o intuito de resguardar os direitos sociais, tendo o Estado como garantidor do dever de cumprimento da norma. Assim sendo, quando o direito garantido é descumprido ou choca-se com outras qualidades de direitos sociais, o Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais, vê-se obrigado a coagir o Estado à efetiva aplicação da lei, causando por vezes, uma problemática interna; a desordem entre autonomia dos três poderes e o exercício de suas funções.

Neste contexto fático, menciona-se as condições mínimas de desenvolvimento e preservação da vida, assim como a necessária ampliação das políticas públicas pelo Estado democrático, visando a satisfação das necessidades básicas, à depender do *modus operandi* estatal para a eficácia da proteção destes direitos individuais e difusos garantidos

constitucionalmente, sem que a aplicabilidade de um, gere prejuízo à outros, ponderando entre os recursos financeiros disponíveis e a iminência das garantias fundamentais constitucionais.

2 DIREITOS E GARANTIAS COMO JUSTIÇA NO CONCEITO SOCIAL

Abrindo o leque que envolve os direitos sociais, devemos partir do principio do paradigma social (a sociedade), e seus deslindes constitucionais, que perduram ao longo dos séculos com a incessante busca pela justiça social. Neste enredo, nos deparamos no meio de um processo de globalização, isto é, com as respectivas mudanças e processos de avanços que as civilizações frequentemente passam, baseados nas disseminações de informações e conhecimento.

Na história do Direito Romano, um dos espelhos do nosso direito, ramifica-se em uma vertente sobre a constituição dos direitos fundamentais, cedidos em quatro significados segundo Sto. Tomás: “a) o justo mesmo, a coisa; b) a arte pela qual conhecemos o justo; c) o lugar onde se aplica o direito (a justiça); d) a decisão de quem aplica a justiça” (LOPES, 2001, p. 117).

Partindo desse pressuposto podemos dizer que o jusnaturalismo, “torna-se uma ciência de direito em direito”, provocando uma espécie de crítica ao positivismo a partir do real. Com a constante impugnação do jusnaturalismo, surgiu-se aos poucos os objetos gerais coletivos, que passam a ser resguardados como forma de benefícios da vida social, mudando-se ao longo do tempo, e passando a se chamar mesmo que abstratamente direitos sociais e fundamentais, conferindo direitos e deveres ao Estado e aos cidadãos, solidificados na Constituição Federal de 1988.

Destaca ZAGREBELSKY¹:

¹ Tradução livre: Consistia o positivismo jurídico, ou seja, a teoria e a prática jurídica do Estado de Direito Decimonônico. Se o positivismo ainda não foi abandonado nem na teoria nem na prática jurídica da atualidade, e se os juristas continuam a considerar seu trabalho basicamente como um serviço ao direito, embora integrado ao direito constitucional, não é porque ainda pode ser válido na nova situação, mas porque as ideologias jurídicas são adaptáveis. A sobrevivência ideológica do positivismo jurídico é um exemplo da força de inércia das grandes concepções jurídicas, que muitas vezes continuam a operar como resíduos, mesmo quando já perderam a razão de ser devido à mudança nas circunstâncias que originalmente as justificaram. Antes de continuar a refletir sobre sua forma de compor, é preciso atentar para as separações que constituem a novidade fundamental dos sistemas jurídicos do século XX, e fazem dos iuspositivismos oitocentistas puro e simples resíduo histórico. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 40 e 41)

[...] consistia propriamente como se ha dicho el positivismo juridico, es decir, la teoria y la practica juridica del Estado de derecho decimononico. Si el positivismo todavia no ha sido abandonado ni en la teoria ni en la practica juridica del tiempo presente, y si los juristas continuan considerando su labor basicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la ley constitucional, no es porque aun pueda ser valido en la nueva situacion, sino porque las ideologias juridicas son adaptables. La supervivencia ideologicas del positivismo juridico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones juridicas, que a menudo contituan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razon de ser a causa del cambio de las circunstancias que originalmente las habian justificado.

Antes de pasar a considerar su modo de componerse, es preciso prestar atencion a las separaciones que constituyen la novedad fundamenta de los ordenamientos juridicos del siglo XX y hacen del iuspositivismos decimononico un puro y simple residuo historico (ZAGREBELSKY, 1995, p. 40 e 41).

Os direitos fundamentais estão gravados na Constituição Federal para positivar direitos humanos. Mesmo carregando uma natureza dúplice, não deixam de ser positivados, ressaltados que esse quadro, esteja sob aquele. Em que pese haver uma catalogação dos direitos humanos:

Direitos humanos então são: primeiros direitos morais; segundo direitos universais; terceiro direitos fundamentais; quatro direitos abstratos; quinto, direitos oniprevalentes, dotados de prevalências sobre todas as demais normas. (ALEXY, 2015, p. 168).

O que importa na essência dos direitos humanos é o seu caráter moral, sendo que precisam ser justificáveis, sob a perspectiva da dignidade humana, condição inerente ao “ser”, pessoa. E para ser “pessoa”, existe a necessidade da combinação de três qualidades; a inteligência, o sentimento e a consciência. Essa conjuntura da dignidade humana é que institui o elo com o direito, caminhando sempre em consonância com os direitos fundamentais.

Com o desenvolvimento, a formação de Estados nacionais sob o símbolo do etnonacionalismo, foi quase sempre acompanhada de sangrentos rituais de limpeza, submetendo as minorias à novas repressões. A concepção republicana, naturalmente, não exclui que comunidades étnicas possam se conferir uma constituição democrática e possam se estabelecer como Estados soberanos, na medida em que essa independência se legitime a partir do direito de cada cidadão a viver em liberdade, de acordo com as leis. (HABERNAS, 2002).

Enquanto todos os habitantes forem homogêneos em termos de direitos e ninguém for discriminado, não existe nenhum motivo normativamente convincente para a separação de comunidades e sua respectiva defesa. À isso, corresponde a autodeterminação, sem contudo

fixar o conceito de "povo" no sentido étnico do termo, de acordo com a Carta das Nações Unidas, descrita pela Assembleia Geral das Nações Unidas. (HABERNAS, 2002).

Negando-se categoricamente a concessão de um direito a separação daqueles Estados que se comportam de acordo com a autodeterminação dos povos, unindo-se por uma causa comum, portanto, possuem um modo governamental que representa a todos os cidadãos, sem discriminação cultural, étnica e social.

A contrariedade surge em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, força às minorias a sua forma de vida, impondo aos povos de origem cultural diversa, uma ilusão de igualdade. Isso abrange questões políticas, que diferem a identidade dos cidadãos. Nessas matérias, as minorias não devem ser submetidas sem mais nem menos às regras da maioria (HABERNAS, 2002).

E para vigoração culturalista do povo, em sua conquista por um estado democrático, Habermas (2002, p. 169), pronuncia:

Michael Walzer, que está muito longe de ser um etnonacionalista militante, seguidor do credo de Schmitt, defende posição parecida. Sem querer sugerir falsos paralelos, gostaria de mencionar suas reservas, motivadas por causas de cunho comunitarista, diante das intervenções humanitárias? Porque elas iluminam a correlação interna entre o conceito de democracia e o tratamento dos direitos de soberania. Em seu tratado sobre a "guerra justa", ele parte do princípio da autodeterminação nacional, que cabe a toda comunidade com identidade coletiva própria, quando esta, consciência de sua herança cultural, tem a vontade e a força para conquistar uma forma de existência como Estado e para afirmar sua independência política. Um povo goza do direito à autodeterminação nacional, quando assume esse direito com sucesso. Walzer certamente não entende a comunidade politicamente capaz como uma comunidade de descendentes étnicos, mas como uma comunidade de herdeiros culturais. Mas tal como no caso da comunidade genealógica, também a nação fruto de uma história cultural deve ser vista como uma realidade pré-política, que tem o direito de preservar a sua identidade na forma de um Estado soberano.

No seio desse referido processo democrático, verifica-se a constituição das normas para um convívio societário. Sugerindo um outro traço que define a socialização é a politização generalizada da cultura, especialmente nas lutas pela identidade e diferença ou, como vamos designá-las, as lutas pelo reconhecimento e autodeterminação, que alavancaram a última década. (FRASER, 2002).

Mas o paradigma social em que se trata os denominados avanços, podemos falar da justiça social e seus desenvolvimentos, fazendo uma comparativa a uma escadaria enorme e cada degrau uma conquistas, com pequenos passos que, por muitas vezes, passam despercebidos, como por exemplo, a crescente inclusão das mulheres no mercado de trabalho,

as lutas frequentes pelo reconhecimento e paridade de tratamento, não só por igualdade de gêneros, mas também pela colocação político-social e cultural.

Os direitos sociais trazem consigo uma relação dialética, em que a liberdade assegurada pelos direitos fundamentais de primeira geração, quando postas frente às desigualdades econômicas, acabam por significar a diminuição da própria liberdade, gerando a proteção social dos economicamente vulneráveis como única forma de preservação. Nesse sentido, as relações de trabalho constituíram o berço dos direitos sociais (NUNES JUNIOR, 2009).

Contudo, a injustiça surge de forma análoga à desigualdade de classes, embora os direitos fundamentais venham resguardar a todos, a estrutura econômica classicista vem para desmoronar esta pirâmide, não só com as diferenças salariais, mas com a exploração e marginalização, a privação ou exclusão dos mercados de trabalho.

Consequentemente a redistribuição, também abrangendo não só a transferência de rendimentos, mas também a reorganização da divisão do trabalho, a transformação da estrutura da posse da propriedade e a democratização dos processos através dos quais se tomam decisões. Visando o reconhecimento, pressupõe-se que a injustiça surge na forma de subordinação do Estado, enraizada nas hierarquias de valor cultural.

Portanto, dar-se ao reconhecimento uma forma de abarcar não só as reformas que visam revalorizar as identidades desrespeitadas e os produtos culturais de grupos discriminados, mas também os esforços de reconhecimento e valorização da diversidade, por um lado, e, por outro, a de desconstrução dos termos que estão subjacentes às diferenciações estatais existentes, de forma a mudar a identidade social de todos. (FRASER, 2002)

Assim, com a possível superação da subordinação econômica que o estado trás entre a paridade social e o desenvolvimento encontra-se em uma linha tênue, entre o reconhecimento dos valores sociais e a substituição de modos culturais retrógrados, fórmulas que devem andar lado a lado, não podendo realizar-se a aplicação de uma sem a outra.

Tendo, como exemplo, o conjunto dos que têm direito à equiparação nos mercados de trabalho pode ser maior do que o dos que têm o mesmo direito numa determinada associação voluntária da sociedade civil. Por conseguinte, o âmbito da aplicação do princípio deve ser ajustado ao sistema de pesos e contrapeso, o que significa que não há uma fórmula exata que baste para todos os casos. (FRASER, 2002).

Onde reconhece-se uma maior participação da sociedade com um desdobramento na concepção política e social, tomando rumos estaduais, nacionais ou internacionais, mas com grande ênfase na luta por reconhecimento das chamadas garantias institucionais ou direitos fundamentais.

Podemos verificar alguns exemplos de direitos sociais impressos em nossa lei suprema, como: “direito a seguridade social (saúde, previdência social, assistência social) e os outros direitos (cultura, educação e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso; índio)” (LOPES, 2001, p.125).

Desta forma, o estado como garantidor dos direitos, tem o dever singelo de disponibilizar essas garantias para seu povo, tanto na forma objetiva dando total assistência, quanto na forma subjetiva ao implantar políticas sociais e econômicas para resguardar tais direitos.

Neste contexto, para que não se aventure violar endemicamente os direitos humanos, faz-se necessário cortar os fatores promotores ou fomentadores das desigualdades econômicas, assim como o desrespeito às identidades culturais, fatores estes que afetam diretamente direitos sociais impressos em nossa carta magna. Como bem destaca Nancy Fraser (2002, pg. 20), aventura-se minar o alcance da justiça assim como arrisca-se suprimir atores sociais ressaltantes, na medida em que o desajuste dos processos transnacionais são gerados afetados pelos diferentes tipos de lutas.

Por todo o exposto acima, o conceito de injustiça dependerá de quem são os grupos subjugados e contra quem se exige a equidade de tratamento, pois dentro de cada grupo étnico existe a disparidade social, portanto, ‘a justiça requer paridade de participação numa multiplicidade de contextos de interação, que incluem os mercados de trabalho, as relações sexuais, a vida familiar, a esfera pública e a sociedade civil’.

3 MISTIFICAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVO, EM CONLUIO COM OS DIREITOS SOCIAIS

Com essa elucidação trás consigo os direitos fundamentais solidificados em nossa Constituição pátria e os direitos sociais, que se assemelham aos direitos fundamentais mais sem o devido amparo e esplendor. “Uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do § 1.º do art. 5.º da CF” (SARLET, 2009, p. 126).

Segundo Sarlet (2009, p. 226) [...] será objeto de considerações adicionais, a exegese imprimida ao art. 5.º, § I.", da CF, no que diz com o seu possível papel para a questão da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais. [...] poder-se-ia afirmar - e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista - que apenas os direitos e garantias individuais do art. 5.º da CF se encontram blindados contra a atuação do poder de reforma da Constituição. (SARLET, 2009, p. 227).

Caso fôssemos nos apegar a esta exigência de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais, mas também os direitos de nacionalidade, assim como os direitos políticos, com exceção do direito de voto, estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida em nossa lei Fundamental. (SARLET, 2009, p. 227).

Por outro lado, devemos considerar a oportuna referência ao pensamento sobre o reconhecimento dos direitos sociais de Sarlet (2009, p. 227 e 228):

A viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais. Mesmo se considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade) concepção que corresponde à tradição no direito constitucional pátrio, teríamos de levar em conta a existência, nos outros capítulos do Título 11 da nossa Carta, de direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos), como é o caso, entre outros, do direito de greve da liberdade de associação sindical, também se encontrariam ao abrigo das "cláusulas pétreas". Também por esta razão, ainda mais à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição, não nos parece possível excluir os direitos sociais do rol das assim chamadas "cláusulas pétreas". No direito constitucional brasileiro, a despeito do argumentos já colacionados, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma integrar as "cláusulas pétreas" da Constituição pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do art. 5.º. Além disso, argumenta-se que se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a vedação da sua abolição, ele o teria feito, , ou mencionando expressamente.

O que devemos debater e analisar é a forma pela qual há de atuar o Poder Judiciário, visto que este atuante com seus órgãos, refletem em um caminho em linha reta aos deveres de proteção fundamentais debatidos, não só como guardião, mas como intermediário em determinados aspectos (SARLET, 2009, p. 252).

Ainda há quem aposte mais no estudo do papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo, como mecanismos de aperfeiçoamento do controle social em relação às políticas públicas. Assim, há como afirmar que um dos principais desafios com os quais nos deparamos atualmente é o de resgatar as dignas promessas modernas, onde os Poderes

assumam seus pais de direito, sem a necessidade de intervenção mutua, com destaque nas promessas, entre as quais a "atualidade dos direitos sociais", contribuindo para a efetivação do Estado Democrático, dando praticidade e eficiência a nossa Constituição (SCARLET, 2009).

Em paridade com os direitos sociais estão os direitos fundamentais, descritos no art. 5º da Constituição, que por sua vez tem natureza tradicional de direitos de liberdade, o artigo relata logo em seu início “que ninguém será obrigados a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, assim, os demais direitos previstos no renomado artigo são tidos em sua maioria como “limitantes” do poder do estado na vida privada de seus cidadãos.

Já os direitos coletivos, denota-se de situações que precisam ser criadas, este direito nasce no abstrato, para resguardar situações reais e iminentes, exemplifiquemos:

É mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar, etc). Ora, se a vaga não existe, se não existe tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal direito? (...). Paradigmaticamente a mesma coisa ocorre com o direito à moradia: como transformar o direito à propriedade (defesa de bens contra a injusta invasão ou apropriação de terceiros e permissão para deter bens legitimamente adquiridos) em direito à moradia (acesso à propriedade, ou à posse pela locação, por exemplo de um local onde se estabelecer com locação, por exemplo de um local onde se estabelecer com a família numa cidade). (LOPES, 2001, p. 127).

Abrangendo a situação exposta, verifica-se a preocupação do legislador com o manuseio dos direitos sociais, não só no cumprimento do que está proposto na norma, mas sua característica “única” de ir além, para que com o contexto social e normativo façam uma devida ornamentação em cada caso específico.

Notoriamente, os direitos sociais mesmo como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais, pois, estes direitos dependem para a sua real eficácia de uma ação concreta do Estado, um “empurrão”, para a sua concretização antes da possibilidade de agir em juízo e como forma de resolução deste problema, criou-se os remédios constitucionais.

Por isso, os remédios característicos construídos para tais direitos são o mandado de segurança e o *habeas corpus*, descritos no art. 5º, LXVIII, LXIX e LXX). Os remédios tem caráter corretivo, mesmo quando usados preventivamente: a ameaça de direito de que fala a Constituição, significa que presa-se corrigir um ato já praticado ou ato próximo a ser praticado pela autoridade (LOPES, 2001).

Observando essa passagem, verifica-se que os direitos sociais coletivos, não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos, uma vez espalhados pelas linhas constitucionais carregam consigo uma excepcionalidade, qual seja, a dependência do Poder Legislativo e Executivo, para a sua plena eficácia e aplicabilidade (LOPES, 2001).

As garantias dos direitos sociais podem, por isso, ser efetivadas hoje por alguns caminhos que variam em natureza: quando se falar em direito público subjetivo o cidadão está habilitado, creio, a exigir do Estado seja a prestação direta, seja a indenização; quando se tratar de garantia geral os caminhos serão por meio do Ministério Público (art. 129 da Constituição Federal). (LOPES, 2001, p. 137).

Não se trata, na maioria das vezes de conservar uma situação de fato existente, a situação tipicamente aplicada ao remédios constitucionais, são uma ação para proteger tais direitos de exclusão de outrem. (LOPES, 2001).

Mas ainda, muitos dos direitos sociais não são exercidos exclusivamente contra o Estado. Imagine-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal), ou o direito à promoção da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, art. 170, V): o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadão. (LOPES, 2001, p. 131).

Concomitantemente as políticas públicas vem como um modo de “arrumar”, os direitos sociais, para que determinados conflitos de interesses sejam destrinchados sem colidirem, com a tentativa de amparar todos os necessitados, não importando quem seja o requerido da lide.

Ademais, por muitas vezes encontramos dificuldades para discernir as demandas levadas aos tribunais, por conta das grande quantidade de ações populares temerárias, más políticas de gestão e tramitação burocrática, ao sentido que dizem respeito as condições de vivência dos impetrantes, levando a busca incansável por justiça e equidade social.

Em virtude do que foi mencionado, o objeto da aplicabilidade e eficácia destas mudanças, vem de um comprometimento com o estudo do papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assim como nos mecanismos de aperfeiçoamento do controle social em relação às políticas públicas, bem como o Poder Judiciário com sua característica distinta, onde, para a efetiva atuação precisa ser provocado, compactuando com a máxima "*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*" (ninguém é juiz sem autor; o juiz não deve proceder de ofício), para que assim, tais pactos sejam efetivamente cumpridos, resultando em uma justiça social e qualidade de vida a todos.

Sendo somente possível chegar-se a uma concepção de justiça para todos, após um apanhado de estratégias estatais, buscando a erradicação da colisão de direitos, em conjunto, os melhores aspectos dos três poderes, trabalhando em conluio buscando desafiar a injustiça em ambas as frentes, deixando de lado as supérfluas características sociais, buscando a reparação da má distribuição direitos sociais, através da convergência de norma, aplicabilidade e eficácia.

4 DIREITOS SOCIAIS CONSTITUÍDOS E SUA APLICABILIDADE.

Uma vertente divergente é o princípio das possibilidades financeiras, que ocasiona, em algumas situações específicas, limitações aos direitos sociais. Vislumbrando resolver esses conflitos de interesse, o magistrado deve sobrepor qual a maior relevância, dentre ambos, considerando o mínimo existencial.

A regra de colisão de princípios determina que “as circunstâncias, segundo as quais um princípio tem precedência sobre outro, constituem o suporte fático de uma regra que tem as mesmas consequências jurídicas que o princípio dotado de precedência”... o Estado é peremptoriamente obrigado a assegurar o mínimo existencial. (ALEXY, 2015, p. 177)

Os exercícios efetivos dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, se dão a partir das políticas públicas instauradas pelo Estado. O desenvolvimento delas voltadas para os cidadãos, conclui o plano de satisfação em ter os direitos sociais atendidos.

Esses programas sociais demandam verba pública, porém, para que não fujam do controle e acabem atendendo as necessidades de apenas algumas áreas, faz-se necessário observar os parâmetros e limites, para poder haver a delimitação de um equilíbrio entre o orçamento financeiro e as planos estabelecidos em lei, que precisam ser cumpridos.

Uma demonstração clara, em nosso ordenamento é o Princípio da Reserva do Possível:

Em relação à teoria da reserva do possível, a primeira premissa que deve falar é a de que os agentes órgãos envolvidos na elaboração do orçamento. Os direitos sociais que integram o mínimo vital, posto que intrínsecos a dignidade humana, não se submetem a eventuais restrições orçamentárias, uma vez que, dotados de valor absoluto (e relativo), não podem ser mitigados frente à eventual interesse público secundário da administração pública. A teoria da reserva do possível também não tem aplicação frente a normas constitucionais que atribuam direitos subjetivos a seus destinatários, visto que o orçamento, acomodado, na hierarquia nas espécies normativas, em plana infraconstitucional, não pode ser exigido como obstáculo à realização de comandos situados em plano hierárquico superior. Não existe margem de conformação ao legislador ordinário quando da colaboração das peças orçamentárias, frente aos direitos sociais que integram o mínimo vital e que são clausulados por meio de normas constitucionais atributivas de direitos subjetivos.

Assim, não é lícito ao legislador, por exemplo, aportar valores em gastos com publicidade institucional enquanto faltarem recursos para gastos com saúde ou educação. A teoria da reserva do possível não tem, portanto, aplicação adequada em nosso sistema jurídico, uma vez que, em relação a direitos sociais mínimos, não há que se falar (frente as condições económicas do país) com insuficiência orçamentária, mas em definições de prioridades. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 220 e 221).

Com base nessas especificações se tem o plano orçamentário, que deve estar em harmonia para atender ao maior contingente de demandas, especialmente no que se diz respeito aos limites constitucionais formais, pois devem ser observados em vários ramos, de modo a não abranger mais, por exemplo, o plano de ensino do que o plano da saúde (proporcionalidade).

Portanto, a noção orçamentaria é diretamente relacionada ao Estado social que surge, por meio de políticas públicas, a invenção positiva do Poder Público na ordem econômica e social. A definição dada as Políticas Públicas é expressão polissêmica neste contexto, que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos. Nesse entendimento as políticas públicas são como “providencias”, podem ser tomadas para que as normas se realizem, assim a satisfações populares serão atendidas, para que as determinações legais saiam do papel e se transformem em utilidades para os cidadãos. (MÂNICA, 2015, p, 170).

Com a necessidade de se ter um controle maior sobre a idealização das políticas públicas, viu-se a necessidade da intervenção ao poder judiciário, para se obter a garantia do pleno atendimento aos direitos fundamentais. Porém, essa interposição ocasionou discordâncias.

O direito necessita de fato ser requerido, mas para a efetivação destes, exige-se o custos ideal para as respectivas concretizações. Porém o Estado não era portador de recursos inesgotáveis, e às vezes, a mediação judiciária por determinados momentos acabava causando desequilíbrio no plano orçamentário, passando assim, a restringir influência judicial em seu feitiço inteiro.

Esse refreamento teve a influencia da *Teoria da reserva do possível*, na qual se embasa na razoabilidade da pretensão, desempenha o pressuposto de que deve haver o equilíbrio, pois os bens do estado são escassos, e deve haver uma distribuição igualitária para ser possível o concreto atendimento aos direitos fundamentais.

Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma *Teoria da reserva do financeiramente possível*, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos Fundamentais sociais (I) a suficiência de recursos públicos e (II) a previsão orçamentaria de respectiva despesa (MÂNICA, 2015, p, 181).

Contudo, ao analisarmos todos os pontos que desencadeiam a respeito dos direitos fundamentais, percebe-se uma ordem cronológica de caminhos a serem seguidos para a efetivação dos mesmos, a uma análise a relação entre os direitos fundamentais sociais e proporcionalidade financeira (ALEXY, 2015, p. 173).

O ponto central é do modelo de direitos fundamentais sociais é “a discussão sobre quais os direitos fundamentais sociais a que o individuo faz jus definitivamente; é uma questão de ponderação de princípios” Em teoria dos Direitos Fundamentais, descrevi o balanceamento da seguinte forma: de um lado, fica, sobretudo, o princípio da liberdade fato; de outro lado, fica o princípio da competência para tomada de decisão pelo legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, assim como princípios substantivos relativos, sobretudo, à liberdade jurídica das pessoas, mas também a outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos (ALEXY, 2015, p. 173).

O Estado faz aplicabilidade dos direitos fundamentais através das políticas públicas, com os recursos que o mesmo detém, de modo que, para o controle e disponibilização igualitária destes, se tem o plano orçamentário. Sempre salientado, que toda essa organização é feita visando respeitar e obedecer ao disposto pela Constituição Federal.

De outro lado, como já assinalado a *teoria da reserva do possível* também tem sido interpretada como limitação à efetivação de direitos fundamentais sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Inexistindo previsão orçamentaria específica, estaria obstruída a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais. Tal entendimento, como já denunciado, aproxima-se e funde-se com aquele segundo o qual, em face da separação dos poderes, seria vedada ao Poder Judiciário interferir na definição de políticas públicas. (MÂNICA, 2015, p, 183).

Em uma última análise da teoria da reserva do possível, podemos dizer que a inexistência efetiva de recursos e a ausência de previsão orçamentaria, são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação, por meio do qual, a decisão judicial deve ser respeitada.

Os direitos sociais são financeiramente significativos, quanto a ponderação das possibilidades financeiras do Estado, que vinculam metas com respectivos potencial de cumprimento, buscando abranger as garantias fundamentais. Onde o princípio das possibilidades financeiras é um dos primórdios dos direitos sociais, dizendo quais os

substantivos podem ser sopesados em uma equação de direitos humanos versos o orçamento público (ALEXY, 2015, p. 176).

Para ilustrarmos o presente fatídico, vejamos o caso concreto, que foi noticiado por diversos meios de comunicação, na data de 17 de agosto de 2020:

Em recente decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), esta corte determina o fornecimento de medicamento Zolgensma à criança Marina Ciminelli, de um ano e nove meses, portadora de AME (Atrofia Muscular Espinhal) por parte do Ministério da Saúde, no valor de 2,1 milhões de dólares, ou seja, aproximadamente 12 milhões de reais.

Um dos medicamentos mais caros do mundo, para fazer o efeitos almejado, necessita ser administrado até os dois anos de idade, o que gerou uma forçosa de corrida contra o tempo. Trata-se de uma doença degenerativa rara, que compromete os movimentos vitais, como se mover, respirar e engolir.

Diante da evidente impossibilidade de custear o tratamento milionário, os pais de Marina buscaram a tutela jurisdicional, invocando o auxílio do Ministério da Saúde para importar o medicamento.

Após o deferimento do pedido, cinco meses se passaram sem o cumprimento decisão, porém no último dia 12 de agosto (2020) o TRF-1 determinou o pagamento em 48 horas, tendo o Ministério da Saúde enviado resposta, confirmando estar providenciando dez milhões de reais por meio de depósito judicial. Ainda assim o valor não seria suficiente, restando um saldo para o pagamento total do medicamento, pois o valor ficou defasado em virtude do prazo que se passou desde a primeira decisão, considerando que a cotação do dólar alavancou nos últimos meses.

A presente situação tem dividido a opinião dos estudiosos, pois gera exatamente o exato conflito entre nos direitos sociais, mais especificamente entre o direito desta criança individualmente, em contrapartida aos direitos coletivos de vários indivíduos. Perceba-se que o direito desta criança foi atendido, porém com o desfalque aos cofres públicos que este enorme valor gerou, medicamentos diversos deixaram de ser adquiridos, comprometendo os direitos sociais de outras dezenas de pessoas.

Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levados em conta no processo de “pesos e contra pesos”, bens e providencia judiciais invocadas, para suprir a ordem e a concretização de um direito fundamental aparentemente omitido.

Outros elementos devem participar do processo de ponderação como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, (não que um direito se sobreponha a outro), as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e a eficácia da providência judicial almejada (MÂNICA, 2015).

Os objetos em ponderação não são os direitos sociais, mas as expressamente mencionadas dignidade humana e possibilidade financeiras (...). Então, o direito a um mínimo existencial tem, de fato, o caráter de uma regra. Mas isso não é argumento contra a ponderação dos direitos fundamentais sociais. Há duas regras fundamentais na teoria dos princípios. A primeira é a lei da ponderação, que se aplica quando o princípio da dignidade humana colide com o princípio das possibilidades financeiras, e a qual pode ser complementarmente desenvolvida como fórmula do peso (*weight formula*). A segunda é a regra de colisão de princípios. A regra de colisão de princípios determinada que “as circunstâncias, segundo as quais um princípio tem procedência sobre outro, constituem o suporte fático de uma regra que tem as mesmas consequências jurídicas que o princípio dotado de precedência”. A dignidade humana tem procedência sobre possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido. Sob essa condição, o Estado é peremptoriamente obrigado a assegurar o mínimo existencial; o indivíduo tem um direito indiscutível a isso, e o tribunal constitucional se vê definitivamente obrigado a condenar o Estado se não cumprir este dever estatal (ALEXY, 2015, p. 176 e 177).

Entende-se que a junção da proporcionalidade do caso concreto, vislumbrando direitos fundamentais sociais rompidos e o montante disponível para suprimento desse paradigma, deve ser ponderado, levando em consideração o mínimo existencial para o indivíduo, para que assim, seus integrantes possa levar uma “vida digna”, dentro do comparativo exposto das Nações Unidas sobre os direitos humanos.

Nesta senda, a busca pelo cumprimento dos direitos resguardados em nossa lei máxima, a famosa “justiça”, vai de encontros com interesses governamentais em ajudar as demandas sociais, vem regadas de interposições culturais, com a requente reflexão e quem mais necessita da aplicabilidade da norma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As contendas sociais, políticas e econômicas nas quais a sociedade brasileira se permeia, possui implicações, as quais, as decisões do judiciário possuem a autoridade política de dar-lhes evidência, assim como, seria o ideal que lhes desse também soluções. Porém, caso haja ausência destas elucidações, e em caso de configurar-se a mudança relevante nos valores primordiais e regras magnas, a sociedade brasileira provavelmente ver-se-á diante de contrassensos obscuros, verdadeiros paradoxos jurídicos e sociais.

Tais paradoxos são geradores de situações as quais não se almeja nas interpretações teleológicas das normas, inclusive constitucionais, justamente as quais a carta magna tenta impedir, tais como, a validação de uma tirania e do judiciário, a qual reflete o resultado das deformidades sociais existentes, em prol do amparo dos interesses da seleta camada social favorecida, ou como a validação da usurpação do poder do executivo e do legislativo, ladeado por interesses próprios e particulares, restando aos menos favorecidos socialmente as mazelas deste descompasso.

Deste modo, o conceito de “justiça” se vê fundamentalmente atinente à atuação do poder judiciário, como regulador do legislativo e executivo, diante de uma sociedade desregulada e carente de jurisdicionar em maior volume em razão de tal desregulação, atribuindo gigante poder e responsabilidade do poder judiciário, que deve se atentar a tal premissa para não cair na tirania ideológica, e que vem desempenhando seus papéis caracterizado por querelas sociais, baseados no ideal de justiça, possuindo como maior desafio exatamente a justa repartição dos proveitos e prejuízos sociais.

A peculiaridade deste panorama reside justamente no fato de que, embora o poder judiciário se atrele à lei para nortear-se em suas decisões, por outro lado necessita, exatamente para aproximar-se da distribuição justa de vantagens como supracitado, de aprimoramento das formas de coação e aplicabilidade das vantagens fornecidas pelo estado constituinte, desenvolvendo habilidades de ponderação no que concerne aos direitos sociais subjetivos, assim como à repartição dos recursos públicos, e, conseqüentemente sociais.

Nesta perspectiva, a atuação do judiciário adequada seria fornecer políticas de eficácia da distribuição das finanças públicas, de forma a evitar a disparidade de aplicabilidade, sem a devida ponderação dos recursos disponíveis, para que assim, a justiça social, possa ser garantida em lei constituinte e efetivamente diligente em sociedade.

Para a concretização da justiça social faz-se necessária a junção da proporcionalidade financeira e a ponderação das garantias fundamentais, objetivando o mínimo existencial digno aos cidadãos, pois, , as garantias sociais não tem validade sem os recursos necessários para a sua aplicabilidade, figurando o famoso ditado jurídico, “ganhou, mas não levou”.

Finaliza-se com a célebre frase de Aristóteles (1973, p. 199), que reflete a presente discussão acerca dos direitos sociais: “Eis aí, pois, o que é justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro

demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso, e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert; Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade in ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. Dignidade Humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973, v.4.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico do espaço democrático*. In

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. Coimbra: Separata do Boletim de Ciências Econômicas, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* - Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRASER NANCY. *A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação*. Revista Crítica de Ciências Sociais, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. SPERBER, Georg. SOETHE, Paulo Astor (trad.). São Paulo: Loyola, 2002, p. 147/176

JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *A cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In **Revista de Informação Legislativa/Senado Federal**, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, nº 36, 1999. p. 239-260.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In.: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113-141.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP – Belo Horizonte: Fórum, n. 18, p. 169/186. 2015.

MATTOS, Pablo Pereira de Mattos. *Breves apontamentos sobre a implementação dos direitos sociais*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 67, set. 2010 – dez. 2010, p. 61-86

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. v. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 134-156.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos Humanos. Comunicação 458/1991. Albert Womah Mukong vs Camarões, Genebra, 21 de julho de 1994. *Selected decisions of the human rights committee under the optional protocol*, Genebra, vol. 5, p. 86-94, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Caso Cantuta vs. Perú. Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, São José, 30 de novembro de 2007.

PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas, in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 45-68.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Direitos Fundamentais: *Direitos de todos? O dever ético constitucional e a Reserva do Possível*. Disponível em professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/RBDC-10-259-Joao_Carlos_Navarro_de_Almeida_Prado.pdf. Acessado em 02 set. 2020.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

Revista Direito da UNISC, Santa Cruz, nº 9/10, p. 51-

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In. LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, fls.213/253.

STRECK, Lênio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado in

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

Caso concreto:

<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/08/17/justica-do-df-manda-ministerio-da-saude-garantir-remedio-mais-carro-do-mundo-a-crianca-com-doenca-rara.ghtml> Data da pesquisa (01 de outubro de 2020).