



IVERSON KECH FERREIRA¹

Conceituando Escolhas Trágicas: a distinção de direitos e o mínimo existencial

Conceptualizing tragic choices: the distinction of rights and the minimum core of existence

ARTIGO 4

54-64

¹ Advogado Criminalista atuante no Estado do Paraná, Mestre em Direito, Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal (Academia Brasileira de Direito Constitucional) Professor de Direito Penal, Criminologia, Prática Jurídica Penal e Sociologia Jurídica.

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo verificar como a administração pública, em sua função pós-orçamentária, aloca os recursos que, por natureza, são sempre escassos diante dos elevados gastos da máquina pública, engendrando, dessa forma, a chamada “reserva do possível”. Isso implica escolher quais direitos sociais serão, de fato, tutelados pelo Estado. Ao definir essas escolhas trágicas, o administrador público opta por um grupo de pessoas que será afetado pela ausência do direito social excluído, quase sempre por razões financeiras. Este trabalho não se propõe a explorar ou apresentar soluções, mas sim a compreender como essas decisões são tomadas e a confirmar a existência do dever real do Estado de garantir a prestação do mínimo vital necessário para uma vida digna, conforme preconizado pela Constituição Federal ao assegurar a dignidade da pessoa humana. É função tanto do Estado quanto do cidadão cobrar e defender os direitos conquistados por meio de inúmeras lutas sociais ao longo dos anos, compreendendo que a cidadania plena apenas se consolida com a promoção da dignidade humana, a qual depende do engajamento dos cidadãos com o objetivo de reduzir as mazelas sociais e, assim, fiscalizar e proteger os direitos de todos.

Palavras-chave: Direitos sociais. Reserva do possível. Administração pública. Escolhas trágicas. Dignidade da pessoa humana.

Abstract: This research aims to examine how public administration, in its post-budgetary function, allocates resources which are inherently scarce given the high costs of the public sector, thus generating the so-called “reservation of the possible.” This results in selecting which social rights will actually be safeguarded by the State. By making these tragic choices, public administrators decide which groups of people will be affected by the exclusion of certain social rights, most often due to financial constraints. This study does not intend to explore or propose solutions, but rather to understand how such decisions are made and to affirm the State’s actual duty to provide the minimum essential conditions for a dignified life, as established by the Federal Constitution through the principle of human dignity. It is the responsibility of both the State and its citizens to uphold and defend the rights that have been won through years of social struggle, recognizing that full citizenship can only be achieved through human development – which depends on civic engagement aimed at reducing social hardships, while monitoring and protecting the rights of all.

Keywords: Social rights. Reservation of the possible. Public administration. Tragic choices. Human dignity.

CONCEITUANDO ESCOLHAS TRÁGICAS

O conceito de Holmes e Sunstein, em relação à escolha entre um direito e outro, basicamente afirma que, quando um direito é efetivado em detrimento de outros, significa, primordialmente, que alguém está sendo priorizado em oposição a outrem. Todavia, nos países latino-americanos, um novo cenário passou a predominar a partir da Segunda Grande Guerra e, a passos largos, a região caminhou rumo à democratização de seus governos e à constitucionalização dos conhecidos direitos sociais difundidos pelos tratados internacionais e declarações de direitos do homem, no tocante à dignidade. No Brasil, foi a partir da redemocratização e da formação do Novo Estado que os direitos sociais passaram a ocupar destaque outrora inexistente.

Todavia, o Poder Judiciário passou a tutelar os cidadãos, que passaram a experimentar um rol de garantias e direitos, incluindo a virtude dos mecanismos que postulam essa tutela. Assim, Abramovich, citado por Sonia Fleury, assinala que:

[...] o efeito que o reconhecimento dos direitos sociais impõe à institucionalidade das políticas públicas, ao exigir padrões de acesso, prestação, avaliação e controle. O poder que se outorga aos juízes neste cenário democrático não pode ser visto apenas como um aspecto negativo, pelo fato de que a tutela possa exercer-se sem levar em conta limites financeiros das políticas públicas. É certo que esta contradição entre o poder de julgar e as capacidades de implantar tem se acentuado no campo das políticas sociais desde a constitucionalização dos direitos sociais. Mas esta tensão pode ser vista como fundamental para o avanço das políticas sociais, fazendo com que os governos assegurem a exigibilidade dos direitos com dotações de recursos compatíveis com as demandas (Fleury, 2011, pp. 2686-2688).

Dessa forma, o reconhecimento do direito passa pelo crivo do custo-benefício, entrando em contradição com as políticas sociais e a socialização dos direitos do cidadão. Não obstante, as escolhas em determinadas vezes passam a ser trágicas e recorrentes em nossos tribunais, principalmente no tocante à saúde. A reserva do possível traz em seu contexto histórico pensamentos romanos que afirmavam que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*), tese a qual se ampara a afirmativa de que a insuficiência dos recursos orçamentários não deve ser considerada como indistinto logro, mas sim, deve trazer um cabedal repleto de conteúdo que justifique as escolhas realizadas. Sendo escassos os recursos do Estado, deve-se levar em consideração que, a partir das escolhas realizadas, algumas pessoas seriam atendidas, e outras não. Portanto, a necessidade da escolha trágica sempre deve ser feita com exclusividade pelo poder Legislativo e pelo poder Executivo, enquanto apenas estes possuem legitimidade e conhecimento técnico/jurídico para tal. Todavia, a escolha apenas se conforma perante o comprometimento do orçamento público para a área afetada com a devida comprovação de que não pode ser atendida, conforme ato decidido pelo STF, o AgRg-RE 271286/RS¹. Assim, Calabresi e Bobbitt afirmam em uma frase que, a partir de uma polarização de prioridades, há perpetua desvantagem para um dos lados, quando “nós não podemos saber por que o mundo sofre.” Mas podemos saber como o mundo decide que o sofrimento virá para algumas pessoas e não para os outros” (Calabresi; Bobbitt, p. 17, 1978, tradução nossa).

A preocupação concernente às escolhas trágicas é que apenas X receberia a tutela estatal, enquanto Y não seria contemplado. Numa análise dialética, seria reconhecido que X estaria sendo beneficiado; porém, não há como definir a neces-

¹ Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21688289/apelacao-civel-ac-201050010148220-rj-20105001014822-0-trf2>

sidade de Y sem que este então se indigne e venha a público trazer as suas mazelas. Assim, como Holmes e Sustein, anteriormente citados sobre a priorização de direitos, a parte vencedora nem sempre sabe que venceu, todavia, as dificuldades de Y ainda continuarão e este as perceberá. Dessa forma, Galdino sustenta:

As legitimações democráticas das decisões não provêm unicamente da conformidade e parâmetros preestabelecidos (da observância da legalidade, por exemplo), mas também dos seus efeitos práticos sobre as pessoas. E o Direito, como instrumento democrático, deve estar preocupado não só em afirmar direitos ou valores, mas em promover o bem-estar das pessoas concretas. Neste sentido, reconhecer um direito concretamente a uma pessoa - especialmente em termos de custos e benefícios - pode significar negar esse mesmo direito (concretamente) e talvez vários outros a muitas pessoas, que possivelmente sequer são identificadas em um dado litígio (Galdino, 2005, p. 565).

Observa-se a importância, e isso por questão de justiça, que dentro do possível o principal ideal deve ser o de alcançar a totalidade da população, não limitando os direitos fundamentais apenas a certa quantia de pessoas, estabelecendo um equilíbrio evidente (Amaral, 2020, p. 151).

Cabe à Administração Pública destinar recursos públicos de maneira a não beneficiar unicamente determinada parcela da população, ao atender apenas uma pequena parte das necessidades e direitos fundamentais. Ao destinar tais recursos, escolhendo qual o direito a ser contemplado, é que se inicia a valoração das escolhas trágicas. Sendo os recursos considerados finitos e o número de demandas variadas, ao abrir mão de uma escolha e aceitar outra se inicia a “teoria das escolhas trágicas”; ao deixar de contemplar alguma necessidade tida como premente para

a população, mas ao mesmo tempo considerada pelo administrador menos imperiosa que a escolhida. Os direitos sociais estão incluídos na categoria de direitos fundamentais. A alta elevação desses direitos, tidos como cláusula pétreas na ordem constitucional, demonstra a preocupação do legislador constituinte em promover o avanço social. A característica mais marcante de tal espécie de direitos é a presunção de que haja uma prestação positiva por parte do Estado, entretanto, por se tratarem de normas programáticas, alguns desses direitos padecem de exequibilidade. Assim, a invocação do Poder Judiciário para obrigar o Estado a satisfazer a prestação positiva menosprezada se tornou comum.

Assim, sendo a escassez de recursos uma real condição que torna a previsão constitucional insuficiente para garantir a realização de certos direitos fundamentais, converte o entendimento do texto supra da lei nacional em mera predição, quando não há condições de alcançá-lo e atingi-lo de fato, realizando as escolhas nocentes:

Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de Fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais (Amaral, 2020, p. 37).

A escassez é medicada diariamente pelo administrador público holística e integralmente, que se encontra frente aos recursos limitados tendo que atender infinitas demandas. Qualquer ato de desconformidade precisa ser constatado, como por exemplo, a má administração das reservas e finanças públicas. Todavia, o judiciário por sua vez pode vir a ser provocado com intuito de controle destas ilegalidades, conferindo o direito do cidadão, que se encontra diante a um vazio criado pela escolha do administrador, não sendo contemplado pelo

direito que necessita. Assim, deve o Ministério Público mover ações civis que prestem o intuito de corrigir os rumos das políticas públicas já representadas e espelhadas no orçamento, que não foram realizadas por omissão do administrador público, engendrando o Poder Judiciário no rastreio dos direitos dos cidadãos, em especial destaque para os direitos difusos na área de suas próprias competências constitucionais, sendo estes direitos uma vez violados ou não implementados.

A Constituição de 1988 previu o mandado de injunção para que, na falta de lei regulamentadora, o Judiciário proveja o direito. O problema é que as decisões judiciais levam em conta somente a questão jurídica, sem sopesar as consequências que a obrigação judicial atribuída ao Poder Público terá sobre o orçamento de cada ente. Decisões desse tipo podem comprometer boa parte dos recursos públicos e impedir que outros direitos, ou o mesmo direito a outros cidadãos sejam prestados por falta de verba disponível, pois como considera Galdino (2015, p. 35): “[...] todo direito tem seu custo”.

Diante de tais considerações, surge o seguinte questionamento: os direitos devem existir na medida das possibilidades orçamentárias do Estado prestacional ou o Estado prestacional deve existir na medida da necessidade do seu povo? A falta de recursos para financiar a prestação de todos os direitos sociais previstos na Constituição impõe que alguns direitos devem ser prestados prioritariamente em relação a outros. Sobreindo a necessidade de escolher qual direito prestar, deve-se atentar principalmente para a promoção da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

O MÍNIMO EXISTENCIAL

Após definir o entendimento de que todo direito tem um custo e que o administrador público em um condicionamento da efetividade dos direitos sociais aos recursos financeiros existentes,

programa uma escolha entre os direitos (reserva do possível), definida como trágica a partir do momento que esses direitos não contemplados interfiram negativamente na vida dos cidadãos, deve-se frisar o sentido do mínimo existencial.

Contudo, direitos humanos personificam categoria jurídica que tem o intuito de prover o mínimo existencial, respeitando a existência do ser humano em condições mínimas necessárias. Para Torres, este “mínimo existencial é pressuposto para a felicidade do ser humano e carece de conteúdo específico, a exemplo do direito à saúde, à alimentação etc.” (Torres, 1989, p. 49).

Luís Fernando Barroso comprehende o mínimo existencial como sendo o “conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos” (Barroso, 2002, p. 455).

O primeiro a ser referir ao mínimo existencial foi o inglês Jeremy Bentham, ao tratar a teoria do Mínimo Ético, estudada e aperfeiçoada pelo alemão Georg Jelinek. Para o estudioso germânico, a Teoria do Mínimo Ético agrega a relação entre o Direito e os valores imprescindíveis à manutenção da sociedade, que por este devem ser resguardados. (Estigara, de 2008, p. 42).

Assim, é de relevante importância entender que o direito ao mínimo existencial é amparado como ilação do direito à dignidade humana. A “[...] dignidade aponta para certo nível de satisfação das necessidades, uma vez que um ser humano precisa do mínimo de existência para que ele possa gozar os seus direitos e para que leve, neste sentido, uma existência humanamente digna” (Tugenghat, 2007, p. 88)

A base de suporte do mínimo existencial é o princípio da dignidade humana, sendo este diretamente aplicável sem qualquer afronta ou necessidade em passar por alguma escolha realizada pelo administrador (Alexy, 1997, p. 79). Assim, entende que o mínimo existencial é regra constitucional.

nal resultante da observação dos princípios que envolvem a dignidade da pessoa e de igualdade, afirmado, destarte, a sua condição obrigatória. Nesse sentido, Pontes de Miranda, citado por Piovesan e Conti, traz a sua inteligência:

[...] o direito à vida implica a assistência obrigatória como produzirá outras medidas. E não se diga que é metafísica a natureza dele; poucos vivem tão nítidos na consciência social e poucos têm a defendê-los tão poderosas forças congregadas [...]. Se qualquer sociedade não vê e não evita a morte dos indivíduos que aos poucos se debilitam por falta de agasalho no inverno ou de comida durante a calamidade de clima ou escassez de trabalho, não pode ela pretender que assegure o direito à existência (Piovesan e Conti, 2007, p. 79-80).

Dessa maneira a coexistência entre as pessoas dentro da sociedade e a fraternidade entre os seus entes (cidadãos) e de qual forma estes lutam por justiça e enxergam as mazelas do próximo, condiciona o povo e seus administradores à construção de um ideal de igualdade e dignidade, alcançando a condição de real cidadania. Assim, afirmando os preceitos de igualdade e bem-estar social também se faz brilhante a lição de Zavascki:

[...] assim como o ideal de liberdade não pôde ser adequadamente cumprido sem a implementação efetiva e material dos direitos de igualdade – e daí o surgimento do Estado do bem-estar social – também não se poderá implantar uma sociedade igualitária sem que se promova a efetivação do terceiro sonho dos revolucionários franceses: o sonho da fraternidade (Zavascki, 1998, p. 227).

Diante a esta afirmação não há maneiras de alguém negar a mínima condição digna da vida de qualquer pessoa, dentro do Estado. Para Barroso, a dignidade da pessoa é inviolável e sua origem é

proveniente de uma gama de direitos fundamentais tendo o direito à vida como pedra estrutural, o direito à igualdade em segundo plano, em terceiro à integridade física e a integridade moral.

Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida. E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço (Barroso, 2002, p. 57).

Barroso explica que o mínimo existencial está atrelado à dignidade da pessoa sendo núcleo essencial dos direitos fundamentais. Pensar a dignidade como um caminho para a igualdade é fruto da quebra de paradigmas antigos, onde digna condição era sinônimo de força política, poder econômico e posição social, é o passo principal de todo o estudo acerca do tema realizado.

A definição de pobreza não é advinda da contemporaneidade, mas sim da história humana. Desde antigas épocas essa mazela social recai em todas as sociedades do mundo. Para o sociólogo Peter B. Townsend, em sua redefinição de pobreza nos anos 70, diz que “[...] não significava apenas não ter o nível mínimo de nutrição ou subsistência, todavia, significa, não atingir o padrão prevalecente em uma certa sociedade” (Townsend, 1971, p. 39).



ENTRETANTO, A QUESTÃO DA POBREZA LATENTE E DAS IMENSAS DESIGUALDADES SOCIAIS EXISTENTES EM NOSSO PAÍS, FAZ COM QUE EXISTAM CADA VEZ MAIS DIREITOS A SEREM ADIMPLIDOS E NECESSIDADES BÁSICAS QUE DEVEM SER EFETIVADAS. PARA ISSO, O ORÇAMENTO QUE SURGE BASICAMENTE DOS IMPOSTOS PAGOS PELOS CONTRIBUINTES, DEVE SER DEFINIDO COM TOTAL RESPONSABILIDADE, BOM SENSO E CONHECIMENTO SOCIAL. DEIXAR DIREITOS DE FORA PODE CAUSAR LESÕES IRREVERSÍVEIS.

Contudo, o Estado Democrático de Direito possui maiores responsabilidades, determinantes para a sua população e que o diferenciam de qualquer outra forma de governo, tendo “[...] um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência” (Streck; Morais, 2014, p. 92). Ele precisa ser o mais inclusivo possível, e isto possui relação aos direitos das pessoas e suas condições básicas de vida e de uma existência com dignidade. Nesse ponto; pauta-se em um Estado não utilitarista, pois deve atender a todos da mesma forma, e não apenas uma maioria; ou mesmo, apenas uma minoria. Entretanto, a questão da pobreza latente e das imensas desigualdades sociais existentes em nosso país, faz com que existam cada vez mais direitos a serem adimplidos e necessidades básicas que devem ser efetivadas. Para isso, o orçamento que surge basicamente dos impostos pagos pelos contribuintes, deve ser definido com total responsabilidade, bom senso e conhecimento social. Deixar direitos de fora pode causar lesões irreversíveis.

Todavia, é a existência minimamente condigna que define juridicamente a questão da pobreza, segundo o mestre Canotilho:

[...] em se tratando do mínimo existencial, que é o fator que assegura a cada cidadão a vida com dignidade no que diz respeito a uma vida saudável e que se nivele aos padrões qualitativos considerados mínimos que vão além da sobrevivência física e do exercício das liberdades fundamentais, sendo certo que o conteúdo do mínimo existencial está condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento e destacam a importância do ato de visibilizar os titulares de direitos, que só desta maneira conseguirão titularizar algo. Visíveis entram no universo dos direitos, não somente por meio das leis, mas também, e acima de tudo, para e pelos olhos do intérprete destas (Canotilho, 2010, p. 33).

A proteção ao mínimo existencial embasa a ligação entre pobreza, exclusão social e direitos sociais para Ingo Sarlet (Sarlet, 2002, p. 96). Assim, o mínimo existencial se

configura em uma das essenciais condições para o exercício da liberdade e dos direitos humanos, atrelada diretamente aos direitos fundamentais. Dessa forma, Torres explica que:

O mínimo existencial é um direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e garantido positivamente pelas prestações estatais. O mínimo existencial constitui uma das condições para o **exercício da liberdade e dos direitos humanos**. Pode se expressar no princípio da igualdade, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito ou no devido processo legal. Não se confunde com os direitos sociais e econômicos, que não são fundamentais (Torres, 1989, p. 73, grifo nosso).

A definição da importância do direito a ser escolhido não é tarefa fácil, mas definida por gerais princípios e imensas responsabilidades. Todavia, enquanto a exclusão social cresce a níveis alarmantes, a sociedade estabelecida possui uma barreira que funciona contra os pobres e excluídos, separando-os como seres diferentes que margem a sociedade.

Faz-se necessário repensar o conceito de bem comum e alteridade, como uma boa forma de iniciar a redução da exclusão social. Para isso, o amplo conceito de cidadania deve ser relevado e a real promoção humana venha a ocorrer de dentro da sociedade para suas estruturas políticas, com intuito de possuir uma base fundamentada na aceitação, na empatia, na alteridade e na consciência de cada um. Políticas públicas devem ser escritas sob esse critério (Sarlet, 2002).

No ano de 1993, a ONU realizou a II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, Áustria, onde trouxe sua compreensão a respeito dos direitos humanos, que definem o acolhimento ao mínimo existencial:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade, dando a todos o mesmo peso. Deve-se ter em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, assim como aquelas dos diversos patrimônios históricos, culturais e religiosos, porém, os Estados têm o dever, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Assim, é condição do Estado, do cidadão e dos mais variados organismos de proteção à vida humana levar ao mundo real a concretização desses direitos no Brasil e além-fronteiras.

Um exemplo de concretização desses direitos, foi a decisão proferida pelo ministro Relator Celso de Mello ao julgar a ADPF/45DF, analisando as escolhas trágicas realizadas pelo poder público no tocante à área da saúde, acusando a inafastabilidade do judiciário em casos onde a discricionariedade do ente público, ao escolher entre um direito e outro, pode causar uma lesão permanente ao bem jurídico tutelado:

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal que a instituição

governamental interessada deduziu na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas "escolhas trágicas" (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, "Tragic Choices", 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro. Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde (Informativo/STF nº 345/2004).

Ainda, ao concluir seu voto, o R. Ministro apresenta a discussão sobre a eficiência administrativa, afirmando que houve descaso ao preceito constitucional e aos básicos direitos da pessoa, aceitando que a teoria das escolhas trágicas não parte apenas dos escassos recursos, mas também, do bom senso e da lídima busca por justiça, em seu conceito mais amplo:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde (Informativo/STF nº 345/2004).

O Superior Tribunal de Justiça em acórdão² do Ministro Relator Humberto Martins, em autos do Recurso Especial nº 1.185.474-SC, julgado em 20 de abril de 2010, assim definiu a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público de Santa Catarina na qual intentava obter o acesso a creche pelos menores de zero a seis anos:

² Ver Publicação no Informativo STJ nº 431 – Aviso PGJ nº 317/10. DOE 10/05/2010.

[...] em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. [...] Porém, é preciso ressalvar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável.

Dessa forma, as omissões injustificáveis são consideradas pelo Poder Judiciário como uma afronta aos direitos da pessoa, todavia, como no caso estudado acima; a carência do orçamento comprova uma vez mais o custo efetivo do direito e assim corroborando com Flávio Galdino e sua percepção que “direitos não nascem em árvores” (Galdino, 2005, on-line). Ademais, nota-se que o limite aceitável em uma escolha trágica está no fato de esta escolha atingir particularmente e tão drasticamente a sobrevivência das pessoas e um mínimo existencial ou, a maneira a qual essas se relacionam com a falta daquele direito não contemplado. Se este for um direito de extrema necessidade, há sua relevância jurídica e a tutela pode vir a ser “encomendada” por

meio de intervenção judicial. No que tange às escolhas pelo parecer ministerial acima, interpreta-se que elas não devem existir, mas sim ser adimplidas de forma criteriosa, tratando o orçamento público com parcimônia e sabedoria.

Por outro lado, em conclusão, a questão que fica é pertinente: como definir qual direito é relevante à vida das pessoas e como estas, mesmo tendo seus direitos resguardados no fulcro constitucional valoram e percebem a falta destes direitos. Para responder essa pergunta, implica considerar as construções teóricas abordadas pelo princípio da dignidade da pessoa, que deve ser efetivada pelo discurso daquilo que se considera como um mínimo existencial para a digna vida humana em sociedade. Em um país tão desigual, essa escolha pode ser o estopim para grandes injustiças, ou o moldar de caminhos cada vez mais iguais e inclusivos.

A busca pelos direitos sociais perfaz e molda a história trazendo para a contemporaneidade o fruto plantado por diversas lutas travadas em prol de sua afirmação. Assim, estudos acerca do tema abordado além de relevar as conquistas merecidas no âmbito social no Estado Democrático de Direito, possuem em seus desígnios uma homenagem ímpar àqueles que travaram batalha e escreveram a história de um País em prol dos direitos sociais e da dignidade da pessoa. Ainda, ao direcionar as pesquisas ao tema é que objetivamente e com responsabilidades se pode concluir se há ou não o respeito e respaldo da lei por parte do ente estatal, em transformar os recursos recebidos em favor do cidadão, que é a real razão de ser do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARROSO, L. R. **A nova interpretação constitucional**: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CALABRESI, G.; BOBBIT, P. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton, 1978.

CALIENDO, P. **Direito tributário e análise econômica**: uma visão crítica. São Paulo: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTIGARA, A. O crédito integra-se ao conjunto de condições necessárias ao patrocínio do mínimo ético existencial. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, DF, ano 7, n. 72, p. 18-25, mar. 2008.

FLEURY, S. Direitos sociais e restrições financeiras: escolhas trágicas sobre universalização. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 2765-2778, jun. 2011.

GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

LEIVAS, P. C. O Direito Fundamental à Alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, F.; CONTI, I. L. (coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 105-132.

PIOVESAN, F.; CONTI, I. L. (coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, I. W. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. In: ANNONI, D. (org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 20-49, jul./set. 1989.

TOWNSEND, P. B. **The concept of poverty**: working papers on methods of investigation and life-styles of the poor in different countries. London: Heinemann Educational, 1970.

ZAVASCKI, T. A. Direitos fundamentais de terceira geração. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 215-227, 1998.