

A inclusão do direito à alimentação no rol do artigo 6º da constituição federal e a questão da eficácia dos direitos sociais

Melissa Barbieri de Oliveira ¹
Angélica Padilha Servegnini ²

Resumo

¹ Mestre em Ciências Jurídico Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, professora da cadeira de Direito Civil da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – campus Francisco Beltrão – PR e da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior. Membro do GEPSA – Grupo de estudo e pesquisa em segurança alimentar (UNIOESTE). Advogada. melissabarbieri@hotmail.com

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior e Pós-Graduada em Direito Tributário pela UNISUL Universidade do Sul de Santa Catarina. anjelikinha@yahoo.com.br

Recebido: 09/Abr/2010
Aprovado: 12/Dez/2010

O direito à alimentação foi incluído no rol dos direitos sociais, elencados no artigo 6º da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional 64, que foi promulgada no dia 04 de fevereiro de 2010. Porém, a questão da efetividade das normas garantidoras de direitos sociais é questionável e assume fundamental importância na atual conjuntura, vez que tais normas estão estreitamente vinculadas à dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, imperiosa a verificação de sua aplicabilidade no que concerne a dualidade existente entre o direito estabelecido e os recursos escassos.

Palavras-chave: direito à alimentação, direitos sociais, reserva do possível, mínimo existencial, efetividade.

The inclusion of the right to food on the list of the sixth article of the Federal Constitution and the question of the effectiveness of social rights

Abstract

The right to food was included on the list of the copyright listed on the sixth article of the Federal Constitution from the Constitutional Amendment 64, which was enacted on the 04th of February of 2010. However, the question of the effectiveness of the standards which guarantee social rights it is questionable and it has fundamental importance on the current situation, since these standards are strictly bound to the dignity of the human person (aqui pode colocar "human being" - ser humano). Therefore, imperative checking its applicability concerning to the duality existing between the right established and scarce resources.

Keywords: the right to food, social rights, reservation possible, minimum existencial, effectiveness

Introdução

A partir da Proposta de Emenda à Constituição, PEC 21/01, de iniciativa do senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), surgiu a Emenda Constitucional 64 que foi promulgada em 4 de fevereiro de 2010 a qual torna a alimentação um direito social ao lado da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Tal inclusão é de indiscutível alcance social, pois o direito à alimentação vem para complementar o direito à dignidade da pessoa humana, direito fundamental base da carta magna brasileira.

Assim, o direito à alimentação passa a ser designado como direito social, sendo os direitos desta espécie intrinsecamente vinculados à igualdade e a dignidade da pessoa humana, que asseguram aos indivíduos condições materiais necessárias para a sobrevivência digna, consubstanciando pressupostos indispensáveis para o exercício da cidadania.

Os direitos sociais orientam-se ao propósito de disponibilizar meios materiais e de implementar conjunturas fáticas que possibilitem a efetiva fruição das garantias fundamentais. Em razão disso, são imprescindíveis para infligir limites e obrigações ao Poder Público, protegendo o indivíduo contra a ingerência do Estado. Ainda, fazem parte do núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, que está intimamente ligado à realização da justiça social.

Entretanto, a atual realidade socioeconômica revela a existência de uma intensa desigualdade social, que despoja muitos brasileiros do desfrute, da democracia plena. Com efeito, o principal problema que envolve os direitos sociais diz respeito à sua eficácia e efetividade, especialmente no que tange a implementação das normas constitucionais de princípios programáticos, bem como a imposição de suas políticas sociais ao Poder Público, diante dos obstáculos de ordem econômica e política.

Nesse contexto, destaca-se a importância do estudo da sistematização dos direitos sociais, que se revela indispensável para a delimitação do problema da sua efetividade. Assim, o que se sugere é o estudo dos direitos fundamentais sociais com a finalidade de dar subsídios à discussão acerca de sua efetiva proteção e realização, tendo por base a inclusão do direito à alimentação no elenco destes direitos.

Alocação do tema

Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, que asseguram a existência humana digna e a promoção da justiça social, correspondendo à própria exteriorização material da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Pertencem, dessa forma, à categoria dos direitos humanos e estão sujeitos ao sistema internacional de proteção. Logo, encontram-se amplamente difundidos e tutelados pela ordem constitucional que consagra o Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

Destarte, é comum a sujeição da efetividade dos direitos sociais prestacionais à disponibilidade de recursos públicos suscetíveis de serem utilizados para esta finalidade, em razão da sua inegável conexão com a esfera política e econômica.

Nesse sentido, foi articulada a teoria da reserva do possível, que sustenta que a eficácia das normas que regulamentam direitos fundamentais está relacionada à conjuntura econômica do Estado, de maneira que a insuficiência de recursos financeiros torna inexigível a garantia.

Outra teoria, em paralelo a esta, é a do mínimo existencial, a qual preceitua que deve existir um mínimo necessário a ser garantido para que se possa manter uma vida digna.

Por derradeiro, é preciso observar a necessidade de formatação de meios para suprir a deficiência do Estado em relação à promoção dos direitos sociais, principalmente no que toca ao direito à alimentação, que muito embora essenciais estão deixando em segundo plano as prioridades traçadas pelo Estado em suas políticas orçamentárias.

OS DIREITOS SOCIAIS

Considerações Iniciais

Os direitos sociais pressupõem a existência prévia de uma sociedade, instituição formada por acordo de vontades, onde se espera a cooperação mútua e o esforço de todos, principalmente do Estado, em benefício de cada indivíduo que nela se situa, sendo a sociedade o elemento garante do fundamento à existência dos direitos sociais.

O reconhecimento de direitos no âmbito legislativo está intimamente ligado ao período histórico, refletindo na produção normativa as inúmeras características políticas, econômicas, sociais e culturais de cada época.

Os direitos fundamentais evoluíram subdividindo-se em gerações conforme o momento histórico em que surgiram³. A consolidação de direitos fundamentais do homem em gerações deu-se de forma cumulativa e qualitativa e não por meio de evolução linear⁴. Assim, o direito a liberdade, a igualdade e a fraternidade se somam, e não, se sucedem.

A ideia de que o processo de surgimento e desenvolvimento se deu de forma cumulativa permite a noção de dimensões de direitos fundamentais, no sentido em que fazem parte de uma mesma realidade mutante, sendo compreendidos em múltiplas dimensões em perspectiva de caráter evolutivo⁵.

Destarte, à época do liberalismo econômico refletiu uma tendência a assegurar uma política de tutela às liberdades individuais, a antiga prática que restringia o poder a uma só pessoa deu lugar à clássica tripartição dos poderes proposta por Montesquieu, e se viu a possibilidade, mediante o processo legislativo que advinha de uma suposta representação dos interesses da população, de se impor limites ao poder do administrador⁶.

A verdade é que a positivação desses interesses, mediante a formalização em leis escritas, acabou por corroborar com o pensamento liberal, uma vez que os interesses protegidos, naquele período, eram predominantemente individuais.

Assim, a positivação dos direitos civis e políticos de primeira geração, também denominados liberdades públicas, se deu no início do século XIX⁷. Período este antecedido por inúmeras revoluções que tinham por escopo definir a área de atuação do indivíduo e a do Estado, preservando a máxima da liberdade.

Cabe lembrar, que o século XIX foi marcado por um grande crescimento econômico, o desenvolvimento industrial acabou por fazer do trabalho uma mera exploração de mão-de-obra barata, que enriquecia alguns poucos enquanto à grande massa populacional não era garantindo sequer condições salubres para a prestação laboral.

O antagonismo entre o liberal capitalismo e o início das doutrinas sociais acabou por gerar indagações sobre a insuficiência da positivação apenas das liberdades individuais neste novo contexto social.

³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.517.

⁵ DELGADO, Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. São Paulo: LTR. 2006, p.58

⁶ BEURLIN, Alexandra. Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil. Curitiba: Juruá. 2008. p. 41.

⁷ PIVA, Otávio. Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 – teoria dos Direitos Fundamentais. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2009, p. 28.

Neste sentido, passou-se a defender a primordialidade de adequar as normas a essa nova realidade, a necessidade de conscientizar a sociedade que da organização viria o real exercício do poder. Tal posicionamento, que contestou a omissão e a legitimidade do Estado, fomentou lutas e reivindicações que colocaram em risco o próprio capitalismo. Assim, o novo modelo de constitucionalismo, que exigia a regulação econômica e social, em contraposição ao liberalismo, até então defendido, surgiu progressivamente e tornou-se constante, em maior ou menor amplitude, em todo o mundo⁸.

Pode-se dizer que os direitos sociais tiveram como marco histórico inicial o fim da Primeira Guerra Mundial. Nesse conjunto de situações se estabeleceu um novo modelo de nação e os direitos eram a garantia da instituição dos serviços públicos relativos ao objeto desses direitos⁹.

O reconhecimento efetivo dos direitos sociais se deu na segunda metade do século XIX, direitos estes de segunda dimensão e chamados de liberdades positivas, uma vez que exigem do Estado uma prestação que visa satisfazer as necessidades mínimas da população.

Os direitos sociais surgiram em nível constitucional apenas no século XX com a Constituição do México (1917), da República Alemã (1919) e com a Constituição Brasileira de 1934¹⁰.

Nos tempos atuais, tais direitos estão previstos na Constituição Federal de 1988, no art. 6º, no rol de direitos econômicos e sociais, o qual foi modificado e acrescido de duas emendas constitucionais, o direito a moradia pela EC26/2000 e o direito à alimentação, agregado pela EC64/2010.

Liberdades Públicas e os Direitos Prestacionais

A lista de direitos sociais elencados na Carta Magna representa um rol de direitos exemplificativos. Os direitos sociais foram reconhecidos pela ordem jurídica, concepção vinculada ao jusnaturalismo, mas tal formalização legislativa não é o único pressuposto para que esses sejam respeitados, este é o sentido da cláusula

⁸ BEURLEN, Alexandra. Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil. Curitiba: Juruá. 2008. p. 43-44.

⁹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado da. Direitos Humanos e Cidadania. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2009. p.74.

¹⁰ KRELL, Andreas J.. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 19.

segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias não excluem outros direitos resultantes do regime e dos princípios adotados¹¹.

Desta maneira, admite a Constituição a existência de direitos implícitos, que são direitos não expressamente previstos, mas que, devido a sua natureza intrinsecamente correlata à proteção da dignidade e da igualdade podem ser aceitos como direitos fundamentais, como se consagrados fossem¹².

Assim foi o tratamento dado ao direito à alimentação até a inclusão expressa do mesmo no rol dos direitos sociais, pois o mesmo sempre esteve implicitamente consagrado na Constituição Federal.

A forma de interpretação utilizada deriva justamente do fato de que é impossível a Carta Magna enunciar de forma exaustiva e esgotar todos direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República seja parte, sendo que os direitos implícitos são induzidos ou deduzidos de outros que a Constituição explicita.

Os direitos sociais são prestações positivas concedidas pelo Estado, de forma direta ou indireta, enumeradas em normas constitucionais, de forma explícita ou implícita, que buscam proporcionar melhores condições de vida aos mais carentes, direitos que vislumbram a igualização de condições sociais desiguais. São pressupostos de validade dos direitos individuais ao passo que estabelecem condições materiais adequadas ao auferimento da igualdade real¹³.

A anuência de tais direitos marca a superação da perspectiva liberal e do antropocentrismo e passa a vislumbrar o homem para além da sua condição estritamente individual, considerando também a sua posição social em relação a direitos e deveres perante o Estado. Assim, as prestações positivas estatais devem se guiar visando sempre a melhoria das condições de vida e a promoção da igualdade material.

Os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos que se viabilizam mediante a atuação estatal, exigindo deste uma prestação. São direitos fundamentais do homem inseridos no modelo de Estado Social, que vislumbra dar condições de efetividade aos direitos da coletividade.

Observa-se que, a intervenção do Estado tem por finalidade eliminar as distorções econômicas e sociais existentes, assegurando

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 1º Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

¹² APPIO, Eduardo. Direito das Minorias. 1º Edição. São Paulo: RT, 2008, p. 114.

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional Positivo. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 289-290.

direitos relativos à saúde, educação, cultura, moradia, alimentação, dentre outros. Desta forma, ao passo que os direitos individuais se apresentam como liberdades em face ao Estado os direitos sociais representam defesas do indivíduo em face da dominação de outros indivíduos¹⁴.

Neste sentido, os direitos individuais são liberdades, de agir ou não agir ou de fazer ou não fazer, e os direitos sociais são poderes, são meios de participação no exercício do poder político¹⁵.

Os direitos sociais são direitos subjetivos e pressupõem a existência prévia dos direitos individuais, sua efetivação é ulterior a das liberdades públicas, à medida que estas se limitam ao direito de agir ou não, aos direitos sociais são inerentes os poderes de exigir a prestação estatal, são direitos de crédito, de prestação.

Os direitos de prestação são aqueles onde existe a possibilidade de exigência da intervenção estatal, como meio regulador, no intuito de atenuar desigualdades e assim projetar moldes para o futuro de uma sociedade construída com base na igualdade material¹⁶.

Estes direitos partem da premissa de que o Estado tem a obrigação de agir para amenizar desigualdades, promovendo a igualdade efetiva, real e solidária, são assim, neste sentido, direitos de promoção.

O reconhecimento das garantias sociais, freqüentemente, tende a obrigar que os poderes públicos intervenham na sociedade em prol dos governados em condições desiguais. A sua aplicabilidade se traduz em uma obrigação de fazer, uma atividade positiva, uma ação por parte do Estado, que leva a efeito o reconhecimento dos direitos sociais e conseqüentemente torna possível o exercício de direitos e liberdades fundamentais em conjunto¹⁷.

Os direitos sociais são direitos às prestações materiais do Estado e sua real efetividade implica diretamente na utilidade concreta dos bens e serviços colocados à disposição do indivíduo pela Constituição Federal no art. 6º e os demais direitos à esse rol inclusos por equiparação.

O Estado é o sujeito passivo desses direitos, uma vez que cabe à ele, como responsável, dar amplas condições a efetiva aplicação do texto constitucional. Contudo, algumas vezes esta responsabilidade apresenta-

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 97.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.23-25.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291.

¹⁷ QUEIROZ, Cristina. Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional. São Paulo: RT; Coimbra, 2009, p. 372.

se partilhada, como é o caso da responsabilidade da família, também apregoada em sede constitucional.

Por óbvio que não se verifica realização plena e efetiva do direito à vida sem que tenham sido atendidas as necessidades humanas primárias e essenciais à própria existência, tais como direito à alimentação, à saúde, habitação, de sorte que os Estados não podem se eximir do dever de assegurar o acesso de todos os indivíduos aos meios de sobrevivência¹⁸.

Tais direitos, que são contraprestações estatais, têm como objeto à prestação de um serviço, ou, na impossibilidade deste, a contrapartida em dinheiro. O Estado, como representante da sociedade organizada, institui os serviços públicos, dá aos direitos sociais uma garantia institucional de concretização e efetividade¹⁹.

Do reconhecimento do direito à alimentação

Feitas essas considerações, antes de se debater a questão da efetividade das normas sociais, impõe-se explicitar a previsão explícita e implícita do direito à alimentação no ordenamento jurídico.

Como foi mencionado, apesar de não haver, até então, previsão do direito à alimentação como direito social, o mesmo já era aceite de forma implícita, pois indispensável a alimentação para se assegurar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal e os direitos da personalidade, tal qual o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, bem como a saúde.

Antes do dispositivo expresso, vários outros instrumentos no plano nacional e internacional já conferiam à alimentação o *status* de direito humano fundamental, sendo imperiosa sua proteção em virtude de sua essencialidade²⁰.

Porém, mesmo que a previsão do direito à alimentação não estivesse explicitamente colocada na norma, impossível não se interpretar tais dispositivos sem vislumbrar o direito à alimentação. Veja-se:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 25 prevê que: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação (...).”

O Pacto dos direitos civis e políticos, ratificado pelo Brasil em 1992, no artigo 6º - 1., aduz que “O direito à vida é inerente à pessoa

¹⁸ NUNES, Mérces da Silva. O Direito Fundamental à Alimentação: e o princípio da segurança. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 53

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.51.

²⁰ NUNES, Mérces da Silva. O Direito Fundamental à Alimentação: e o princípio da segurança. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 52

humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, coloca no artigo 11, parágrafo 1º, que: “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua nas suas condições de vida”.

O mesmo dispositivo ainda menciona que “Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

O Pacto Mundial de Segurança Alimentar,(1985) no artigo 3º impõe: “A realização da segurança alimentar mundial deve ser um objetivo integrante dos planos econômicos e sociais”.

Para tanto, o respectivo pacto coloca que “As medidas devem ter por finalidade a consecução de três objetivos concretos: produzir um volume apropriado de alimentos, aumentar a estabilidade da oferta alimentar e assegurar o acesso aos alimentos às pessoas que deles necessitam”.

A própria Constituição Federal já fazia menção implícita do direito à alimentação, pois trata-se, ademais, de um direito humano e um direito fundamental, sendo ainda considerado, como já referido, um direito essencial para a realização de todos os outros direitos.

Assim, em diversos dispositivos constitucionais percebe-se tal referência: como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) como direito fundamental, a proposta de erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, III), a prevalência dos direitos humanos na regência das relações internacionais do Brasil (artigo 4º, II).

Além disso, há ainda o próprio artigo 6º, que reconhece e assegura os direitos sociais e agora menciona o direito à alimentação expressamente em seu rol, com a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

Aplicabilidade e Efetividade da Norma Constitucional

O Estado atua mediante a realização normativa e a implementação de serviços públicos, definindo e executando políticas sociais, criando direitos e garantindo sua aplicabilidade e efetividade.

No que concerne a aplicabilidade da norma constitucional é predominante na doutrina pátria entendimento de que esta se dá em uma sistematização tripartida. Assim, existem normas de eficácia plena (efeitos imediatos), normas de eficácia contida (os efeitos podem ser limitados) e normas de eficácia limitada (depende de legislação posterior que a regulamente) sendo esta subdividida em norma de princípio institutivo e de princípio programático²¹.

O texto Constitucional, art. 5º §1º, estabelece que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Neste sentido, agiu o legislador para evitar que tais enunciados não careçam de eficácia por falta de regulamentação.

Os direitos e garantias fundamentais explícitos são os preceitos elencados no título II da Constituição Federal, e nele estão inclusos os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos.

Uma interpretação literal do preceito constitucional permitiria acreditar que todos os direitos e garantias fundamentais seriam normas de eficácia plena, já que eivadas de aplicabilidade imediata. Entretanto, quer pela atual conjuntura socioeconômica brasileira, ou pelos inúmeros outros métodos de interpretação constitucional existente, tal determinação, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais, não é aplicada.

Muito embora sejam usadas buscando indicar sinonímias, a doutrina apresenta diferenciação no emprego dos termos “eficácia jurídica”, que é a capacidade de uma norma constitucional de produzir efeitos jurídicos, e a “efetividade” que é o desempenho concreto da função precípua do direito, é a materialização da norma jurídica no mundo dos fatos. Sendo aquele o dever ser enquanto esta representa o ser²².

Assim, os princípios definidores dos direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata e eficácia plena, enquanto

²¹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7ª Edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

²² KRELL, Andreas. J.. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 39.

preceitos garantidores de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o revelam tal eficácia. É o que acontece a partir de agora com o direito à alimentação e por este motivo é de se questionar a eficácia de tal inclusão do rol dos direitos sociais.

O enunciado constitucional abrange as normas que prevêm os direitos sociais e coletivos e, em regra, pela Constituição vigente, estas também tendem a ter uma exigência imediata, contudo, algumas, principalmente as que mencionam lei integrativa são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta²³.

Neste sentido, existem normas constitucionais que outorgam um poder jurídico em sentido estrito, onde a situação subjetiva de realização independe de uma prestação alheia, ou seja, a satisfação não se resolve no cumprimento de uma obrigação por outrem, o bem jurídico é protegido e desfrutável em si mesmo. Por outro lado, certas normas carecem de uma relação jurídica, entre indivíduo e administrador, para gerar uma concreta utilidade, o usufruto do bem jurídico depende de uma contrapartida alheia²⁴.

A análise permite afirmar que as liberdades públicas possuem aplicabilidade imediata por serem direitos de ação ou omissão do indivíduo, que exigem do Estado abstenção, ou seja, não necessita que lhe prestem nada, mas apenas que não o embarace, ao passo que normas de poderes públicos pressupõem do Estado uma ação, são obrigações de agir do ente estatal, exigem uma prestação e nesse tem sentido aplicabilidade indireta.

O fato é que ao se verificar que regras exigem uma ação estatal, quase que na sua totalidade, carecem de norma regulamentadora para obterem aplicabilidade. Sabe-se que algumas, desde a promulgação da Constituição em 1988 ainda não o tem questionando-se o real fundamento destes preceitos, que caem no campo da inaplicabilidade por limitações legislativas.

Observa-se que o legislador garantiu aplicabilidade imediata baseando-se no conteúdo da norma, mas não se ateve a ideia de que, o que garante a instantaneidade é o fato das normas serem completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Assim, serão imediatas quando o seu mandamento for claro e determinado e não possuir lacunas, do contrário ela não será auto-executável pela natureza formal da norma²⁵.

²³ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22-23.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.104.

As normas de eficácia limitada de princípio programático sobre direitos sociais são as mais comuns no texto constitucional, tais preceitos estabelecem metas e finalidades por meio das quais o legislativo ordinário se baseia para elevar a nível adequado a concretização. Essas normas não representam meras recomendações ou sugestões, são na verdade programas, com base no direito aplicado, que buscam a realização, pelo ente estatal, de metas e finalidades.²⁶

Tais normas são conceituadas como “aquelas em que o legislador, constituinte, ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos”²⁷.

Nestes casos, a própria legislação, sua execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas, dados à sua função²⁸.

Os princípios programáticos são assim indicadores de fins sociais a serem realizados, têm por objeto o aprazamento de determinadas diretrizes que servem de fundamento e limite a balizarem a fixação de programas ou ações estatais, são verdadeiros programas políticos inseridos no ordenamento pátrio.

Existem doutrinadores que defendem ser a norma programática a expressão da conquista dos direitos fundamentais. Contemplados na legislação, tinha-os como conquistados e cessava-se a busca, sem eficácia plena os mesmos eram inaplicáveis até que se adotassem medidas que os dotasse de efetividade, e estas, contudo, nunca o vinham.²⁹

A peculiaridade de tais normas ocorre quando se observa que muito embora façam parte do aparato constitucional, sendo formal e materialmente constitucional, tais normas carecem de sanção, ou seja, a não realização de norma ulterior que a regulamente e conseqüentemente lhe garanta efetividade não implica em nenhuma pena ao poder legislativo, elas são meros enunciados que os orientam, no caso destes desejarem legislar.

Destarte, muito embora o entendimento majoritário reconheça as normas programáticas valor jurídico idêntico ao de todos os preceitos constitucionais, como verdadeiras cláusulas vinculativas, a quem diga

²⁶ KRELL, Andreas. J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 20.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114. *apud* MIRANDA, Pontes de. Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. Tomo I. 1969, p. 126-127.

²⁸ *Idem*

²⁹ KRELL, Andreas. J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 20. *apud* ROCHA, Cármen Lúcia A... Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para Eficácia dos Direitos Fundamentais. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 16, 1996, p.46.

que o seu conteúdo representa mero enunciado político e exortação moral, ao passo que despido de qualquer efetividade real ³⁰.

Reserva do Possível e Mínimo Existencial

Questionada a validade do enunciado constitucional preceituado no art. 5º §1º quanto às normas constitucionais de eficácia limitada, tem-se que estas normas são aplicáveis até onde possam ser, até onde as instituições públicas ofereçam condições para o seu atendimento ³¹.

Contudo, na atual conjuntura econômica e social do Estado brasileiro parece claro que a efetividade destes preceitos constitucionais geram pesados encargos, diretamente para o Estado e indiretamente para todos os contribuintes, suscitando discussões polêmicas sobre os propósitos destes direitos, sobre a obrigação do Estado de dar a real concretização ou apenas amparar a busca destes mesmos direitos pelo próprio indivíduo.

Os direitos de promoção e prestação material tem como propósito atenuar desigualdades de oportunidades e tem sua efetivação ligada diretamente a condições e possibilidades de realização desses direitos no contexto histórico e econômico do Estado. Tais direitos são satisfeitos de acordo com a disponibilidade econômica do momento, são direitos submetidos a reserva do possível, dependem da disponibilidade material do Estado ³².

O princípio da reserva do financeiramente possível é amplamente difundido no universo dos direitos sociais, tendo especial incidência no direito à saúde e à educação, cujas normas constitucionais, influenciadas pelas ideias da constituição dirigente e do estado provedor, atribuem ao Poder Público o encargo de custear estas necessidades.

No tocante ao tema do direito à alimentação o mesmo raciocínio deve ser aplicado, pois o problema se apresenta crucial à medida que o erário nacional não possui verbas suficientes para manter toda estrutura à ele conferida, ou seja, a alocação de poucos recursos públicos em muitos setores diferentes ³³.

A reserva do possível condiciona a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à possibilidade de recursos econômicos

30 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115 - 116.

31 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178.

32 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294.

33 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1420.

estatais, ao passo que a elevação do nível de sua prestação estará sempre condicionada ao volume de recursos disponíveis para a sua promoção. Desta forma, a limitação dos recursos públicos acaba por ser a causa da não efetividade dos direitos sociais promocionais.

Neste sentido, parece claro que a construção dos direitos e garantias fundamentais sociais está subestimada a condições de disponibilidade de recursos do poder público. Sendo que a decisão sobre o dispêndio das verbas estatais estaria no campo discricionário das decisões governamentais quando da realização dos orçamentos públicos³⁴.

O que ocorre é que muito embora exista previsão legal e a indispensabilidade de exequibilidade, a escassez de recursos econômicos implica diretamente na necessidade de o Estado optar sobre a alocação das verbas públicas, tendo por base a sua responsabilidade de manutenção de todo o aparato da Administração Pública.

É fato que os direitos sociais estão diretamente ligados a redistribuição de riquezas, matéria esta extremamente suscetível de influência e modificação, que varia conforme a visão do quadro político que está no poder. A satisfação destes preceitos, além da capacidade econômica do Estado e do estágio de desenvolvimento da sociedade, implica em inúmeros interesses políticos³⁵.

Assim, de tempo em tempo, presencia-se constantes modificações no ideário político nacional, por vezes guiados correta e justificadamente pelas mudanças ocorridas na sociedade, como foi o caso da inclusão do direito à alimentação no rol de direitos sociais, mas não raras vezes por posicionamentos políticos de interesses escusos.

Isso se dá pelo fato da Constituição Federal não ter disposto de norma indeclinável para a aplicação de seus recursos, tais decisões ficam a cargo do órgão público, legitimado através do voto popular, que tem como uma de suas competências estabelecer as linhas de atuação da política nacional econômica e social de forma discricionária.

Há que se perceber, com base na própria interpretação principiológica da Carta Magna, que não se deve usar o princípio da ponderação quando se tratar de aplicabilidade vertical que garanta direitos fundamentais mínimos, isso significa que o administrador não poderá optar sobre qual população tem mais direito à saúde, por exemplo, ele deve tratar a todos! E, se para tal, os recursos não forem suficientes

³⁴ KRELL, Andreas. J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 52.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 295.

deve retirá-los de outras áreas, onde sua aplicação não está tão diretamente ligada a direitos essenciais ao indivíduo³⁶.

A ponderação, técnica utilizada para sanar conflitos ocorridos quando da possibilidade de aplicação de dois ou mais princípios fundamentais, igualmente importantes e contrários entre si, em uma mesma situação fática, revela-se extremamente perigosa e até mesmo pode se tornar cruel e anti-humanitária quando utilizada indiscriminadamente pelo administrador no intuito de dirimir dúvida sobre a aplicação de recursos.

Observa-se que a aplicabilidade vertical dos direitos fundamentais está relacionada à relação jurídica entre Estado e indivíduo, sendo esta caracterizada pela hierarquia e dever de prestação estatal. Ora, estando esta relação em caráter isonômico a todos os indivíduos não há que se conceber diferenciações, parecendo claro que a possível opção, em um caso concreto, entre que população teria mais direito a se alimentar, por exemplo, é discriminatória e inconstitucional.

A garantia do padrão mínimo social está amplamente ligada à própria dignidade da pessoa humana, uma vez que tal direito subjetivo é inerente a condição do ser humano. A busca pela definição sobre quais seriam os bens mínimos necessários a serem garantidos à cada indivíduo no intuito de sua existência digna traz como pressuposto o caráter social do homem, pois a pessoa só encontra plenas condições de desenvolvimento perante seus iguais. A vida em sociedade é a única maneira de se obter os bem materiais e imateriais necessários e satisfatórios a existência³⁷.

A teoria do mínimo existencial tem como função precípua à atribuição ao indivíduo de um direito subjetivo contra o poder público nos casos em que a diminuição da prestação dos serviços sociais básicos, que garantem a sua existência digna, lhe acarrete prejuízo³⁸.

Para a concretização de um estado social digno e igualitário é dever do poder público transpor as liberdades e poderes expressos na Constituição Federal para a realidade constitucional, pois na atual conjuntura a prestação de serviços públicos se torna fundamental para o

³⁶ KRELL, Andreas. J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 53.

³⁷ CASTILHO, Ricardo. Justiça Social e Distributiva – Desafios para Concretizar Direitos Sociais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988. 3º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 47ss.

exercício dos direitos sociais. Ora, se o Estado cria tais ofertas na legislação deve assegurar também a sua possibilidade de realização³⁹.

Sendo a democracia um dos princípios basilares da ordem política constitucional e, sabendo que a sua efetividade é vinculada à participação de todos os cidadãos na vida social, pode-se afirmar que a falta de acesso ao mínimo existencial restringe a dignidade da pessoa humana e impede o exercício efetivo da democracia⁴⁰. Não se pode aplicar as teorias que fundamentam a democracia quando não se possui condições para que ela seja exercida, vez que a grande massa populacional sobrevive, de forma desumana.

Os conceitos de democracia, dignidade da pessoa humana e de mínimo existencial são condições de validade inafastáveis um do outro, ao ponto que não se pode pensar a democracia sem se conceber exordialmente a dignidade da pessoa humana e esta não se apresenta sem condições mínimas de existência, bem como não é possível conceber tais ideias sem preconizar a adoção de uma solução democrática⁴¹.

Assim, para o real exercício da democracia o Estado tem que garantir ao cidadão uma vida digna, sendo que sem o mínimo necessário para que isso ocorra cessa-se a possibilidade de sobrevivência e desaparecem as condições de liberdade⁴².

Instrumentos de Efetividade

Sendo a promoção dos direitos sociais previstos na Carta Magna um direito do indivíduo e um dever do poder público, vistas e respeitadas as condições econômicas do Estado e o dever de suprir o mínimo necessário, e partindo do pressuposto que não existe sanção ao legislativo que não regulamenta lei de eficácia indireta, resta a dúvida sobre como o particular pode agir para fazer efetivo os seus direitos omitidos pelo poder estatal.

Nesta vertente, tem-se que com relação a direitos constitucionalmente previstos, mas carentes de legislação ulterior que lhes garanta efetivo cumprimento, pode o Poder Judiciário, sendo

³⁹ KRELL, Andreas. J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 60.

⁴⁰ GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do Direito a Moradia Digna - Teoria e Prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 46-47.

⁴¹ CASTILHO, Ricardo. Justiça Social e Distributiva – Desafios para Concretizar Direitos Sociais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

⁴² TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 129.

invocado, em relação a uma situação concreta, aplicá-los, conferindo ao interessado o direito reclamado⁴³.

Em casos assim a medida cabível é aquela preconizada no art 5º inciso LXXI da Constituição Federal, que prevê o ajuizamento de mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora inviabilize o exercício de direitos e garantias previstos.

O remédio constitucional intervém para sanar uma inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o responsável legislativo deixou de editar complemento exigido por lei. Seu cabimento se restringe a casos inviabilização de exercício de direitos e garantias fundamentais e confere a sentença à produção de efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo⁴⁴.

Contudo, a eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve apenas à falta de legislação ordinária que a regule, a maior dificuldade é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. Assim, o problema não está na formulação da lei, mas sim na implementação e manutenção das políticas públicas⁴⁵.

Neste caso, onde o serviço público para a satisfação do direito fundamental já foi implementado, a não prestação do mesmo, que contraria a determinação constitucional e a norma ordinária que o regulamentou, abre ensejo para a impetração de mandado de segurança.

A impetração de mandado de segurança pressupõe negativa da autoridade responsável e direito líquido e certo, que no caso de direitos de crédito é a negação da prestação buscada. Tal ação pode se dar em caráter preventivo, quando existe o justo receio de violação ao direito, ou repressivo⁴⁶.

Conclusões

Infere-se que, com o reconhecimento do Estado Democrático e Social de Direito no ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais sociais passaram a receber uma tutela máxima e efetiva. Assim, hodiernamente, impõe-se ao Poder Público, no cumprimento de sua tarefa igualitária e distributiva, a obrigação de promover a efetividade dos direitos sociais e, conseqüentemente do direito à alimentação, pois

⁴³ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178.

⁴⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 11ª Edição. São Paulo: Método, 2007, p.763-767.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119 ss.

⁴⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 11ª Edição. São Paulo: Método, 2007, p.755-760.

caso contrário a inclusão de tal direito expressamente na Constituição Federal torna-se inócua. Portanto, além disso, o Estado deve criar instrumentos para neutralizar, se não dirimir, as distorções e desigualdades econômicas presentes na sociedade.

Desprende-se também que, na condição de direitos fundamentais do ser humano, os direitos sociais não podem ser limitados, uma vez que inerentes ao próprio indivíduo inexistem pretextos que justifiquem a restrição de seus efeitos.

Desta forma, condicionar sua eficácia a existência de recursos financeiros significa retirar-lhes a força normativa e negar-lhes o regime especial de proteção declarado na Carta Magna e previsto no sistema internacional de defesa dos direitos humanos. O que se impõe, na verdade, é o estabelecimento, no planejamento orçamentário, de um sistema de preferências na realização de políticas públicas direcionadas à implementação dos direitos sociais, e disso depende apenas o compromisso do governo na aplicação da riqueza produzida pelo país.

Diante do exposto, é possível corroborar com a ideia de que o dever de garantir o exercício pleno da cidadania e salvaguardar a dignidade humana representa a principal motivação do Estado Democrático de Direito, razão pela qual atribuir efetividade aos direitos sociais se mostra como um dos maiores desafios do ente estatal.

Referências Bibliográficas

- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. 1º Edição. São Paulo: RT, 2008.
- BEURLIN, Alexandra. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8º Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 10º Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva – Desafios para Concretizar Direitos Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTR. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 1º Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do Direito a Moradia Digna - Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KRELL, Andreas. J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 11º Edição. São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4º Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Mérces da Silva. *O Direito Fundamental à Alimentação: e o princípio da segurança*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PIVA, Otávio. *Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 – teoria dos Direitos Fundamentais*. 3º Edição. São Paulo: Método, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional - As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: RT; Coimbra, 2009.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988*. 3º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7º Edição, 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 6º Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 19º Edição. São Paulo: Malheiros, 2001. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado da. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2º Edição. São Paulo: RT, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

