



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO

GABRIEL GOMES CANÊDO VIEIRA DE MAGALHÃES

**DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO E A SUA
EFETIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

GABRIEL GOMES CANÊDO VIEIRA DE MAGALHÃES

**DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO E A SUA
EFETIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais

Orientador: Prof. Doutor Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

**DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO E A SUA
EFETIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Esta dissertação foi julgada adequada à obtenção do grau de Mestre em Direito Público e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – CMDIP/FADIR/UFU.

Uberlândia, 05 de dezembro de 2012.

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
Orientador
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Prof. Dr. Edinílson Donisete Machado
Centro Universitário Eurípedes de Marília

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

À minha família, fonte de toda minha alegria, autêntica inspiração para a busca constante do aperfeiçoamento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por simplesmente me abençoar com a força necessária para a conclusão desta árdua e gratificante etapa.

Aos meus pais, a minha gratidão por tudo o que vocês me proporcionam suplanta os limites das palavras.

João Paulo e Eduarda, irmãos queridos, pessoas enviadas por Deus para me ensinar a viver. Obrigado por todos os ensinamentos, mesmo nos momentos mais difíceis.

Agradeço à minha noiva, melhor amiga, companheira de todos os momentos, Ana Carolina Vilela. Obrigado pela compreensão, pelo incentivo e por me fazer feliz.

Sou imensamente grato, também, ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, por todos os preciosos ensinamentos a mim transmitidos nas aulas e, principalmente, em nossas conversas, os quais são, indubitavelmente, para toda vida. Muito obrigado por sempre ser uma “rampa de lançamento” para mim.

Jamais poderia me olvidar de agradecer ao Professor e Amigo Dr. Alexandre Walmott Borges por ter estado ao meu lado durante todo o curso de mestrado, prestando-me auxílios de toda sorte e por ter me concedido as mais relevantes oportunidades acadêmico-profissionais.

Vossas Senhorias, Prof. Alexandre e Prof. Fernando, foram os gigantes que me permitiram subir em seus ombros para poder enxergar mais longe.

Sou eternamente grato a todos vocês!

*“Não é nossa culpa
Nascemos já com uma bênção
Mas isso não é desculpa
Pela má distribuição*

*Com tanta riqueza por aí, onde é que está
Cadê sua fração
Com tanta riqueza por aí, onde é que está
Cadê sua fração*

Até quando esperar

*Até quando esperar a plebe ajoelhar
Esperando a ajuda de Deus
Até quando esperar a plebe ajoelhar
Esperando a ajuda de Deus”*

Plebe Rude, “Até quando esperar” (1983)

*“Ontem, a liberdade impetrava o acréscimo da igualdade; hoje, a igualdade impetrava o acréscimo da liberdade, acréscimo material, tudo isso com o objetivo de fazer ambas concretas, tanto a liberdade como a igualdade.”. Paulo Bonavides, in *Do Estado Liberal ao Estado Social**

RESUMO

O trabalho em tela versa sobre o direito fundamental social à alimentação, cuja análise recairá sobre a sua configuração jurídico-constitucional, concentrando-se na definição dos seus contornos jurídicos-dogmáticos, bem como na possível ingerência do Poder Judiciário no âmbito de efetivação deste direito. Com o propósito de se colaborar para a construção de uma teoria do direito fundamental social à alimentação a partir da teoria geral dos direitos fundamentais sociais, vários assuntos concernentes à teoria geral foram explorados no início do trabalho conferindo suporte à abordagem específica em torno do direito à alimentação. A pesquisa que ora se apresenta é do tipo teórica, à vista que a sua realização se pauta em material bibliográfico que versa sobre o assunto em voga, tendo-se utilizado do método dedutivo de análise, porquanto o estudo situa-se em um plano geral e abstrato, a partir do qual certamente será possível extrair conclusões para situações específicas. Como indicativo dos possíveis resultados, pode-se dizer que o direito à alimentação trata-se de um direito fundamental social, tendo sido, inclusive, alçado a esta categoria no plano normativo pela Emenda Constitucional n. 64/2010, cumprindo-se, pois, levar-se a efeito a sua efetivação, a qual poderá subsistir no âmbito do Judiciário, eis que a legitimidade da sua interferência nesta seara se justifica pelo fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o núcleo e a base normativa do direito à alimentação, de sorte que a efetivação deste direito traduz um mandamento constitucional.

Palavras-chave: Direito fundamental à alimentação. Configuração jurídico-dogmática. Efetivação pelo Judiciário.

ABSTRACT

The work on display is about the fundamental social right to food, whose analysis will be on their legal and constitutional setting, focusing on defining its contours legal-dogmatic, as well as the possible interference of the judiciary in the context of realization of this right . In order to collaborate in the construction of a social theory of the fundamental right to food from the general theory of fundamental social rights, several issues concerning the general theory were explored in early labor giving support specific approach around the right to supply. The research herein presented is of type theory, the view that realization is guided in bibliographic material that deals with the subject in vogue, and has used the deductive method of analysis, because the study is located in a general plan and abstract, from which you can certainly draw conclusions for specific situations. As an indication of possible results, it can be said that the right to food, it is a fundamental social right and was even elevated to this category on the legislative level by Constitutional Amendment. 64/2010, fulfilling therefore lead to effect its accomplishment, which may subsist under the Judiciary, behold the legitimacy of their interference in this endeavor is justified by the fact that the principle of human dignity represents the core and normative basis of the right to food, so that the realization of this right represents a constitutional mandate.

Keywords: Fundamental right to food. Setting legal-dogmatic. Enforcement by the judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – DIREITOS SOCIAIS: ABORDAGENS TEÓRICAS FUNDAMENTAIS	14
1.1. Evolução da ciência jurídica: da modernidade à pós-modernidade	14
1.1.1 <i>Direito público e Direito privado: confluência sistemática em torno dos direitos fundamentais</i>	22
1.2. Concepção sistêmica do ordenamento jurídico: unidade interna e ordenação ...	26
1.3. Direitos fundamentais sociais no âmbito do Estado Constitucional Democrático e Social de Direito	29
1.3.1 <i>A estrutura normativa dos Direitos Sociais: os direitos fundamentais como princípios</i>	35
1.3.2 <i>Cláusula de vedação de retrocesso social, mínimo existencial e reserva do possível: impossibilidade de reverter a concretização legislativa, limites às restrições normativas dos direitos sociais e o fator custo dos direitos sociais a prestações</i>	38
1.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: considerações em torno da eficácia direta/imediata e da eficácia indireta/mediata	51
1.4.1 <i>Considerações acerca da Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas</i>	53
1.4.2 <i>Considerações acerca da Teoria da Eficácia Indireta e Mediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas</i>	55
1.5. Dignidade da pessoa humana: fonte normativa e axiológica dos direitos fundamentais	58
2 – DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO: CONSTRUÇÃO JURÍDICO-DOGMÁTICA	66
2.1. O Direito à Alimentação no cenário internacional e a sua positivação nos documentos internacionais	67
2.2. Emenda Constitucional n. 64/2010: consagração formal do direito social à alimentação como direito fundamental	73
2.3. Direito à alimentação e a sua natureza fundamental: posição jurídica fundamental	76

2.4. Natureza programática da norma consagradora do direito à alimentação: necessidade de interposição legislativa para tornar plena a aplicação da norma constitucional?	81
2.5. Conteúdo do direito à alimentação: definição dos seus contornos e formas de efetivação	82
<i>2.5.1 Eficácia horizontal do direito fundamental social à alimentação</i>	89
2.6. Direito social à alimentação, mínimo existencial e o direito a não ter fome	92
2.7. Âmbito de tutela	95
<i>2.7.1. Objetivo: eventuais conteúdos das políticas públicas</i>	95
<i>2.7.2. Subjetivo: cidadãos protegidos</i>	100
 3 – A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO PELO JUDICIÁRIO	102
3.1 Teoria da Separação dos Poderes	103
3.2 Legitimidade da ingerência do Poder Judiciário na efetivação do direito à alimentação	107
<i>3.2.1 Poder Judiciário e Políticas Públicas</i>	116
3.3 Efetivação do Direito à Alimentação pelo Judiciário: questões procedimentais	119
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, por óbvio, traduzem a tônica do Estado Social, cuja diretriz primordial curva-se para a busca da igualdade substancial. No contexto da sociedade brasileira, profundamente marcada pela desigualdade e pela pobreza, onde não raras vezes se verifica a exclusão de amplas parcelas da população, os direitos sociais ostentam uma notória importância.¹

Nesse ambiente, a consagração formal do direito social à alimentação pela Emenda Constitucional n. 64/2010 exsurge como um feixe de esperança à consecução dos objetivos fundamentais e dos fundamentos da República Federativa do Brasil, respectivamente previstos nos artigos 3º e 1º da Constituição Federal: dignidade da pessoa humana, a cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a garantia de desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais e regionais consistem na própria essência dos direitos fundamentais sociais. Decerto, pois, que a proteção e promoção do direito à alimentação figura como premissa elementar à conquista dos objetivos e fundamentos supradelineados.

Em um cenário onde 854 milhões de pessoas passam fome em todo o mundo², razões dos mais variados matizes emergem para justificar a realização do estudo sobre o direito fundamental social à alimentação. Evidentemente, o fato de que a plena realização do mais distinto dos direitos fundamentais – direito à vida – está, em certa medida, condicionada à promoção de uma alimentação adequada conforme os padrões de segurança alimentar pré-estabelecidos, traduz a real motivação pessoal para se levar a efeito a investigação científica proposta.

Além do mais, uma questão que contribuiu consideravelmente para a escolha dessa temática se assenta na ínfima produção bibliográfica sobre o direito fundamental social à alimentação, mormente após a sua previsão normativa no texto constitucional brasileiro em vigor.

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (*Coord.*). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. xvii.

² Dado disponibilizado pela Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação, extraído da obra de BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, pág. 28. “A cada dia morrem cem mil pessoas de fome ou de suas consequências imediatas. Em 2005 morreram mais de 36 milhões. A cada sete segundos morre de fome uma criança menor de dez anos. De quatro em quatro minutos morre uma pessoa por carência de vitamina A. Somam 852 milhões os seres humanos subalimentados, mutilados por fome crônica.” (Jean Ziegler, relator especial das Nações Unidas para o direito à alimentação, prefaciando a obra coordenada por PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. ix.)

Este estudo se propõe então a investigar o conteúdo jurídico do Direito Fundamental Social à Alimentação, a sua efetivação por meio de políticas públicas, bem assim em que medida esse direito fundamental social a prestação é passível de ser exigido pela via jurisdicional ante a inércia dos poderes políticos (Legislativo e Executivo) em concretizá-lo, ou, então, em razão da sua proteção deficiente.

Especificamente, pretende-se realizar uma abordagem concernente à evolução da ciência jurídica; conceituar a eficácia denomina horizontal dos direitos fundamentais à luz das teorias imediata e mediata; pontuar a natureza principiológica dos direitos fundamentais e a sua relevância na constituição do sistema jurídico; analisar a estrutura normativa dos direitos sociais prestacionais, ressaltando a indeterminabilidade relativa do seu objeto, bem como estabelecendo critérios para definir o mínimo existencial; demonstrar a relevância econômica imanente aos direitos sociais de natureza positiva, empreendendo uma análise sobre a reserva do possível e a cláusula de vedação de retrocesso social.

Em relação ao direito à alimentação especificamente, objetiva-se examinar os documentos normativos internacionais e nacionais que positivaram o direito à alimentação, mormente a Emenda Constitucional n. 64/2010 que alçou esse direito ao *status* de direito fundamental; empreender uma análise do direito à alimentação como direito fundamental social, tomando a dignidade da pessoa humana como critério delimitador do seu conteúdo essencial; perscrutar o conteúdo jurídico do direito fundamental social à alimentação, o que envolverá a verificação do seu objeto (conduta positiva do Estado) e do seu âmbito de tutela (conteúdo essencial das políticas públicas e os cidadãos protegidos).

Ainda, no que diz com os objetivos específicos, almeja-se verificar a legitimidade do Poder Judiciário no âmbito da efetivação do direito fundamental social à alimentação, conferindo enfoque sobre a possibilidade da ingerência jurisdicional nesta seara; refletir acerca dos reflexos decorrentes da atuação jurisdicional na efetivação do Direito Fundamental à Alimentação à luz do princípio da separação de poderes, definindo parâmetros para a ingerência do Poder Judiciário neste ambiente, dentre eles, a possibilidade de universalização da tutela jurisdicional concedida e a realização de um diálogo institucional entre os poderes instituídos, assim como com a sociedade (por meio de audiências públicas, p. ex.); investigar quem possui legitimidade ativa (cidadãos) e passiva (entes federativos) no âmbito da justiciabilidade do direito fundamental à alimentação; demonstrar a importância de se efetivar o direito fundamental social à alimentação, na medida em que se trata de uma condição para o pleno exercício dos demais direitos fundamentais, notadamente saúde e educação, sem se

olvidar, por intuitivo, de evidenciar o fundamento normativo e vetor interpretativo dos direitos em tela, qual seja, a dignidade humana.

O estudo que se pretende empreender é de inequívoca relevância para a sociedade, porquanto serão estabelecidas balizas teóricas quanto à dimensão jurídica do direito fundamental social à alimentação, oportunizando, assim, aos cidadãos, a possibilidade de exigí-lo no âmbito jurisdicional.

A utilidade da investigação científica proposta é patente, uma vez que os resultados obtidos a partir do estudo a ser realizado serão postos como orientações técnicas direcionadas aos juristas, mormente, aos magistrados.

Nesta senda, confia-se que a partir desse estudo os Poderes Políticos se conscientizem sobre a necessidade de implementarem políticas públicas idôneas destinadas à promoção do direito fundamental social à alimentação, assim como anseia-se que a possível e legítima ingerência jurisdicional não subsista de forma dissonante dos preceitos constitucionais.

O aspecto inovador da pesquisa proposta consiste na realização de um estudo sistematizado e organizado sobre a temática relativa à definição jurídico-dogmática do direito fundamental social à alimentação e a sua efetivação por parte dos poderes públicos, notadamente pelo Poder Judiciário.

Espera-se, ademais, que o assunto em voga desperte o interesse científico dos acadêmicos de Direito, na certeza de que produções científicas correlatas poderão complementar e aprofundar o estudo proposto, aperfeiçoando-se, portanto, a ciência jurídica.

Consoante exposto alhures, tendo em vista a necessidade de se perscrutar acerca do conteúdo teórico-dogmático do direito fundamental social à alimentação, bem como sobre as formas de sua efetivação, questiona-se: *a partir dos contornos delineados pelo Estado Constitucional Democrático e Social de Direito, qual seria o conteúdo e a extensão do direito fundamental social à alimentação após a sua consagração formal na Constituição Federal de 1988 pela EC n. 64/2010? Considerando que o direito social à alimentação ostenta um caráter prestacional, de que modo subsiste a intervenção do Poder Judiciário no âmbito da sua efetivação?*

Para alcançar as finalidades colimadas na investigação científica proposta, optou-se pela pesquisa teórica, que será desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente de obras que discutem o assunto, periódicos e material disponibilizado na internet que versam sobre a temática delineada na presente pesquisa, com ênfase nos direitos sociais prestacionais, sobretudo o direito à

alimentação e a sua efetivação por parte dos poderes públicos. Nesse sentido, é certo que a investigação subsistirá em um plano geral e abstrato, almejando-se que os resultados alcançados sejam tomados em consideração em situações particulares.

Simultaneamente, adotou-se a pesquisa documental, que será levada a efeito mediante a análise de julgados atinentes ao assunto, sobretudo os provenientes dos tribunais superiores, além do que, serão estudados vários documentos normativos que dizem respeito ao direito fundamental em tela, oportunidade em que se realizará um estudo comparativo, analisando-se o conteúdo do material colhido.

A lógica estruturante do trabalho científico proposto é verificável a partir da macro-análise do conteúdo dos três capítulos que compõem a dissertação. No primeiro capítulo busca-se estabelecer as premissas teóricas fundamentais à compreensão da temática. Nesse momento, pois, proceder-se-á à definição teórica dos aspectos gerais relativos aos direitos fundamentais sociais. Posteriormente, já no segundo capítulo, se passará ao estudo específico do direito fundamental social à alimentação, promovendo uma análise detida a seu respeito, desde a sua positivação até o estabelecimento dos sujeitos ativos e passivos dessa posição jurídica fundamental. Por fim, no terceiro e último capítulo se buscará conferir uma conotação prática ao presente estudo, perspectivando-o na realidade social por meio da investigação científica sobre a efetivação do direito social à alimentação pelos poderes públicos, notadamente pelo Poder Judiciário.

1 – DIREITOS SOCIAIS: ABORDAGENS TEÓRICAS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo, busca-se realizar uma abordagem geral acerca da teoria dos direitos fundamentais sociais, o que se faz por meio de uma análise não exaustiva dos principais assuntos que lhe dão corpo, na medida em que representam a premissa necessária à compreensão e à construção de uma teoria do direito social à alimentação.

Antes de promover as considerações sobre os direitos sociais na perspectiva da sua teoria geral, com o propósito de situar o debate teórico no atual estágio científico em que se encontra o Direito, proceder-se-á a uma análise das recentes transformações por que passou a Ciência do Direito nos últimos tempos. As concepções relativas a esse assunto figuram como pressuposto ao estudo concernente à conformação teórica dos direitos sociais, bem assim à atuação judicial implementadora dos direitos sociais no contemporâneo arranjo institucional, especificamente, no que diz com o direito fundamental social à alimentação.

1.1 Evolução da ciência jurídica: da modernidade à pós-modernidade

É preciso ocupar-se inicialmente, pois, em traçar os contornos jusfilosóficos que envolvem a temática em estudo, sobretudo o que diz com o momento científico que adorna a discussão, qual seja, a pós-modernidade.

Nesta senda, por intuitivo, algumas reflexões exsurgem: em que consiste a pós-modernidade?³ Quando ela se inicia? Qual a relação havida entre modernidade e pós-modernidade?⁴ A despeito da trivialidade com que se trata desse assunto, cumpre esclarecer desde já que não há um consenso entre os pensadores sobre as respostas a essas indagações, de sorte que se tem apenas alguns vestígios de solução para as questões apresentadas, os quais são percebidos a partir das características imanentes à cada época (delineadas a seguir), bem assim das suas mutações ao longo do tempo.

³ Em nota de rodapé, Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida in: (*Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. rev. e aument. São Paulo: Editora Atlas, 2010, pág. 654.) citam frase esclarecedora de Latour nos seguintes termos: “A modernidade possui tantos sentidos quantos forem os pensadores ou jornalistas. Ainda assim, todas as definições apontam, de uma forma ou de outra, para a passagem do tempo.”

⁴ “A pós-modernidade é a consequência da crise da modernidade e, portanto, de seus limites e insuficiências. (...) a expressão ‘pós-modernidade’ pretende significar algo, e neste algo está presente uma historicidade, então aquilo que é posterior à modernidade só pode ser um fenômeno que ou comprehende, ou supera, ou, no mínimo, implica a ‘modernidade’.” (BITTAR, C. B. Eduardo. ALMEIDA, Guilherme Assis de., pág. 653.)

Insta corroborar, ainda, que a discussão em voga consiste no pano de fundo deste trabalho, cujo eixo temático gira em torno dos contornos teóricos do direito fundamental social à alimentação, bem como do protagonismo judicial verificado no âmbito da efetivação dos direitos sociais, porquanto a supremacia do órgão judicante nessa seara traduz um traço característico do momento pós-moderno na epistemologia jurídica.

Passa-se, portanto, a analisar os fenômenos jurídico-filosóficos que sinalizam a transição da modernidade para a pós-modernidade no âmbito da ciência social aplicada do direito, adotando-se como premissa a compreensão assentada na nota de rodapé n. 3 de que os termos modernidade e pós modernidade referem-se, sobretudo, à passagem do tempo.

A Ciência Jurídica, em razão da sua inequívoca conotação social, se transforma constantemente a partir dos influxos provenientes da realidade social, que é por demais dúctil.⁵ Logo, o Direito, como ciência social aplicada que é, é estudado a partir da realidade social ou do fenômeno social total.⁶

Ao longo da segunda metade do século XX, mais precisamente com o findar da segunda grande guerra, bem assim com a consequente proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Ciência Jurídica foi inundada com uma onda de transformações pontuais concernentes ao seu paradigma e forma de compreensão.⁷ Essas

⁵ Essa noção de *flexibilidade* nem sempre foi admitida, eis que se trata de um paradigma próprio da pós-modernidade.

⁶ “Compreender assim a ciência não é fundá-la dogmaticamente em qualquer dos princípios absolutos ou *a priori* que a filosofia da ciência nos tem vindo a fornecer (...). Ao contrário, trata-se de compreendê-la enquanto prática social de conhecimento, uma tarefa que se vai cumprindo em diálogo com o mundo e que é afinal fundada nas vicissitudes, nas opressões e nas lutas que o compõem e a nós, acomodados ou revoltados. (...) A reflexão aqui proposta tem como eixo privilegiado as ciências sociais, sendo a partir desse eixo que se reflecte sobre as ciências no seu conjunto e a sociedade em geral. É sabido que as ciências sociais se constroem a partir de uma totalidade, a realidade social, o fenômeno social total, e que por isso a distinção entre as várias Ciências Sociais só pode provir das próprias Ciências Sociais, e não pode ter outro significado que não seja o de cada uma dessas disciplinas encarar, abordar, analisar de uma forma diferente aquela mesma realidade”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 5. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 11/12.)

⁷ “A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas contra milhões de seres humanos, houve uma evolução da teoria jurídica, abandonando-se a exclusividade do formalismo, para trabalhar com os valores constitucionais, com o elemento axiológico da norma jurídica, com ideias de construção de um novo mundo.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.) “Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos. A Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento. Ela é assinalada pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.55/56).

transformações traduzem, consoante já assentado, a transição do momento científico moderno para o pós-moderno, a qual sobreveio apoiada na noção de crise da ciência.⁸

Nesse viés, a concepção filosófica positivista predominante até o supracitado marco histórico sucumbia-se a uma racionalidade formal, por meio da qual os fenômenos jurídicos eram reduzidos à norma posta. Em função disso, pairava sobre os jusfilósofos daquela época a ilusória noção de completude do ordenamento jurídico, isto é, para eles o sistema jurídico bastava em si mesmo, afigurando-se desnecessária a influência de outras estruturas sociais como a moral e a religião, afinal, apenas aquilo que estava consubstanciado na norma positivada ostentava status jurídico.

Por via de consequência, a aplicação dos dispositivos legais orientava-se pelo silogismo, que se caracteriza por ser uma metodologia segundo a qual o enunciado normativo abstrato e enrijecido incide sobre a situação fática subjacente sem que se realize o adequado ajuste. Percebe-se que a atividade de aplicação das normas jurídicas seguia uma orientação essencialmente formal, de conotação fortemente mecanicista, conforme compreendida Montesquieu, de que o Juiz seria o *boca da lei*.

Seguindo a linha evolutiva em tela, faz-se necessário destacar que as Constituições até então, a despeito de já disciplinarem as questões relativas à organização do Estado e aos direitos e garantias fundamentais, eram tomadas como documentos de natureza política, cujo cumprimento de suas disposições não se poderia exigir, pois que se tratava de uma mera “Carta de Intenções”. Nessa perspectiva, a realização das diretrizes e programas estabelecidos pelo legislador constituinte ficava inteiramente submetida ao juízo de conveniência e oportunidade dos agentes investidos no poder. A verdade é que os Poderes Públicos não se comprometiam, com fidelidade e sinceridade, em cumprir os fins plasmados nas Constituições.

Passado o Holocausto – massacre promovido pelo regime totalitário que acabou por arruinar parte da Europa (Nazifascismo) –, bem assim as duas grandes guerras, uma nova forma de se compreender o Direito começou a despontar como algo imperativamente necessário, à vista que toda barbárie promovida por este regime foi levada a efeito sob a

⁸ “(...) um ou outro tipo de reflexão epistemológica pode ser o sinal da ocorrência de um ou outro tipo de crise. (...) Esta discussão sobre a natureza das crises da ciência tem toda a acuidade no período em que vivemos e cujo início, para este efeito, se situa no imediato pós-guerra.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. p. 19.)

proteção do manto da legalidade, compreendida, por intuitivo, em um viés eminentemente positivista, formalista⁹.

Diante desse contexto, a doutrina e a jurisprudência levaram a efeito uma série de inovações metodológicas, as quais foram agregadas à dogmática jurídica, mais especificamente no que diz com a posição da pessoa humana no sistema jurídico. Essa inflexão por que passou a Ciência do Direito teve como “mola propulsora” o princípio da dignidade humana¹⁰, assim compreendido em um cariz material.

Pode-se afirmar, em suma, que houve um retorno aos valores, configurando-se o fenômeno que os estudiosos convencionaram em chamar de Virada Kantiana, expressão que presta-se para designar a reaproximação do Direito com a Ética¹¹. O Direito antes compreendido em uma vertente pura, afastado das demais estruturas sociais, volta a se estruturar em valores, a começar pela dignidade da pessoa humana que é a base normativa de todos os direitos fundamentais.

Vale dizer, oportunamente, que essa parábola verificável na Dogmática Jurídica subsistiu tendo como diretriz filosófica o pós-positivismo, que se caracteriza pela confluência das correntes de pensamento jusnaturalista e positivista, afigurando-se como um ponto de equilíbrio entre esses dois paradigmas prefacialmente opostos¹².

As consequências advindas da mudança de paradigma em referência – o retorno aos valores – provocaram, por certo, acentuadas transformações na forma de se compreender o Direito, dentre elas e principalmente: atribuição de força normativa à Constituição que, inquestionavelmente, conferiu normatividade aos princípios constitucionais; expansão da

⁹ “Sob esta perspectiva manifesta-se uma aguda crítica a um repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua.” (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 19/20.)

¹⁰ Denota-se claramente a relevância desse valor suprajurídico (dignidade da pessoa humana) das lições de (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*: comentários à Lei de improbidade administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.51.), para quem “(...) há uma tendência doutrinária que comprehende o valor da dignidade da pessoa humana, tantas vezes transscrito nas Constituições mundiais, como o vetor preponderante dos direitos fundamentais. Possível compreender que o axioma da dignidade da pessoa humana, inserido como fundamento na Constituição Federal (art. 1º, III), transparece nitidamente como fonte do ordenamento jurídico, sendo que a partir dele toda norma jurídica constitucional ou infraconstitucional se desdobra, permitindo alcançar objetivos (foz) presentes na mesma Constituição (art. 3º): erradicação da pobreza e da marginalidade e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

¹¹ Conforme consta em nota de roda pé em BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.250., essas ideias tem como marco inicial a obra de John Rawls “Theory of Justice”, publicada em 1971.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p.247.

jurisdição constitucional; desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional¹³, entre tantas outras.

Não pairam dúvidas, na esteira do pensamento de Konrad Hesse¹⁴, sobre o alto grau de importância que a normatividade constitucional assume nesse novo cenário da Ciência do Direito. Com a força normativa atribuída às Constituições as normas radicadas no seu texto abandonam, pois, seu caráter essencialmente político – “de uma Carta de intenções” – para alçar um status de norma jurídica, dotadas da imperatividade e atributividade que lhes é imanente¹⁵. Consigna-se que a nova concepção de norma constitucional de que se está a tratar resulta no dever de que os valores e fins consagrados pelo legislador constituinte sejam efetivamente realizados.

Mitigada a noção positivista sustentada no âmbito do Estado Liberal – apenas em parte, é preciso dizer –, cujos contornos dogmáticos foram brevemente expostos acima, sem, contudo, afastar a sua estimável valia histórica para a elaboração da Teoria do Direito, é certo dizer que as Constituições se moveram para o centro do sistema jurídico, ou, conforme assenta Paulo Bonavides¹⁶, o princípio da constitucionalidade “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”. Em outros termos, a Constituição antes tão preterida, reduzida ao nada jurídico, se firmou no centro do ordenamento. E, não é para menos, quando se trata de uma norma que contempla os direitos fundamentais e dispõe sobre a organização institucional do Estado, ostentando, dessa forma, uma supremacia material em relação às demais espécies normativas.

Essa nova dinâmica impõe que os valores e as diretrizes consolidados na Constituição Federal se irradiem para todos os microssistemas jurídicos, fazendo com que a atividade hermenêutica realizada sobre as leis infraconstitucionais tenha como ponto de partida a normatividade constitucional. Portanto, “toda interpretação jurídica será, por intuitivo, uma interpretação constitucional”¹⁷.

Nesse sentido, a doutrina convencionou em designar por “filtragem constitucional” o fenômeno segundo o qual a ordem jurídica deve ser compreendida a partir da Constituição,

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 262.

¹⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

¹⁵ Ponto amplamente abordado por Joaquín Arce Flóres-Valdés in: (*El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p. 27): “Y, como conclusión ante la cuestión planteada y resumidamente desarrollada, podemos afirmar que la Constitución no sólo es una norma jurídica, es también norma cualitativamente distinta y superior a las demás del ordenamiento, en cuanto incorpora el sistema de valores esenciales de convivencia, que ha de servir de piedra de contraste y de criterio informativo e interpretativo de todo o ordenamiento jurídico.”

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 398.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 364.

observando-se os valores e fins assegurados em seu texto. Como consequência da centralidade constitucional, impõe-se que os institutos jurídicos sejam reinterpretados sob uma ótica constitucional¹⁸.

Ainda, no que concerne aos avanços experimentados pela Ciência Jurídica, contrapondo-se às aspirações positivistas propugnadas no seio do Estado Liberal (Estado de Direito), onde as regras eram concebidas como normas jurídicas supremas, cumpre trazer a baila a ideia de incompletude normativa do ordenamento jurídico. Revela-se imanente a esta noção a existência de lacunas no sistema jurídico positivo, eis que, por imperativo lógico, não é possível ao legislador prever todos os acontecimentos sociais, até mesmo porque à medida que a legislação envelhece surgem as suas insuficiências.¹⁹ É necessário, portanto, que o intérprete lance mão da interpretação sociológica, a fim de que possa complementar a atividade legislativa, amoldando a hipótese normativa às peculiaridades da situação fática em concreto.²⁰

Como resulta claro, a conversão axiológica sobrevinda na Ciência do Direito, representativamente demonstrada pela transmudação do Estado de Direito em Estado Constitucional, ou, em última análise, pela transição da modernidade à pós-modernidade²¹,

¹⁸ “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretiação de seus institutos sob uma ótica constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p.364.)

¹⁹ Carlos Maximiliano in: (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.11/12.), já na década de 20 do século passado adverte que: “Ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios – estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. (...) O legislador assemelha-se ao generalíssimo de um grande exército. Um experimentado chefe militar não ordena as menores operações táticas: abstém-se de prescrever uma conduta para cada eventualidade. Dá instruções amplas: frisa diretivas gerais; delineia um plano de larga estratégia; deixa as minúcias de ocasião à iniciativa individual, ou aos subcomandantes. Também o legislador oferece preceitos abstratos; traça os lineamentos exteriores da ordem jurídica, dentro dos quais o intérprete acomoda o caso concreto, isolado, e às vezes raro.”

²⁰ “É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais, – verdadeiro sociólogo do Direito.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. p. 32.)

²¹ “A este tempo transitivo que se vive, a este momento específico em que a vida contemporânea é contaminada por uma nova constelação de valores, se pode chamar de pós modernidade. Imersos nela é que percebemos que novos termos invadem o nosso quotidiano (transitório; mutável; relativo; provável; sensível; múltiplo; horizontal; indução; senso comum; estimável; líquido), termos estes que, em seu valor semântico real e em seu simbolismo, certamente marcarão um tempo definitivamente diverso daquele vivido sob a hegemonia dos valores modernos (permanente; estável; ordenado; disciplinado; individual; racional; comprovado; certo; definido; científico; deduzido; vertical; único; central; duro). A sensação é a de que se vive entre o novo (hoje) e o velho (ontem), entre o insondável do futuro (amanhã), está-se diante de um jogo de incertezas, pois se vivem os três tempos a um só tempo (passado, presente e futuro, não necessariamente nesta ordem). Todo esse novo arcabouço de mutações socioculturais redunda num afastamento contínuo da lógica moderna, com a qual

acabou por produzir efeitos em todos os setores do sistema jurídico, especialmente nos direitos fundamentais, haja vista que o núcleo do ordenamento antes ocupado pelo Código Civil – resvalando a sua perspectiva eminentemente patrimonialista – hoje é tomado pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pela sua essência democrática e humanista.

Diante de todo o exposto, a lógica empírica nos leva a crer que já não vivemos em um Estado do tipo liberal, eis que o traço dos direitos fundamentais está a conferir uma feição constitucional social ao semblante estatal, sobretudo se se considerar que a dignidade da pessoa humana será promovida na sua essência mediante a garantia dos bens materiais básicos aos seres humanos, o que impõe seja reeditada a concepção de liberdade até então sustentada, pois que incoerente; não há como se falar em liberdade sem a concessão de oportunidades materiais às pessoas. Por via de consequência, o modelo constitucional social de Estado enseja o reajustamento institucional dos três poderes, ou funções estatais. Isso porque a Constituição adquiriu força jurídica, cabendo, pois, ao órgão judicante em última análise assegurar a efetividade de suas normas.

No que toca aos direitos fundamentais, observados a partir dessa evolução da ciência jurídica, é preciso ter-se claro que os direitos fundamentais representam a última etapa de evolução dos direitos, de modo que estes se transfiguraram ao longo do tempo até se chegar à tônica de direitos fundamentais.

A linha evolutiva dos direitos tem o seu ponto de partida no direito subjetivo – enquanto faculdade de agir –, desembocando na compreensão dos direitos em um cariz fundamental, os quais emergiram com maior respaldo jurídico-social a partir do movimento intitulado pela doutrina de “Virada Kantiana”, representando o retorno aos valores, isto é, o reencontro do Direito com a Ética conforme já salientado.

Tão somente em meados do século XX exsurgiu a compreensão de que os direitos que outrora ostentavam natureza puramente subjetiva, hoje são revestidos por um viés fundamental, os quais reclamam uma atuação mais incisiva por parte do Estado na sua efetivação.

Afigura-se relevante trazer à baila o posicionamento sustentado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²² em relação a essa temática, segundo o qual revela-se necessária a contemplação de três requisitos ao surgimento dos direitos fundamentais, quais sejam: Estado,

se organizam os esquemas de vida e as formas de juízo (axiológico, estético, político, científico, cultural ...) acerca do mundo.” (BITTAR, C. B. Eduardo. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. p. 656.)

²² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

indivíduo e texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduo. Vale dizer, assim, que a configuração sólida desses atributos somente se deu a partir do século XVIII com as declarações de direitos e, por conseguinte, com as primeiras Constituições escritas.

O surgimento dos direitos fundamentais subsiste em um contexto cuja principal preocupação recaía sobre a proteção da esfera individual da pessoa em face da atuação do detentor do poder, isto é, o ente estatal, representado pela figura do monarca. Assim, é que em 1789, em meio ao contexto histórico da revolução francesa, e, tendo como diretriz filosófica o iluminismo, estatui-se um documento normativo sob a alcunha Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com o fito de se estabelecer limites à atuação do Estado.

A preocupação que tomou corpo nesse instante histórico consistia na proteção dos indivíduos em face da ingerência estatal, daí por que o Estado veio a assumir uma postura absenteísta, respeitando energicamente a esfera de liberdade das pessoas²³. Contudo, não se pode esquivar em dizer que essa posição distanciada do Estado acabou por possibilitar a visível desigualdade entre os indivíduos, à vista que “*entre fortes e fracos, a liberdade opõe e a lei liberta.*”²⁴

Analizando-se esta questão à luz da posição que a pessoa humana passou a ostentar no sistema jurídico, irrompida pelos direitos fundamentais, pode-se dizer que não mais subsiste a noção de que ela é titular de uma posição jurídica de vantagem. Diz-se que a pessoa humana deve ser perspectivada dentro do ordenamento jurídico, de modo a se compreender que, ao mesmo tempo em que é titular de direitos, de forma reflexa também é dotada de ônus, obrigações e responsabilidades, o que conduz à concepção de que a pessoa humana deve ser percebida no panorama de uma situação jurídica²⁵.

É preciso frisar que as transformações supradelineadas configuram a criação de mais um estágio da ciência jurídica, que pode ser assinalado de pós-modernidade, rompendo-se, outrossim, apenas parcialmente com o passado moderno, na medida em que a construção do

²³ “O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social. Sua existência seria, por consequência, teoricamente revogável, se deixasse de ser o aparelho de que se serve o Homem para alcançar, na Sociedade, a realização dos seus fins. Mas, como o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem da bíblia, se volta contra o Criador. Daí o zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.)

²⁴ Henri Lacordaire. Em domínio público.

²⁵ Informação colhida nas aulas da disciplina de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

novo paradigma pós-modernista se funda nas experiências anteriores, o que, a propósito, é próprio do movimento evolutivo.

1.1.1 Direito público e Direito privado: confluência sistemática em torno dos direitos fundamentais

Em meio ao Estado liberal, cujo aporte filosófico se concentrava nas aspirações positivistas normativistas, envolvidas em uma racionalidade formal, compreendia-se nitidamente a divisão do ordenamento jurídico em duas esferas que não se convergiam, como se fossem dois líquidos que, por mais esforços que se empreende, não se solvem. Esses dois núcleos inconfundíveis eram identificados como Direito Público e Direito Privado.

O Direito Privado, em função da ideologia burguesa proeminente nesta época, traduzia-se como uma seara do Direito inequivocamente marcada por um cariz sobremaneira patrimonialista.

Não configura demasia salientar, corroborando a concepção patrimonial vigente outrora, que o Código Civil figurava como um documento legislativo maior, em detrimento da Constituição, que era concebida em um aspecto meramente político.

Não obstante, a mudança de paradigma que se operou no seio da ciência jurídica – cujo início, conforme visto, sobreveio com o findar da segunda grande guerra e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – ensejou algumas transformações inafastáveis que produziram efeitos na seara do Direito Privado.

Assim é que o âmbito de atuação do Estado não se voltava para a proteção da pessoa, ao revés, o primado estatal desta época convergia-se – salvo raras exceções – em conferir cada vez mais fôlego para o desenvolvimento das relações econômico-mercadológicas (capitalistas).

Indubitavelmente, portanto, as diretrizes patrimonialistas que assolavam a compreensão e a aplicação do Direito Privado foram mitigadas, para dar lugar à proteção e à promoção da pessoa humana também na seara privatística²⁶. Por certo, a concepção de

²⁶ “Aquí reside, precisamente, la piedra de toque de la cuestión, puesto que, como Perlingieri se permite resaltar, la transformación despatrimonializadora en el Derecho civil se produce ‘fundamentalmente como consecuencia del mayor relieve dado a la persona’ y, en su opinión, ‘hoy resulta posible afirmar como conclusión general que intereses y derechos de naturaleza esencialmente personal se anteponen a intereses y derechos patrimoniales, lo que supone que en la jerarquía de valores la persona humana prevalece sobre o interés económico’. En esta significativa tendencia despatrimonializadora, a juicio de Donisi, ‘la Constitución

“relação jurídica” até então predominante, entendida como o vínculo estabelecido entre dois sujeitos por uma prestação de conotação pecuniária, passou a ser compreendida como “situação jurídica”, que parte da noção de que a pessoa está perspectivada²⁷ dentro do ordenamento jurídico, o que significa dizer que a pessoa é dotada de direitos e, reflexivamente, de deveres, ônus, obrigações e responsabilidades. Em complemento, insta dizer que a nota distintiva da “situação jurídica” resume-se na incidência dos valores irrompidos pelos direitos fundamentais, tornando as relações privadas mais personalistas²⁸.

A situação jurídica, portanto, traduz a ideia de que a pessoa deve ser protegida no âmbito das relações privadas, de modo que eventuais arbitrariedades nesse ambiente devem ser afastadas à vista que não se admite violações aos direitos da personalidade que não importe benefícios ao seu titular.

Vale dizer, por oportuno, que a proteção da pessoa humana no quadrante privado revela-se possível por intermédio dos direitos da personalidade, na medida em que traduzem a configuração privada dos direitos fundamentais. Os direitos da personalidade trazem consigo, pois, uma considerável carga valorativa humanizatória, eis que, em certa medida, a sua fundamentação radica-se sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. É necessário notar, por mais paradoxal que possa parecer, que no cenário dos direitos da personalidade a pessoa é tutelada ao passo em que também é titular dos direitos (proteção do nome, da integridade física e psíquica, direito à privacidade, entre outros); em outros termos, a pessoa figura, a um só tempo, como sujeito e como objeto de proteção²⁹.

y la protección de los derechos de la personalidad constituyen una aportación relevante’, apreciación que tiene la doble virtualidad de avalar el interés del Derecho civil constitucional y, a la vez, de reforzar el contenido del Derecho civil al situar a la persona en su centro de gravedad. (FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p.56.)

²⁷ “Con esta óptica fundamentalista personal, el Derecho civil asume o se erige en polo de atracción de materias tales como los derechos de la personalidad (vida, libertad, honor, nombre, ...); la capacidad (nacimiento, desarrollo, extinción); su condición y sus estados; el ejercicio de sus poderes y la responsabilidad que le incumbe; sus manifestaciones externas (persona física y persona jurídica: asociaciones y fundaciones); su libertad y hasta los rasgos ónticos de su actividad básica interpersonal. Porque, en resumen, el Derecho civil es, ante todo y como ha insistido Jordano Barea, ‘el estatuto jurídico de la persona’”. (FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. p.46.)

²⁸ Daniel Sarmento in: (*Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.), recorrendo às preleções de Luiz Edson Fachin discorre que: “A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura antes uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes, pois, como destacou Fachin, com a personalização ‘(...) a solidariedade adquire valor jurídico (...). A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade.’”

²⁹ Lições depreendidas das aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

Tendo em vista a pluralidade e o caráter multifacetário da sociedade moderna, é razoável que se admita a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou, então, direito geral de personalidade. Se quer com isso dizer que os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não são concebidos em um rol taxativo, estanque. Ao revés, a proteção da personalidade deve ser tão flexível e mutável quanto os seus titulares/objeto.³⁰ Verifica-se, nesse sentido, com apoio em José de Oliveira Ascensão³¹, que os direitos da personalidade são atípicos, ou seja, estão dispostos em um rol aberto e mutável, que pode ser livremente integrado por outros direitos da mesma tônica.

Não se pode olvidar em dizer, ademais, que a tutela e promoção dos direitos da personalidade se perfaz, em termos, a partir da não violação por parte dos outros atores privados. Verifica-se que a adoção de um comportamento passivo por parte dos agentes privados também conduz à proteção dos direitos da personalidade. Nesse momento, cumpre trazer à baila a noção de que a dignidade da pessoa humana pressupõe um sujeito moral que reconhece outro com a mesma característica. Em suma, nas situações jurídicas há mais de uma dignidade da pessoa humana – tantas quanto sejam as pessoas envolvidas – cuja soma resulta na formação da solidariedade³².

No que respeita à concepção estanque entre Direito Público e Direito Privado supradelineada, há que se falar que, com a relevância normativa deferida aos direitos fundamentais infundida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que ensejou a imposição de que toda ordem jurídica deve ser percebida à luz dos valores por eles consubstanciados, vislumbra-se, claramente, uma verdadeira interpenetração entre estas duas vertentes do Direito.³³ Ademais, corroborando a clivagem em referência, cumpre registrar que a Constituição Federal em vigor está repleta de normas de Direito Privado³⁴.

³⁰ “Ademais, a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.29/30.) “É certo que os direitos da personalidade são muito mais numerosos do que aqueles de cuja disciplina se ocupou o legislador do direito privado.” (CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.)

³¹ In: *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. Disponível em HTTP://http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf. Acesso em 01 jul. 2011.

³² “De fato, numa sociedade solidária, como a que o constituinte brasileiro quis instaurar, além do dever geral de não violação da personalidade humana, é necessário que também sejam impostas aos atores privados obrigações positivas, ligadas à promoção e realização dos valores da personalidade.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.101.)

³³ “Ao se exaurirem porém as potencialidades sociais, políticas e econômicas contidas naquele rígido quadro de separação entre o Estado e a Sociedade, típico da idade do liberalismo, o constitucionalismo ingressou numa fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades,

Com efeito, a diretiva metodológica em realce rendeu efeitos até mesmo ao legislador ordinário, porquanto alguns diplomas legais publicados após o advento da Constituição Federal de 1988 – dentre eles o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso – consubstanciam com veemência os valores personalistas e os fins plasmados no texto constitucional.

Nesse sentido, tendo em vista a influência generalizada que a dignidade da pessoa humana tem exercido sobre os diplomas legislativos, em observância da sua função aglutinadora, denota-se razoável que as espécies normativas sejam, dessa forma, compreendidas e aplicadas em um verdadeiro diálogo de fontes. Isso implica primar por uma relação de coordenação entre todas as fontes jurídicas, as quais envolveriam a aplicação e integração conjunta das normas, pautando-se sempre pela finalidade de tutela e promoção da personalidade.

Em função do fenômeno da personalização do direito, o Direito Público e o Direito Privado se despiram de suas vestes formais para se alinharem à tendência constitucionalista,

com alta dose de politização ou estatização (essa ocorre em casos mais extremos) das relações sociais básicas, cujo eixo de gravitação já não se contém como dantes em esfera inteiramente privatista.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.476.) “Realmente, una Constitución moderna, como es la española de 1978, incrementa y expande sus contenidos jurídicos y, en consecuencia, afecta o incide tanto en el ámbito del llamado Derecho público como en el área del Derecho privado, porque la Constitución actualmente ha adquirido tal amplitud y omnicomprensión, dentro del mundo jurídico, que en ella se encuentran, según la famosa frase de Pellegrino Rossi, ‘los títulos de los grandes capítulos de todas las ramas del Derecho’, habiendo llegado a ser, en feliz expresión gráfica de Romano, a la manera de ‘tronco al que se conectan y del que nacen, separándose, todas ramas del Derecho.’” (FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p.28.)

³⁴ “Al unísono se destaca en nuestra doctrina que ‘o estudio del Derecho civil – como por lo demás hoy el de cualquier rama del ordenamiento – no se puede hacer bien si no es partiendo del conocimiento de la Constitución’; que ‘a la perspectiva habitual en el estudio y análisis del Derecho civil, debe añadirse, inicialmente, y como punto de partida, una permanente perspectiva constitucional’; o que ‘materias tratadas por los civilistas tradicionalmente han entrado por fin en la Constitución’.” (FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p. 16/17) “Hoy día, con una Constitución que afirma su normatividad jurídica y que, siguiendo la tónica imperante en el mundo occidental, incorpora a su texto normativo numerosas materias de Derecho civil, la incidencia constitucional en éste se hace más patente y universal.” (FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p. 36) “Sem embargo, Dürig admite a necessidade de se construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado –, os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacentes aos direitos fundamentais.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.198.) “(...) é significativo que as relações entre Constituição (com destaque para os direitos fundamentais!) e o Direito Privado sempre se revelou como sendo pautada por um relacionamento dialético e dinâmico de influência recíproca. Também por isso a relação entre a Constituição e o Direito Privado pode ser descrita pelo menos a partir de duas perspectivas: a do Direito Privado na Constituição e a da Constituição no Direito Privado.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 19.)

por meio da qual se busca primar e proteger a pessoa humana e os direitos fundamentais que a ordem jurídica lhes assegura. A fenda que em outro tempo se verificava entre as duas vertentes em questão hoje já não mais existe, pois que o Direito é compreendido sistematicamente como sendo um só e, o seu eixo fundamental se reporta à Constituição Federal.

1.2 Concepção sistemática do ordenamento jurídico: unidade interna e ordenação

O findar da Segunda Guerra Mundial aliado à proclamação da Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948 representam o marco da mudança de paradigma por que passou a ciência jurídica. A racionalidade formal imperante até o referido marco histórico, que se caracterizava pela noção de completude do ordenamento jurídico, pela concepção positiva normativista e pela aplicação mecânica das normas, alheia a qualquer resquício de valoração, circunstância em que competia ao juiz tão somente fazer valer a vontade do legislador, cede passagem a uma nova forma de compreensão do Direito, bem como à uma nova metodologia de aplicação do Direito, norteadas pela posição que a pessoa humana passa a ostentar no sistema jurídico.

Esta guinada que modificou o direcionamento da ciência jurídica colocou em evidência a concepção sistemática do ordenamento jurídico (noção amplamente difundida por Canaris³⁵, mas suas bases remontam a Savigny), segundo a qual este se caracterizaria como algo uno, ordenado, aberto e dinâmico.

Nesse viés, o nosso ordenamento jurídico seria compreendido a partir da noção de sistema jurídico, cujo objeto, por intuitivo, seria o direito positivado, que passa a ser compreendido como um plexo organizado de normas jurídicas, direcionadas a abranger as mais diversas hipóteses de fato oriundas da realidade social.

Contudo, tendo em conta o caráter plural e multifacetário da sociedade, certo é que o órgão legislativo não dispõe de condições para acompanhar a par e passo as mudanças sobrevindas no seio social, conformando o Direito às necessidades sociais. Exsurge imperioso, portanto, seja o sistema jurídico marcado pela abertura e dinamismo, possibilitando a sua adequação às transformações sociais que, a propósito, são diuturnas.

³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2. ed., 1996, p. LXIII a C e 243/289.

O caráter dinâmico necessário ao Direito representa uma consequência da abertura do ordenamento jurídico, a qual se caracteriza pela utilização de termos jurídicos indeterminados e normas-princípio pelo órgão legislativo, de sorte a permitir que o aplicador da lei tenha condições de promover a sua harmonização com as hipóteses de fato, buscando a adequação da norma jurídica às peculiaridades do caso concreto. O Direito positivo representa um sistema imóvel, que, no entanto, possui partes móveis. Trata-se, em verdade, de uma técnica legislativa em que o legislador cuida de estabelecer diretrizes gerais sobre a regulamentação de determinado assunto, sem, contudo, descer às minúcias, dando margem a que o intérprete e aplicador da lei complemente a atuação legislativa, fazendo chegar a regulamentação estatal até as situações fáticas que reclamam a sua incidência, em manifesta observância ao que se costuma denominar doutrinariamente “jurisprudência dos valores”³⁶. Em razão de a Ciência do Direito estar diretamente inserida no processo histórico, o que se justifica pela sua inevitável interação com a realidade social, o seu objeto é mutável, amoldando-se conforme os anseios sociais.

A mobilidade ínsita ao sistema permite conciliar a tendência generalizadora – um dos valores mais altos do Direito, uma vez que decorre do princípio da igualdade –, com a tendência individualizadora, enriquecendo, assim, o instrumentário legislativo na medida em que se está promovendo uma aproximação da norma com a hipótese concreta que lhe subjaz.

Nesse sentido, Canaris³⁷ firma o entendimento de que ao sistema cumpre duas tarefas na obtenção do Direito: “*ele contribui para a composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico, ante a sua interpretação como parte do conjunto da ordem jurídica, observando-se as conexões relevantes*”; o sistema impõe a realização da adequação valorativa, bem como seja promovida a unidade interior do ordenamento, evidenciando, pois, eventuais inconsequências valorativas.

Por seu turno, outra nota distintiva que informa o sistema jurídico é a ordenação (adequação valorativa) e a unidade. Cumpre entender em princípio que uma conduz à outra. Um ordenamento jurídico uno apenas o será na hipótese em que também for organizado, coerente e lógico. A unidade traduz a ideia de que o ordenamento jurídico deve ser visto

³⁶ “Este sistema não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, ‘o sistema objetivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompleitude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais. (...) A abertura do ‘sistema objectivo’é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objeto, designadamente, da essência do Direito como um fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p. 281.)

³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p. 283.

como sendo obra de um único autor, como se tivesse sido confeccionado com perfeição, não havendo que se tolerar contradições, lacunas e conflitos normativos. No entanto, o ordenamento jurídico tende, por natureza, a ser assistêmico³⁸, na medida em que é composto por normas jurídicas elaboradas em momentos distintos, para atender a interesses diversos, e, além disso, por pessoas diferentes, considerando-se que há uma grande rotatividade entre os membros do Legislativo.

Nesse prisma, cabe ao intérprete e aplicador do Direito – entenda-se aqui: das normas jurídicas – promover à sistematização do ordenamento jurídico, sanando os eventuais vícios que o macule e lhe retiram a natureza sistemática. Assim é que as lacunas normativas devem ser colmatadas, bem como as antinomias jurídicas suprimidas a fim de se preservar o sistema jurídico, por ser imperioso à sua configuração como tal. Por mais que seja de todo paradoxal, o sistema jurídico é assistêmico, razão pela qual compete ao intérprete-jurista promover à sua sistematização por meio da solução dos possíveis vícios de normatividade. O jurista desempenhará esta atividade por meio do emprego da interpretação e das regras que lhe informam, razão pela qual a ciência do Direito é caracterizada como uma ciência hermenêutica³⁹.

A verificação do caráter sistemático, pois, é levada a cabo tendo em conta as situações particulares, de modo que somente se poderia sustentar a assistematicidade em concreto, quando não for possível solucionar os problemas normativos de ordenação e unidade interna por intermédio da hermenêutica.

Verifica-se, pois, que o sistema tem chances potenciais de estar maculado por algumas quebras, as quais dizem respeito às contradições de valores e de princípios. Elimina-se as quebras no sistema por intermédio da interpretação sistemática e da integração sistemática de

³⁸ “(...) Os sistemas existem independentemente de seus elementos se contradizerem ou não. É claro que toda forma estrutural pressupõe um mínimo de harmonia que torna possível a relação entre seus termos, mas tal harmonia, no nosso entender, não precisa ser absoluta, de modo a não se admitir a presença de conflitos. Mesmo porque, para que duas proposições sejam consideradas contraditórias é preciso que entre elas se estabeleça uma e que tenham como base um referencial comum, isto é, que pertençam ao mesmo sistema, caso contrário, não há contradição. Como ensina TAREK MOYSÉS MOUSSALLEM, falar em conflito ou incoerência só tem sentido se for no interior de um mesmo sistema, conflitos inter-sistêmicos são extralogicos”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito: O Constructivismo Lógico-Semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=147777>.) Acesso em: 21 jun. 2012. p. 104.

³⁹ “Por consequência, a Ciência do Direito também não é fundamental, uma Ciência da ação no sentido em que Horn utiliza o conceito, mas sim uma ciência hermenêutica: ela é, largamente, uma Ciência do entendimento correcto e não da atuação certa. No essencial, o Direito objetivo impõe as determinações sobre esta última, devendo, em regra, o juiz complementar apenas, de modo consciente, os seus valores e não colocar em seu lugar as intuições de outros, sejam elas as de todos, ou da maioria ou dos sábios.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p. 265/266.)

lacunas. Não sendo possível realizar a correção do sistema, revela-se possível tomar as normas contrárias ao sistema como nulas, haja vista que nesse caso se está violando o princípio constitucional da igualdade, considerando que o pensamento sistemático orienta-se por uma tendência generalizadora.

Vale dizer, que as quebras irremediáveis e as lacunas não colmatadas não impedem a formação do sistema, deixando-o intocado no que concerne à parte não atingida pela quebra ou pela lacuna. Em relação a estas últimas – as lacunas normativas – verifica-se em algumas situações que a sua integração valorativa subsiste de forma assistêmica, observando-se a tendência individualizadora, que é traço distintivo do pensamento tópico.⁴⁰

Denota-se que a tópica revele-se útil ao sistema, não obstante o seu emprego seja conduzido à solução de problemas particulares em contraposição à natureza generalizadora do sistema, na medida em que for apta a integrá-lo, conferindo-lhe, portanto, o caráter sistêmico baseado na unidade e atuando em favor da sua manutenção.

1.3 Direitos fundamentais sociais no âmbito do Estado Constitucional Democrático e Social de Direito

O Estado, enquanto ente jurídico, passou por diversas transformações ao longo dos séculos, de modo que o atual Estado Constitucional social⁴¹ sucedeu o Estado social estatal, o Estado socialista e, por fim, a primeira modalidade de Estado, o Estado de Direito⁴².

Faz-se necessário compreender que a espécie de Estado observada influí diretamente no modo como se comprehende e se busca efetivar os direitos fundamentais, motivo pelo qual

⁴⁰ “Por conseguinte, os seus seguidores não distinguem suficientemente entre as tarefas da legislação e as da jurisprudência e desconhecem que a Ciência do Direito tem a ver, em primeira linha, com a execução consciente de valores já legislados e não com a escolha tópica de premissas; portanto é uma doutrina do entendimento justo e não do comportamento justo. (...) Com isso fica também claro, como e em que circunstâncias tem o pensamento tópico uma função significativa a cumprir dentro da Ciência do Direito: sempre que faltam valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p. 269.)

⁴¹ “Positivado como princípio e regra de um Estado de Direito reconstruído sobre os valores da dignidade da pessoa humana, o Estado social despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado, conforme intentamos demonstrar. O Estado social de hoje é portanto, a chave das democracias do futuro.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 2011, p. 38.)

⁴² “Estado liberal, Estado socialista, Estado social com primazia dos meios intervencionistas do Estado e, finalmente, Estado social com hegemonia da Sociedade e máxima abstenção possível do Estado – eis o largo painel ou trajetória de institucionalização do poder em sucessivos quadros e modelos de vivência histórica comprovada ou em curso, segundo escala indubitavelmente qualitativa no que toca ao exercício real da liberdade.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 2011, p. 33.)

se desincumbirá esse mister nos próximos parágrafos, estabelecendo-se de maneira singela e compreensível as principais características que informam cada modalidade de Estado.

O Estado Liberal, manifestamente garantidor, buscava a proteção dos cidadãos titulares dos direitos fundamentais por meio da lei, no sentido de que ela impunha abstenções ao ente estatal – *laissez faire* –, primando pela liberdade formal, perante a lei portanto. Nesse ínterim, por razões inequívocas, o órgão legislativo ostentava maior relevância entre as instituições estatais.

Em meio ao século XX, o Estado do tipo social caracterizava-se pela postura intervencionista do Estado na concessão dos bens materiais básicos aos cidadãos, razão pela qual era designado de Estado prestador – *welfare state* –, de modo a se aferir a clara proeminência do Executivo nesse cenário.

Por seu turno, no século XXI, exsurge o Estado constitucional, cuja nota distintiva recai sobre a relevância do Judiciário em relação às demais funções do Estado, justificada, em grande medida, pela força normativa emprestada às Constituições, bem como pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

No âmbito de um Estado Constitucional Social Democrático de Direito, como o Estado Brasileiro, revela-se imperioso identificar o sentido de cada uma das expressões que integram conceitualmente esse princípio que rege o Estado (“Constitucional”, “Social”, “Democrático”, “de Direito”), cuja junção, a propósito, culmina em algo sobremaneira peculiar para a conformação do constitucionalismo em evidência nos dias de hoje, isto é, um constitucionalismo voltado para a efetivação dos direitos fundamentais e, em última instância, para a proteção da pessoa humana.

Os termos que representam a tônica do novo modelo de Estado jurídico se resumem em “Constitucional” e “Social”. As demais palavras que integram a denominação do princípio em tela não traduzem algo invariavelmente novo, à vista que são típicas do modelo de Estado vigente no século XVIII, qual seja: o Estado Liberal (“Democrático” “de Direito”).

Convém desviar sutilmente a direção do raciocínio ora empreendido para dizer que se falar em democracia em meio ao Estado do tipo liberal configura uma contradição em termos. A democracia, concebida corriqueiramente como sendo a garantia de participação do povo nas ações governamentais, traduz, além disso, o direito que dispõem os cidadãos de ter os seus direitos fundamentais efetivados pelo ente Estatal, o que, diga-se de passagem, não se

vislumbra no Estado Liberal. O celeiro da democracia é o Estado Social⁴³, eis que além de oportunizar a participação do povo naquilo que é do seu interesse, atua positivamente na direção da efetivação dos direitos fundamentais em relação aos quais o Estado, em certa medida, figura como destinatário, abandonando dessa forma o dogma absenteísta predominante o seio do Estado Liberal.⁴⁴

Nesse viés, reafirma-se que o regime democrático tem o seu cerne na garantia de participação popular nas ações governamentais do Estado. Vale anotar, por oportuno, o entendimento sustentado por Mendes, Coelho e Branco, segundo o qual um Estado Democrático, para ser considerado como tal, há que se comprometer, no plano da relação entre poder e indivíduo, com a efetivação dos direitos fundamentais, mormente os de segunda dimensão, denominados direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁵

Por seu turno, na expressão “de Direito” repousa a ideia de que as relações sociais devem se conformar com a legalidade (reserva de lei), com o que dispõe as normas jurídicas integrantes do nosso ordenamento, confeccionadas pelos membros do Poder Legislativo no exercício do poder que emana do povo, observando-se, pois, os postulados imanentes à democracia representativa; ou seja, o próprio povo, em última análise é quem elabora as espécies normativas que disciplinam a vida em sociedade.

O atributo “Constitucional” remonta as suas origens na necessidade de se perquirir o conteúdo normativo da Constituição, ante as atrocidades a que se levou a efeito em meados do século XX na Europa. Não se pode olvidar que os abusos de toda sorte realizados pelos movimentos totalitários foram considerados legítimos sob o ponto de vista da permissão legal, uma vez que encontravam guarida na lei. Em virtude dessa situação é que na segunda metade do século XX, e, em relação ao Brasil em particular, com a promulgação da Constituição de

⁴³ “A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade.* in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.)

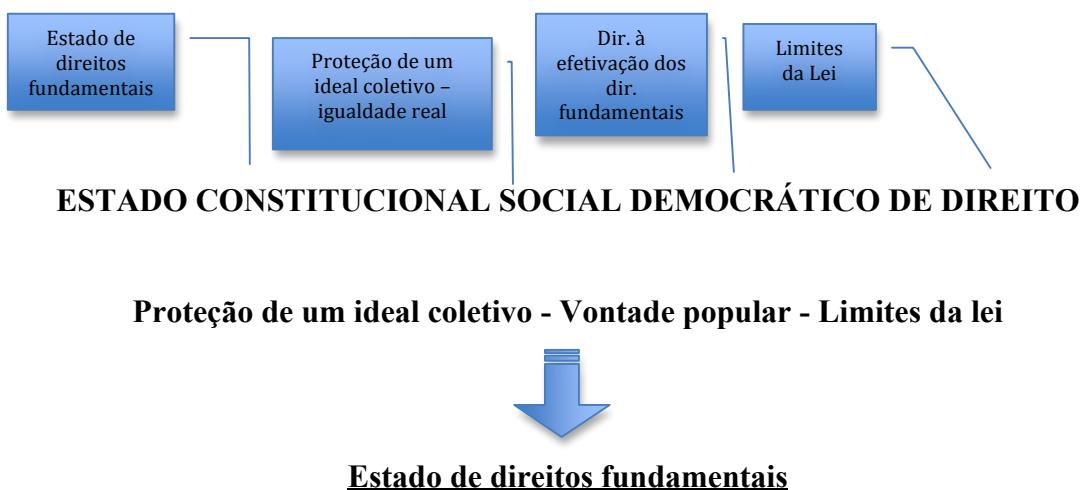
⁴⁴ “(...) a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito. (...) foi Ortega y Gasset o primeiro a enxergar claro no meio do denso nevoeiro que envolvia aqueles dois princípios políticos, quando afirmou que o liberalismo era uma ideia aristocrática que nada tinha que ver com a democracia.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 2011, p. 50-54.)

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

1988, veio a lume um sentimento constitucional latente, cuja essência se assenta na necessidade de se proteger a pessoa humana a partir dos direitos e garantias fundamentais lhe assegurados pela Constituição Federal.

Uma das grandes transformações implementadas por este novo modelo de Estado e que, em verdade, consiste na sua base axiológica, repousa na proposta de valorização da igualdade substancial, real, material, em contraponto à obsoleta noção de igualdade formal, perante a lei, que culminava por gerar mais desigualdades. Assim é que prevalece no Estado Constitucional Social uma concepção real de igualdade, segundo a qual a todos devem ser conferidos os mesmos direitos, as mesmas oportunidades e prestações por parte do Estado.

Cumpre advertir ainda, por imperativo lógico, que todos os elementos integrantes da estrutura deste princípio (Estado Constitucional Democrático Social de Direito) devem se convergir para a observância dos direitos e garantias fundamentais, em absoluto respeito à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, todos os elementos devem se conformar com o que dispõe a Constituição Federal acerca dos direitos fundamentais da pessoa humana. As ideias aqui lastreadas são representadas no diagrama abaixo.



Sendo os direitos de segunda dimensão (direitos fundamentais sociais) a tônica do Estado Constitucional Social, alguns assuntos a seu respeito são dignos de nota.

Os direitos fundamentais sociais, como é sabido, são classificados como direitos de segunda dimensão, à luz da concepção original de gerações de direitos amplamente difundida na dogmática constitucional. Diferentemente dos direitos de primeira dimensão – produto do ideal liberal burguês, também denominados direitos negativos, de defesa, pois que

propugnavam o absenteísmo estatal (*laissez faire*) –, os direitos sociais se fundam nas bases do Estado Constitucional Social Democrático, regime cuja nota distintiva recai sobre a atuação preponderantemente positiva do Estado com vistas à promoção da igualdade substantiva, como autêntico meio para a realização da justiça social.

O surgimento dos direitos de segunda dimensão, vale dizer, se deu a partir da percepção de que “*a consagração unicamente formal da liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo*”⁴⁶. Foi em meio à necessidade de se transportar os valores da liberdade e igualdade para o plano da realidade que se concebeu os direitos sociais, eis que os cidadãos não mais se contentavam com a igualdade jurídica, formal, perante a lei, ao revés, o que se buscava é a promoção de uma igualdade material.

É oportuno anotar que os direitos de primeira dimensão, individuais e políticos, são inexoravelmente marcados pelo ideal de liberdade⁴⁷, na medida em que foram concebidos para proteger o indivíduo em face da arbitrariedade estatal, ao passo em que a essência dos direitos de segunda dimensão, em verdade, reside na promoção da igualdade substantiva, pretendendo-se assegurar em primeiro plano o valor justiça-social.

Contudo, não se pode perder de vista que os valores liberdade e igualdade – símbolos dos direitos de primeira e segunda dimensão, respectivamente – guardam uma relação de íntima conexão, tendo em vista que a liberdade material apenas possui a propensão de se configurar faticamente na hipótese em que se prestar aos cidadãos os bens materiais básicos, circunstância em que será possível então o exercício de tal mister libertário. Esse aspecto da nossa reflexão é objeto da abordagem por uma gama de estudiosos. Assim, é que Sarlet⁴⁸ aduz que “*os direitos sociais, na sua dimensão prestacional, aspiram garantir e realizar os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades*”, e, na ótica de Daniel Sarmento⁴⁹, resta assentado que “*sem o atendimento de certas condições materiais básicas, esvazia-se a liberdade, pela impossibilidade concreta do seu exercício.*” Somando-se a isso, de maneira mais substancial, Cristina Queiroz faz constar em sua obra o entendimento de Böckenförde a respeito do tema, para quem

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

⁴⁷ Consoante se verificará adiante, a liberdade difundida no âmbito do Estado Liberal, pretensamente assegurada pelos direitos fundamentais de primeira dimensão, traduz-se em uma falsa ideia de liberdade, na medida em que a liberdade propriamente dita pressupõe a fruição pelos cidadãos das prestações materiais básicas. Sem elas, vale dizer, a liberdade apenas pode ser percebida em abstrato.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.283.

⁴⁹ *A proteção judicial dos direitos sociais*: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 575.

Se a liberdade jurídica deve converter-se em liberdade real, então os respectivos titulares necessitam de uma participação básica nos bens sociais materiais. Essa participação básica nos bens sociais materiais faz parte da liberdade. Apresenta-se como pressuposto necessário da sua realização.⁵⁰

Nesse viés, também são oportunos os esclarecimentos de Paulo Bonavides, assentados na cinquentenária obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, nos termos seguintes: “*Ontem, a liberdade impetrava o acréscimo da igualdade; hoje, a igualdade impetrava o acréscimo da liberdade, acréscimo material, tudo isso com o objetivo de fazer ambas concretas, tanto a liberdade como a igualdade.*”⁵¹

Nota-se, assim a partir das considerações expendidas, que os direitos sociais figuram como desdobramento evolutivo da ciência jurídica, isto é, os direitos sociais são elementos constituintes do momento pós-moderno, pois consubstanciam, em última análise, a promoção da igualdade material como meio para se alcançar a liberdade, e não o contrário, como sustentado na modernidade, em meio ao Estado liberal. Essa liberdade, contudo, já não mais assume os contornos de outrora, à vista que a sua implementação resvala na necessidade da ingerência positiva do Estado em benefício dos cidadãos, em contraposição à postura inerte do Estado antes propugnada.⁵² Verifica-se, portanto, a nítida confluência dos valores liberdade, igualdade e justiça no âmbito de efetivação dos direitos sociais, até mesmo porque “*todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.*”⁵³

Em contrapartida, a autora lusitana Cristina Queiroz empreende uma reflexão crítica em oposição à pauta argumentativa até então desenvolvida, nos conduzindo ao raciocínio relativo às eventuais incoveniências do emparelhamento dos direitos de liberdade com os direitos de igualdade. Nesse viés, argumenta-se que ao se considerar a dependência dos direitos de liberdade à garantia das prestações materiais aos cidadãos, a liberdade como

⁵⁰ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 33.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 2011, p.14/15.

⁵² Essa afirmação encontra respaldo na seguinte reflexão empreendida por (BITTAR, C. B. Eduardo. ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2010, pág. 660): “O olhar crítico sobre esta realidade nos consente já desenvolver a percepção necessária para, a partir do solo das lutas sociais (Boaventura de Souza Santos), detectarmos o sentido a ser impresso à ação, cujo ímpeto reformista não pode ser seguido do mero pessimismo pelo desmonte das estruturas existentes, e muito menos pelo otimismo ufanista sobre o futuro, porque se trata de construir um novo sentido para a liberdade, esta que não se sabe em que resultará.”

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 50.

direito fundamental seria compreendida como uma liberdade-positiva, de modo que os direitos de liberdade seriam interpretados como direitos de participação. Por este ângulo de análise, exemplificativamente, “*a liberdade de escolha de profissão passaria a compreender um ‘direito ao trabalho’, a garantia da ‘inviolabilidade do domicílio’ um ‘direito à habitação’, o ‘princípio de igualdade’, um ‘direito à criação de condições iguais de vida’, ou, pelo menos, de ‘oportunidade’, para todos os cidadãos.*”⁵⁴ Seguindo-se esta direção, os direitos denominados de primeira dimensão reclamariam uma atuação positiva do ente estatal para que sejam implementados. Essa colocação revela-se desarrazoada em certa medida, pois se está a tratar de uma particularidade que é imanente aos direitos sociais⁵⁵, além do que, e principalmente, é preciso frisar que os direitos de liberdade caracterizam-se por sua feição negativa.

Em relação à classificação dos direitos fundamentais sociais, é digno de nota esclarecer que o trabalho proposto concentra-se no estudo dos direitos sociais a prestações, isto é, aqueles direitos cuja efetivação está a depender de uma atuação positiva do ente estatal, e, em particular, pretende-se diligenciar investigações científicas sobre o direito social à alimentação, o que será realizado com mais intensidade a partir do segundo capítulo.

À luz da classificação concebida por Robert Alexy, amplamente propagada nas obras que versam sobre a dogmática dos direitos fundamentais, o estudo em tela volta-se para os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais)⁵⁶.

1.3.1 A estrutura normativa dos Direitos Sociais: os direitos fundamentais como princípios

Uma das notas distintivas dos direitos fundamentais sociais instala-se sobre a indeterminabilidade relativa que subjaz ao seu objeto.⁵⁷ Os dispositivos constitucionais que

⁵⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 35.

⁵⁵ “Assim, e no que concerne especificamente aos direitos fundamentais sociais (‘direitos fundamentais a prestações em sentido estrito’) a pretensão não corresponde a uma omissão, mas a uma ‘acção’. Na terminologia de Georg Jellinek, os direitos fundamentais sociais correspondem essencialmente ao ‘status positivus’, isto é, reclamam por uma acção, um ‘facere’, por parte dos poderes públicos. Traduzem ‘pretensões’ de ‘cuidado’ e ‘protecção’ com a ajuda da actividade público-estadual em ordem à realização dos respectivos interesses.” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 32.)

⁵⁶ “(...) o conceito de direito a prestações será compreendido de forma ampla. Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. (...) Os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: 1 direitos a proteção; 2 direitos a organização e procedimento; e 3 direitos a prestações em sentido estrito.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442 e 444.)

contemplam os direitos em voga possuem textura vaga e aberta, não fixando os comportamentos que devem ser levados a efeito pelo Poder Público a fim de que sejam efetivados. Nesse sentido, o artigo 6º da Constituição Federal se limita e elencar os direitos sociais, a saber: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Importa perceber que o constituinte originário e derivado, ao assegurar os referidos direitos sociais aos cidadãos, o fez sem estabelecer as prestações estatais de natureza fática necessárias à consecução dos fins neles colimados.

Por seu turno, é bem verdade também que “*tampouco aparece determinado o que é considerado constitucionalmente contrário aquilo que o direito exige, ou seja, não aparece determinado quando se vulnera o direito social.*”⁵⁸ Portanto, certo é que o conteúdo das prestações será estabelecido a partir de uma análise das circunstâncias específicas de cada direito fundamental, levando-se em consideração, inclusive, a relevância econômica imanente aos direitos sociais prestacionais.⁵⁹

Desse modo, os direitos fundamentais, por vezes, são positivados na Constituição Federal sob a forma de princípios jurídicos, mormente os direitos sociais, uma vez que, como salientado alhures, são veiculados em normas que estabelecem apenas o fim constitucional a ser atingido, sem, contudo, fixar as prestações materiais que devem ser levadas a efeito para alcançá-lo. Nesse sentido, conforme já assentado, em razão de os direitos fundamentais estarem consagrados, a rigor, em normas de caráter fluído e aberto, o conteúdo deles será aferido a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas verificáveis no caso concreto, isto é, das hipóteses de fato que reclamarem a incidência da norma jurídica que os veicula.

No âmbito de uma sociedade *plural* e *complexa* como a que se apresenta nos dias atuais – adjetivos próprios da pós-modernidade –, não seria ousadia sustentar que se revela mais adequado que os direitos sociais tomem a forma de princípios. A flexibilidade inerente a

⁵⁷ “Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales. (...) A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental.” (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 82/83.)

⁵⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais”* de Fernando Atria. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 151.

⁵⁹ “(...) a natureza aberta e a formulação vagas das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 306.)

esta modalidade normativa permite que os direitos fundamentais se amoldem às situações particulares, a fim de que sejam efetivamente percebidos por seus titulares, consistindo, assim, em última análise, em um fator de promoção da cidadania.

Considerando, pois, o caráter plural e multifacetário que informa a sociedade pós-moderna, bem como o inexorável diálogo que deve se estabelecer entre sociedade e Direito, este último não mais pode ser compreendido à luz dos contornos propugnados pelo Estado de Direito. Em outros termos, não se afigura racionalmente lógico que o Direito seja concebido, em uma perspectiva hermenêutica, de forma estática no bojo das mais variadas situações jurídicas que reclamam sua incidência, aplicando-o por meio de uma operação mecânica, silogística.

No âmbito do Estado Constitucional⁶⁰, em razão da base material pluralista que lhe é subjacente, os princípios e valores consagrados na Constituição assumem um caráter relativo, de forma que todos eles convivem harmoniosamente no mesmo plano de existência. Vale dizer, nesse diapasão, que os princípios não têm a pretensão da exclusividade – eles não são absolutos –, atributo que possibilita a sua múltipla incidência nas situações particulares.

Os direitos sociais foram carreados para o ordenamento jurídico sob a forma de princípios jurídicos, na medida em que as normas que os consagram possuem textura aberta, tendo sido deixado uma margem de liberdade para o intérprete-aplicador a fim de que se leve a efeito a incidência da norma da melhor forma, consoante as peculiaridades da situação fática.⁶¹

Cumpre advertir que, na hipótese em que mais de um princípio incida sobre a mesma situação fática, há que se realizar uma ponderação entre eles a fim de que sejam harmonizados, com vistas a proporcionar a máxima efetividade de ambos, com o mínimo de restrição possível. É de bom grado relembrar nessa tarefa ponderativa os ensinamentos de Alexy, segundo o qual os princípios são mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível (“prima facie”), em prol da sua efetividade⁶².

⁶⁰ Cristina Queiroz In: *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 14 aduz que o “Estado de Direito democrático e constitucional é um Estado de Direitos Fundamentais”, evidenciando a relevância que os direitos fundamentais ostentam no modelo de Estado qualificado pelo adjetivo *Constitucional*.

⁶¹ “Do ponto de vista metodológico, esta ‘abertura’ comporta uma ‘delegação’ em favor dos órgãos concretizadores. As ‘cláusulas gerais’ e os ‘conceitos jurídicos indeterminados’, para além de favorecerem uma certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete.” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 121.)

⁶² “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas,

Em suma, os princípios mostram-se relevantes para a compreensão dos direitos sociais na medida em que se verifica que a máxima efetividade desses preceitos fundamentais decorre da concepção dúctil dos direitos, e, como é cediço, os princípios são, por sua própria natureza, indetermináveis, abertos e fluídos, o que demonstra a possibilidade de serem flexibilizados em situações concretas.

Convém lembrar, consoante exposto no tópico antecedente, que a abertura traduz uma característica imanente ao sistema jurídico, afigurando-se as normas-princípio como os meios necessários à conservação desta característica, na medida em que são marcadas pela abertura semântica.

1.3.2 Cláusula de vedação de retrocesso social, mínimo existencial e reserva do possível: impossibilidade de reverter os níveis de concretização alcançados, limites às restrições opostas aos direitos sociais e o fator custo dos direitos sociais a prestações

O Estado Constitucional Democrático e Social de Direito se caracteriza, entre outros fatores, por ser um Estado de Direitos Fundamentais, consoante apregoa a autora Lusitana Cristina Queiroz⁶³. Nessa perspectiva, denota-se que um dos seus matizes se assenta sobre a necessidade de se conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais, no sentido de se primar por sua concretude no âmbito das situações particulares. Não se pode olvidar, pois, que a proteção apenas formal dos direitos fundamentais nas Constituições e leis infraconstitucionais destoa inquestionavelmente do postulado que se apresenta como base normativa e fundamento dos direitos em voga, a saber, a dignidade da pessoa humana. De todo relevante é, à evidência, ter como máxima a busca pela efetiva fruição dos direitos fundamentais por seus titulares, materializando, tornando real o que já se encontra assegurado normativamente.

mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90.)

⁶³ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 14.

Nesse viés, o instituto jurídico-constitucional assim comumente denominado *vedaçāo de retrocesso social* vem a lume para atuar em favor da concretização dos direitos fundamentais, impedindo eventuais retrocessos nos níveis de segurança social⁶⁴ alcançados.

Sob as mais diversas designações na órbita interna e externa, a vedaçāo de retrocesso social infunde a noção de que se impende observar o grau de concretização dos direitos fundamentais, não se admitindo recuos que importem redução no quantum já efetivado de determinado direito fundamental – em termos normativos e fáticos – aos cidadãos-destinatários. Em outros termos, a concretização das normas consagradoras de direitos fundamentais, ou seja, a sua efetiva realização material, não está a admitir retrocessos, mantendo-se, dessa forma, o nível de segurança social conquistado. Neste prisma, à vista da eficácia negativa das normas que veiculam direitos fundamentais, há que se afastar ações dos poderes públicos tendentes a minimizar posições jurídicas fundamentais – de natureza legislativa ou administrativa, sobretudo no que diz com as políticas públicas – em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Enfim, vem a lume a concepção de que não se pode insurgir contra as conquistas alcançadas, mormente em relação a questões cujo cerne recai sobre os direitos fundamentais.⁶⁵

Exsurge clarividente que a vedaçāo de retrocesso social, a despeito de consubstanciar deontologicamente uma proibição, ostenta a natureza de princípio jurídico, tendo sido erigido por meio do procedimento indutivo de construção de princípios, a partir dos institutos consagrados implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico sob as vestes normativas de regras e princípios. Justifica-se tal ilação à vista da baixa densidade normativa e do alto nível de abstração que gravita em torno do enunciado consubstanciador da ideia de proibição de retrocesso social, bem assim em virtude da sua incidência nas situações concretas, a qual não se restringe ao campo dos direitos fundamentais sociais, embora seja visualizável com mais clareza e frequência nesta seara.

Por certo, a segurança jurídica traduz um dos valores fundamentais sobre o qual se assenta a vedaçāo de retrocesso. Cediço de que é mais simples percebê-la do que efetivamente

⁶⁴ Expressão cunhada por Ingo Sarlet no texto *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

⁶⁵ (...) especialmente na esfera dos direitos sociais, precisamente no que diz respeito à sua tutela contra medidas que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas (aqui tomadas em sentido amplo) já implantadas, a ordem jurídico-constitucional brasileira, pelo menos de acordo com setores da doutrina e alguma jurisprudência, agasalhou o que se tem designado de princípio da proibição de retrocesso (...)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.)

conceituá-la, convém salientar que a segurança jurídica decorre em grande medida do Estado de Direito, por meio da qual busca-se a estabilização das relações jurídicas, de sorte a não se admitir retornos ao passado, alterando-se o que foi assentado sob os auspícios legais. A propósito, a segurança jurídica advém da própria noção de reserva legal, cuja proteção, garantia, certeza, confiança e firmeza não estão a admitir regressos de toda sorte, em manifesto descompasso com a solidez que informa as relações jurídicas. Vale dizer, que a segurança jurídica ostenta matriz constitucional, na medida em que se manifesta por intermédio de alguns institutos consagrados pelas normas constitucionais, quais sejam: coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), sem, contudo, se olvidar do Estado de Direito, cuja previsão no texto maior encontra-se lastreada logo no seu artigo 1º⁶⁶. Ademais, o *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que consiste em um verdadeiro preâmbulo do referido dispositivo constitucional, é claro ao assegurar aos cidadãos a segurança, não sendo desarrazoado sustentar que a segurança jurídica também encontra guarida normativa neste enunciado.

Vários são os institutos jurídicos – prescrição –, inclusive de natureza processual – preclusão –, que primam por consubstanciar a concepção que se deflui da vedação de retrocesso. Em uma perspectiva filosófica, registra-se que o progresso, a evolução e o aperfeiçoamento representam a própria essência e racionalidade da vida, não se tolerando com naturalidade retornos que importem prejuízos e perdas.

Por seu turno, os objetivos da República Federativa do Brasil cravados no artigo 3º da Constituição Federal representam um contraponto ao retrocesso no âmbito dos direitos sociais, na medida em que promanam mandamentos direcionados aos poderes públicos com vistas à promoção fática dos direitos sociais e, em última análise, ampliar em termos quantitativos e qualitativos os níveis de segurança social. Urge salientar, nesse viés, a existência de uma dimensão positiva da proibição de retrocesso social, no sentido de que, além de conservar um aspecto negativo em defesa dos níveis de proteção social viabilizados

⁶⁶ “(...) a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (por exemplo, dada a sua vinculação com a proporcionalidade e a proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica) quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, afinal de contas, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.)

pela concretude dos direitos sociais, a vedação de retrocesso teria por imperioso a adoção de medidas que se prestassem a contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais, observando-se uma escala progressiva de realização material desses direitos.⁶⁷

Por oportuno, convém reafirmar que a proibição de retrocesso social atua em favor da efetivação dos direitos fundamentais quando se tem em conta que, em verdade, este instituto jurídico constitucional, resultado da criação doutrinária-jurisprudencial, firma-se como um limite às restrições opostas aos direitos fundamentais. Invocando-se mais uma vez a dimensão negativa da proibição de retrocesso social, vale lembrar que ela representa uma limitação às ações dos poderes públicos que importem a redução do grau de concretude dos direitos fundamentais já alcançado. Daí porque designá-la por um instrumento que estabelece os limites aos limites dos direitos fundamentais⁶⁸.

Figurando a vedação de retrocesso como limite aos limites opostos aos direitos fundamentais, há que se considerar a possibilidade de se ter restrições no âmbito das normas de direitos fundamentais, bem assim nas políticas públicas concretizadoras desses direitos. Assenta-se, portanto, que o que se proíbe pelo instituto em comento é um retroagir desmedido e desbalizado por qualquer parâmetro no campo dos direitos fundamentais, que acabe por infringir o conteúdo concretizado desses direitos.

Resta identificar a esse respeito, pois, a questão que diz com o conteúdo protegido pela vedação de retrocesso, isto é, o que, ou qual o quantum dos direitos fundamentais estaria indene em relação às eventuais ações restritivas do poder público? A dignidade da pessoa humana – repita-se, fundamento e base normativa dos direitos fundamentais – ostenta especial relevância nesse cenário, pois que os direitos fundamentais nada mais são do que

⁶⁷ “A conexão entre a proibição de retrocesso social e a assim designada proibição de proteção insuficiente ou deficiente (o que, no caso, a proteção social, em geral representada pela concretização dos direitos sociais) resulta evidente, pois atua tanto como parâmetro para o controle das omissões e ações insuficientes do Poder Público quanto serve de critério para o controle de medidas que venham a resultar na supressão ou diminuição de direitos sociais antes concretizados em nível satisfatório, ou seja, em patamares correspondentes às exigências do mínimo existencial. Daí para extrair da proibição de retrocesso, que opera como salvaguarda (na perspectiva negativa) dos direitos sociais em relação a restrições oferecidas pelo Poder Público, uma obrigação positiva de atuação no sentido de implantação, por meio de ações estatais, de níveis adequados de proteção social, parece-nos metodologicamente inapropriado e dogmaticamente equivocado.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.)

⁶⁸ “O que se percebeu, à vista do exposto, é que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana operam tanto como fundamentos para a limitação de direitos, quando tal se revelar indispensável à salvaguarda da dignidade, quanto atuam como limite dos limites, pois constituem, ao mesmo tempo, o marco a ser respeitado pelas medidas restritivas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102/103.)

“concretizações da própria dignidade da pessoa humana”⁶⁹. Assim é que se deve preservar em todo caso o mínimo de efetivação levada a efeito, com o propósito primeiro de salvaguardar a porção de dignidade assegurada por determinado direito fundamental. Decerto, pois, que a dignidade humana figura como limite mínimo nesta hipótese, resguardando o conteúdo mais essencial do direito fundamental objeto da ação restritiva.

Entendimento bastante pertinente nesta seara é o exposto por Gomes Canotilho⁷⁰, segundo o qual em algumas situações, a depender das circunstâncias fáticas, econômicas e sociais, é possível que se reduza o nível de concretização obtido por meio das providências de caráter normativo, com o único propósito de se preservar o conteúdo essencial de determinado direito fundamental social. Basta pensar, à guisa de exemplo, em uma situação de grave recessão econômica suportada por determinado país a impulsionar a adoção de medidas de urgência por parte do legislativo federal para contornar o impasse e, a um só tempo, assegurar aos cidadãos o núcleo essencial de um dado direito social. Perceba-se que, não obstante se tenha reduzido o grau de efetivação do direito fundamental, prima-se, em todo caso, pela manutenção do conteúdo cuja materialização se levou a efeito e que represente a essência normativamente protegida do direito fundamental.

Consoante propugna Ricardo Lôbo Torres⁷¹, tem-se que o conteúdo essencial que faz frente às eventuais restrições direcionadas às normas de direitos fundamentais e às respectivas políticas públicas e, que serve de parâmetro para se balizar até onde a ação restritiva poderá produzir os seus efeitos, é denominado mínimo existencial.

Os autores que se dedicam ao estudo desta temática se valem das mais diversas expressões para designar o mínimo existencial. Por vezes, utiliza-se como sinônimas as seguintes nomenclaturas: conteúdo mínimo, conteúdo essencial, mínimo em dignidade, etc., ao tempo em que também costuma-se diferenciar cada uma dessas designações,

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

⁷⁰ “Os tribunais não podem neutralizar a liberdade de conformação do legislador, mesmo em um sentido regressivo em épocas de escassez e de austeridade financeira. Isso significa que a chamada tese da ‘irreversibilidade de direitos sociais adquiridos’ deve entender-se com razoabilidade e racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.)

⁷¹ *O Mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 313/339.

estabelecendo-se significados diversos para cada uma delas. Nesse viés, autores outros⁷², se valem de uma pauta argumentativa sustentando inexistir coincidência entre mínimo existencial, conteúdo essencial e dignidade da pessoa humana (mínimo em dignidade). Consoante prelecionam os autores em tela, o mínimo existencial consistiria no arquétipo de garantias materiais básicas indispensáveis à uma vida digna, contrapondo-se à noção simplista de que ele representa tão somente pressupostos materiais para a subsistência.

Pondera Ingo Sarlet neste sentido:

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa), é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial.⁷³

Registre-se que se inclina para o reconhecimento da correspondência entre o mínimo existencial e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais à luz do que propugna Ricardo Lôbo Torres⁷⁴, tendo como diretriz a ideia de que se visualiza no mínimo existencial uma porção de dignidade representativa de um mínimo invulnerável da garantia de direitos. A um só tempo e sem que isso conduza a incoerências, também comungamos da noção de que o mínimo existencial não apenas impõe ao Estado a obrigação de prontamente assegurar os direitos prestacionais em sentido estrito (direitos sociais, portanto) nos limites indispensáveis à subsistência dos seres humanos. Ao revés, por ostentarem a natureza de princípios jurídicos

⁷² “Com efeito, embora o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais não possa, ao nosso sentir, ser identificado (pelo menos em toda a extensão) com o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana e nem com a noção de um mínimo existencial, ambas as categorias (dignidade e mínimo existencial) têm sido habitualmente invocadas também na esfera de retrocesso, designadamente com parâmetro material para controlar a legitimidade constitucional de medidas que tenham por escopo a supressão ou a redução de direitos sociais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.) “Mas, perguntar-se-á: corresponderá esse conceito de ‘conteúdo essencial’ ao núcleo mínimo de ‘existência condigna’.” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 114.) Na sequência, referida autora afirma que “Ambos, os conceitos de ‘conteúdo mínimo’ e de ‘conteúdo essencial’ não são expressões sinônimas ou equivalentes.”, trazendo à colação parte do Acórdão n. 590/2004 do Tribunal Constitucional Português, no seguintes termos: “Embora haja quem entenda que a Constituição, numa certa leitura, se basta com o acesso à realização mínima do direito à habitação, exigindo apenas ao Estado a realização de prestações elementares, não é esse o sentido que a arquitetura dos bens e valores constitucionais determina.” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 116.)

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

⁷⁴ *O Mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 314

– seguindo-se o que até agora se defendeu –, os direitos fundamentais – inclusive, os sociais, devem ser levados a efeito na maior medida possível, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas identificáveis no caso particular. Veja-se que, sendo os direitos fundamentais mandados de otimização, na esteira do que sustenta Robert Alexy⁷⁵, ou, então, considerando-se que estão veiculados em normas programáticas, como bem enfatiza Gomes Canotilho⁷⁶, extrai-se, sem maior dificuldade, que em qualquer caso há um comando dirigido ao poder público no sentido de que ele persiga insistente a progressiva concretização dos direitos fundamentais, possibilitando aos cidadãos a efetiva fruição do quinhão de dignidade materializado no direito fundamental.

Invariavelmente, a despeito da compreensão que se adotar acerca dessas questões, certo é que o conteúdo do que se convencionou chamar de mínimo existencial há que ser estabelecido no caso concreto, considerando-se as minúcias que gravitam ao seu redor. Assim, embora alguns doutrinadores estabeleçam um rol bem definido de direitos integrantes do mínimo existencial a partir de uma teoria absoluta⁷⁷, por ser razoável, há que se falar que o mínimo existencial deve ser identificado *in casu*, isto é, a partir das peculiaridades que definem os contornos do caso concreto⁷⁸. Por certo, a definição do que venha a ser absolutamente necessário ao desenvolvimento da pessoa humana com dignidade apenas revela-se possível ao se ter em conta o contexto social, econômico e cultural em que se encontra inserida, além do que, não se olvide que o conceito de necessidade ostenta natureza relativa, podendo ser dimensionada por diferentes parâmetros.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

⁷⁷ Virgílio Afonso da Silva *in (Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. p. 187), tece considerações acerca da existência de um conteúdo essencial absoluto, asseverando que “(...) o grande desafio de qualquer teoria absoluta sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a definição do que pertence a esse conteúdo e do que dele deve ser excluído.”

⁷⁸ “Que também no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, mas varia também conforme a natureza do direito social em particular (moradia, saúde, assistência social, apenas para mencionar alguns exemplos), resulta evidente e vai aqui assumindo como pressuposto de nossa análise.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (*Coord.*). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101/102.) Nesse mesmo prisma, assevera Ricardo Lôbo Torres em (O Mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais* – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 314.), que “Carezca o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. (...) Se o mínimo existencial não tem conteúdo específico, segue-se que abrange qualquer direito em seu núcleo essencial”.

Pondera-se por outro lado que, do mesmo modo que há um limite às ações governamentais de cunho restritivo aos direitos fundamentais – admitido aqui como mínimo existencial –, extraído, como naturalmente se depreende, da proibição de proteção deficiente, denota-se imperioso conceber um limite quanto aos possíveis excessos na definição do que seja o mínimo existencial, em função da flexibilidade que lhe é imanente, para fins de se verificar a parcela justiciável do direito fundamental. A baliza que se mostra adequada a esse mister assenta-se sobre a proibição de excesso, cuja matriz remonta ao postulado da proporcionalidade, abaixo explorado. Exsurge de todo relevante estabelecer os contornos do mínimo existencial, na medida em que ele representa o núcleo intangível dos direitos fundamentais, consubstanciando, por conseguinte, uma parcela de proteção à pessoa humana indisponível, insuscetível de restrições ou ponderações que lhe importem qualquer redução⁷⁹.

Além disso, necessário se faz observar o postulado da proporcionalidade na incidência da cláusula de vedação de retrocesso social, à vista que cumpre à proporcionalidade a função de estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais⁸⁰, tomando-se em consideração, à evidência, os três subprincípios ou subregras que a compõem, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de que se possa apurar, em termos quantitativos⁸¹, a proporcionalidade da medida adotada. Em princípio, é necessário averiguar a adequação da eventual medida restritiva ao direito fundamental, no sentido de se perscrutar se ela é apta a atingir o fim pretendido. Ao depois, cumpre saber se, dentre todas as medidas possíveis à alcançar o objetivo do Estado, a medida adotada é a menos gravosa, isto é, a que oferece uma restrição em menor escala, aferindo-se, dessa forma, a sua necessidade. Por fim, faz-se necessário realizar uma ponderação entre o ônus imposto (restrição a determinado direito fundamental) e o benefício

⁷⁹ “Se nada há de excessivo no mínimo existencial, que desborde a sua base, segue-se que ele é insuscetível de ponderação e de restrições pelo legislador. Os direitos sociais prestacionais, que excedam o mínimo existencial, não sendo fundamentais, estão abertos às restrições do legislador democrático.” (TORRES, Ricardo Lôbo. *O Mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 314.) Cumpre esclarecer o nosso entendimento nesse ponto, segundo o qual os direitos sociais ostentam sempre uma natureza fundamental, independentemente de estarem ou não protegidos pela blindagem que decorre do mínimo existencial. Em outras palavras, os direitos sociais, em qualquer escala ou grau, merecem a proteção estatal, ainda que a sua justiciabilidade não seja possível no âmbito da tutela individual concretamente verificada.

⁸⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio da proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁸¹ Segundo prelecionou o Prof. Fernando Rodrigues Martins, nas aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, no Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ao traçar as distinções entre os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, salientou que, com a aplicação do primeiro busca-se a obtenção de uma medida justa, ao tempo em que com o último pretende-se alcançar uma justa media, daí porque denota-se evidente o cariz quantitativo que recai sobre a proporcionalidade, ao passo em que a razoabilidade alinha-se ao critério de justiça.

auferido com a medida de natureza restritiva, tendo em conta mormente se a restrição imposta ao direito fundamental se justifica pela proteção de um direito fundamental de maior relevância na situação concreta em análise⁸².

Saliente-se, por oportuno, com vistas a sedimentar a necessária ponderação da proporcionalidade na definição do mínimo existencial, as lições de Robert Alexy expostas na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, donde se depreende que as normas consagradoras de direitos fundamentais consubstanciam pretensões de ordem objetiva e subjetiva. No âmbito das pretensões subjetivas, abre-se à possibilidade de se adotar duas teorias no que diz com o estabelecimento de um conteúdo essencial, como limite às restrições direcionadas aos direitos fundamentais, a saber: teoria relativa e teoria absoluta. A teoria relativa identifica uma íntima relação do conteúdo essencial com a máxima da proporcionalidade, de modo que aquele seria aferido após se analisar a eventual restrição no quadrante da proporcionalidade, ao passo em que a teoria absoluta sustentaria a existência de um núcleo bem definido em cada direito fundamental⁸³.

Aqui denota-se relevante trazer à baila as considerações de Virgílio Afonso da Silva:

⁸² A despeito de conceber a proporcionalidade e a razoabilidade como institutos coincidentes – o que ao nosso ver não se revela adequando tendo em vista que ambos emanam de sistemas jurídicos distintos, respectivamente, do alemão e norte-americano –, bem assim sustentar a sua natureza principiológica, cumpre trazer a lume o entendimento de Luís Roberto Barroso sobre o tema in: (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2010, p. 283.) “Em resumo, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação de excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Nessa avaliação, o magistrado deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao Judiciário impor a realização de melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional. O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.”

⁸³ “O art. 19, §2º, da Constituição alemã parece estabelecer um limite adicional à restrição e à restringibilidade dos direitos fundamentais ao proibir a afetação desses direitos em seu conteúdo essencial. (...) A natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor da coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva. As teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. Diante de inquestionável vigência da proporcionalidade, o art. 19, §2º, teria simplesmente um significado declaratório. Já, segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. (...) Com isso, chega-se à conclusão de que a garantia do conteúdo essencial, prevista no art. 19, §2º, da Constituição alemã, não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 296, 297, 298 e 301.)

(...) as teorias relativas rejeitam essa possibilidade e sustentam que a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Como consequência, o conteúdo essencial de um direito não será sempre o mesmo e irá variar de situação para situação, dependendo das circunstâncias e dos direitos em jogo em cada caso.⁸⁴

Pondera o mesmo autor, com o propósito de sintetizar o que já restou consignado que:

(...) pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial. O raciocínio pode ser resumido no seguinte silogismo:

- restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
- restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
- restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial⁸⁵.

À toda evidência, tem-se que o mínimo existencial ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais representam o núcleo indene de restrições desses direitos, cuja definição, por influência da teoria relativa, está a depender do emprego da proporcionalidade na situação particular sob análise. Consoante suprademonstrado, as restrições direcionadas aos direitos fundamentais são admitidas, e, em função do seu amplo suporte fático, representam a realidade, até mesmo porque eles não são absolutos. No entanto, as medidas coibidoras dos direitos fundamentais encontram limites na órbita do mínimo existencial, afigurando-se inconstitucionais eventuais restrições que não observem as balizas impostas pelo critério da proporcionalidade.

Considerando que os direitos sociais de cunho positivo são efetivados por intermédio de prestações de natureza fática, o fator custo “assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação”⁸⁶. Importa considerar, pois, no campo de realização desses direitos, as possibilidades materiais e jurídicas daquele que deve levar a efeito a prestação (destinatário da norma). É necessário perquirir sobre a existência de recursos financeiros, bem como se o destinatário da norma possui poder (capacidade jurídica) para realizar materialmente o direito reclamado. Desta feita, a efetivação dos direitos sociais prestacionais está condicionada ao que se costuma denominar “reserva do possível”.

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27.

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2010, p. 206.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 285.

A reserva do financeiramente possível, consoante consigna Paulo Gilberto Cogo Leivas, se manifesta por meio da imposição de uma ponderação entre o direito fundamental social em voga, cuja realização material se pretende, com outros direitos fundamentais ou princípios diretamente decorrentes do Estado Constitucional Democrático e Social de Direito.

A colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com outros direitos fundamentais. São princípios constitucionais que colidem regularmente com os direitos fundamentais sociais: os princípios democrático e da separação dos poderes, inclusive a competência do administrador e do legislativo para a proposta e aprovação da lei orçamentária, e os direitos fundamentais de terceiros. (...) Portanto, a reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não-aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios⁸⁷.

Referido autor consigna que os direitos fundamentais sociais *prima facie* seriam convertidos em definitivos quando ponderados com outros princípios também incidentes na mesma situação particular, dentre eles, direitos fundamentais de terceiros, separação dos poderes, competência orçamentária do legislador e a reserva do possível. Vejamos, Paulo Gilberto Cogo Leivas sustenta a natureza principiológica da reserva do possível e da competência orçamentária do legislador, de modo que a efetivação de determinado direito social prestacional seria produto de uma tarefa ponderativa levada a efeito entre o direito fundamental *prima facie* e os demais princípios também incidentes na mesma hipótese de fato, caso em que se tornaria definitivo. Nesse caris, não obstante a reserva do possível obre, invariavelmente, como elemento restritivo ao direito social a prestações, certo é que isso “*não significa a ineficácia ou não-aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios*”⁸⁸.

A reserva do possível é compreendida em uma dupla vertente, quais sejam: a reserva do possível fática, que se manifesta ante a ausência de recursos aptos à efetivação dos direitos sociais a prestações⁸⁹, e a jurídica, cuja configuração se dá à vista da ausência de previsão orçamentária à realização de determinado gasto público.⁹⁰

⁸⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 287/288

⁸⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2008, p. 288.

⁸⁹ Convém esclarecer que a verificação da existência de recursos disponíveis deve-se dar em face da possibilidade de universalização da medida concretizadora do direito social, isto é, faz-se necessário verificar

Desta feita, o orçamento público também se apresenta como um inequívoco limite ou quiçá elemento de restrição à realização material dos direitos fundamentais sociais, eis que traduz a dimensão jurídica da reserva do possível. Os meios adotados à consecução das finalidades colimadas nas normas consagradoras dos direitos em referência não poderão suplantar, em princípio, a previsão orçamentária lastreada no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias, bem como na lei que define os orçamentos anuais.

Tendo em vista o particular fator custo que informa os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito – os direitos sociais –, a efetivação destes deve ser relegada, em um primeiro plano, aos poderes políticos, eis que de sua alcada realizar uma projeção dos gastos públicos, definindo e aprovando o respectivo orçamento. Assim, nesse ínterim de estabelecer as funções inerentes à cada função estatal, denota-se que ao Judiciário resta – como será abordado com mais profundidade no capítulo 3 – controlar as razões expostas pelos poderes políticos às opções de atuação estatal para a consecução dos fins plasmados nas normas de direitos fundamentais sociais. Assim, consoante preleciona Leivas, a partir das lições de Gustavo Amaral:

Ao Poder Judiciário cabe o controle das razões dadas pelo Estado para suas escolhas, ‘fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal’ e a decisão judicial deve respeitar a pluralidade das opções alocativas existentes’. Conclui que quanto maior o grau de essencialidade de uma prestação, mais excepcional deverá ser a razão para ela não ser atendida. O grau da essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa.⁹¹

Há que se ter cautela ao se tratar da reserva do possível no Brasil. Isso porque, como se sabe, esta teoria tem o seu nascedouro no direito alemão, a propósito, trata-se de uma das mais conhecidas criações jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Alemão. Vale dizer que a realidade social, bem assim o contexto sócio-político em que foi concebida a reserva do financeiramente possível diferencia-se substancialmente do cenário brasileiro, marcado pela

se existem recursos suficientes a tutelar o direito social a todas às pessoas, ou, pelo menos, à uma faixa da sociedade.

⁹⁰ “Pode-se desdobrar a ideia de reserva do possível em dois componentes: um fático e outro jurídico. O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.” (SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 569)

⁹¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 293.

absoluta inobservância da igualdade material, onde às pessoas não se concede as mesmas oportunidades. Dessa forma, é preciso receber-la com reservas no sistema jurídico-constitucional brasileiro, sem se olvidar que, em meio ao Estado Constitucional Social Democrático de Direito vigora o primado da máxima efetivação dos direitos fundamentais, de maneira que institutos subversivos dessa diretriz devem ser legitimamente justificados, isto é, devem basear-se em valores de maior relevância, se é que é possível existir.

Aquele que está à frente do poder público não pode, de forma velada, com o propósito de camuflar a sua má vontade, suscitar a reserva do possível. O que se assiste nos dias de hoje, especificamente no caso brasileiro – conforme se vê todos os dias no âmbito forense, principalmente em relação às procuradorias municipais – é uma total banalização desse instituto, à vista que a sua incidência nas situações particulares se dá à mingua de critérios balizadores. Metaforicamente, mais parece a reserva do possível um coringa em uma partida de baralho, onde o participante, não tendo condições de vencer a partida com as cartas que têm ou, talvez, por não conseguir articula-las da melhor forma, se vale de uma carta que, por comum acordo, é capaz de lhe conduzir a uma situação favorável.

Revela-se imperioso, pois, observar o postulado normativo da proporcionalidade no âmbito de cumprimento dos fins estabelecidos pelas normas que consubstanciam direitos sociais positivos, na medida em que a reserva do possível⁹² representa incontestável limitação fática e jurídica a esse mister (ela esboça uma inequívoca restrição aos direitos fundamentais). Nada obstante, a partir do fundamento dos direitos em tela – a promoção da dignidade da pessoa humana, que, na visão de Daniel Sarmento⁹³, consiste no epicentro axiológico de toda a ordem constitucional – denota-se indispensável proporcionar aos cidadãos, ainda que minimamente, os direitos a prestações, de sorte a resguardar o seu conteúdo essencial, isto é, o mínimo existencial.

A despeito da alegação da reserva do possível por parte dos poderes políticos, mormente o Executivo, como escusa à realização material dos direitos fundamentais, certo é que esta teoria não pode ser ventilada como estratégia política evasiva em face do mínimo existencial concretamente estabelecido.

Diante do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, representado pela parcela de dignidade humana encontrada no âmbito desses direitos e que, conforme já assentado, não traduz simplesmente a necessidade de se assegurar a subsistência aos cidadãos, a reserva do

⁹² Compreendida aqui como a existência de limitações fáticas e jurídicas à efetivação dos direitos sociais.

⁹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85/86.

financeiramente possível deve ceder, eis que, no âmbito da proporcionalidade, o direito fundamental minimamente considerado ostenta maior peso, razão pela qual argumentos de natureza orçamentária não irão preponderar. O mínimo existencial representa, pois, nessa perspectiva, um contraponto incontrastável à reserva do possível.

1.4 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

No âmbito da atual dogmática dos direitos fundamentais, a vinculação dos poderes públicos a esses direitos representa uma situação quase que imune a discussões⁹⁴. Não é demasiado lembrar, que os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos com o fito de proteger o indivíduo em face das ingerências do Estado, primando assim pelos ideais liberalistas então imperantes⁹⁵. Demais disso, conforme salientado alhures, com a mudança de paradigma implementada a partir da segunda metade do século XX, às Constituições foi outorgada força normativa, fazendo com que elas passassem a ser concebidas como normas jurídicas, e não mais como documentos eminentemente políticos. Por essas razões, resulta claro a postura vinculativa dos direitos fundamentais em relação aos poderes públicos, cumprindo a eles promover a efetivação dos direitos em voga na maior medida possível.

Ainda no que diz com a eficácia das normas consagradoras de direitos fundamentais, cumpre dizer que a dogmática constitucional e privatista forjada nos dias atuais inclina-se para reconhecer a incidência dos direitos fundamentais, igualmente, nas relações privadas, na medida em que esses direitos mais essenciais da pessoa humana são passíveis de serem violados não só pelo Estado (e é justamente esta a justificativa para a conquista dos direitos fundamentais de primeira dimensão), mas, também, pelos próprios indivíduos em meio às relações entabuladas entre eles, onde não há a ingerência estatal. No bojo de uma sociedade

⁹⁴ “(...) em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. (...) Ao art. 5º, §1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa – de acordo com a lição de Jorge de Miranda – que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como ‘baliza e referencial’.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 366.)

⁹⁵ “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563/564.)

desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como a família, a sociedade civil e a empresa, denota-se indispensável a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.⁹⁶

Convém esclarecer, nesse sentido, que a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares pode subsistir de duas formas distintas⁹⁷.

Consoante se depreende do enunciado normativo estampado no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, tem-se que os direitos fundamentais deverão ser aplicados imediatamente.

Por seu turno, verifica-se a possibilidade desses direitos serem efetivados na aplicação dos próprios microssistemas jurídicos atuais, que, pelo menos em uma visão generalizada, estão conformados pelas diretrizes personalistas infundadas pela ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

É notório, pois, que o ordenamento jurídico oferece dois caminhos para se chegar a um mesmo lugar. Existem duas metodologias diversas que conduzem a um só resultado, qual seja, a proeminência da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, possibilitada pela observância dos direitos fundamentais, que, por óbvio, decorrem desta cláusula geral de humanização.

Nesse contexto, cumpre registrar que o pensamento jurídico pode ser validado por uma estratégia constitucional ou infraconstitucional. Projetando essa diretiva metodológica sobre a temática proposta, tem-se que os direitos fundamentais são suscetíveis de serem aplicados às relações privadas pela via direta ou indireta⁹⁸. Assim sendo, serão tecidas neste tópico algumas considerações mais pormenorizadas acerca dos processos observáveis para a aplicação dos direitos fundamentais na seara das relações particulares.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.185.

⁹⁷ Em verdade, há uma gama de teorias acerca da forma com que os direitos fundamentais são aplicados na esfera interprivada. Não obstante, almejando reduzir a complexidade do assunto, bem assim considerando a compreensão predominante sobre essa temática no âmbito da doutrina brasileira (SARLET, SARMENTO, STEINMENTZ, etc.), que converge para o reconhecimento de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, optou-se, no presente trabalho, por abordar apenas as teorias representativas das correntes positiva e negativa.

⁹⁸ “Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles o constitucionalismo do século XX logrou sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 602.)

1.4.1 Considerações acerca da Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

Consoante preleciona Daniel Sarmento⁹⁹, a nota distintiva verificável no seio desta discussão se assenta sobre a zona de desconforto gerada pela efetividade dos direitos fundamentais no âmbito do quadrante privado, de um lado e, de outro, as eventuais restrições opostas à autonomia privada, já que a incidência dos direitos fundamentais nessa seara anseia proteger os indivíduos em face de possíveis violações horizontais (entenda-se, violações aos direitos fundamentais promovidas por outros indivíduos)¹⁰⁰.

A aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas¹⁰¹ se perfaz por meio da incidência direta da norma consubstanciadora desses direitos no plano dos particulares sem que seja necessário para tanto uma *interpositio legislatoris*. Isso significa dizer, em outros termos, que os direitos fundamentais poderiam produzir os seus efeitos nas relações não públicas, sem que para isso fosse preciso a existência de uma espécie normativa infraconstitucional consubstanciando expressamente a hipótese de fato correspondente (intermediando a aplicação de determinado direito fundamental)¹⁰².

Essa técnica exprime a noção de que subsiste uma conexão direta entre os direitos fundamentais lastreados no texto constitucional e os relacionamentos interpessoais. Revela-se forçoso, pois, nas situações concretas, se valer dos recursos hermenêuticos edificados pela dogmática jurídica para se aferir a compatibilidade da situação fática subjacente com as normas constitucionais veiculadoras dos direitos fundamentais.

Trata-se, em verdade, de uma concepção que prima pela máxima efetividade dos

⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁰⁰ “A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2010., p. 205.)

¹⁰¹ Ingo Sarlet, ao discorrer sobre o conteúdo normativo do art. 5º, §1º da Constituição Federal, in (*Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.19.), assevera que “Tal obrigação, por sua vez, abrange a garantia da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais em todos os setores da ordem jurídica e da vida social de um modo geral. Nesse contexto, relembra-se a conhecida lição de Jean Rivero, ao sustentar já há algumas décadas que mediante o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais também na esfera das relações entre particulares estar-se-á evitando a instauração de uma espécie de dupla ética social.”

¹⁰² “A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal.” (SARLET, Ingo. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.)

direitos fundamentais, eis que viabiliza o cotejo direto das situações particulares com os direitos em tela¹⁰³.

Argumenta-se que essa metodologia de vinculação dos direitos fundamentais aos atores privados acabaria por restringir a liberdade individual dos indivíduos nas suas relações interpessoais, traduzindo, assim, uma violação da autonomia privada.

Insta dizer, por oportuno, que a autonomia privada, caracterizada pelo poder conferido aos particulares de “autonormar-se”, configura um direito fundamental da pessoa que, como todos os outros, é passível de restrição, sobretudo quando o propósito perseguido com tal proceder é a promoção de outro direito fundamental de igual ou maior relevância. Importa sempre ter em mente, que todos os indivíduos, em razão da sua própria condição humana, são titulares de direitos fundamentais, cujos contornos são delineados à luz das peculiaridades que gravitam em torno da situação fática concreta. Se quer com isso dizer, que possíveis restrições à autonomia privada, desde que conformadas pela proporcionalidade, afiguram-se legítimas, pois que todos os cidadãos são dotados de direitos fundamentais, e, a autonomia privada, assumindo esta condição, é passível de ser ponderada no âmbito de determinada relação privada na hipótese em que o seu exercício importar violação de direito fundamental de outrem.

Por certo, com a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, pode ser, e é bem provável, que se opere uma restrição proporcional da autonomia privada do sujeito violador de determinado direito fundamental, cujo titular é a outra parte da relação privada.

Demais disso, não é demasiado lembrar que os direitos, as faculdades e as liberdades estão em uma relação de derivação com os deveres, de sorte que somente é possível atribuir direitos aos cidadãos mediante a correlativa imposição de deveres¹⁰⁴.

¹⁰³ “A exemplo da teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão – uma subjetiva, outra objetiva – e uma eficácia operante em todo o ordenamento jurídico. Essas são as semelhanças. A diferença básica está no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais. Direitos e obrigações nas relações entre particulares podem e devem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais de direitos fundamentais.” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.167/168.)

¹⁰⁴ “Los derechos y las facultades o libertades no aparecen junto a los deberes en una relación de yuxtaposición, sino que están con éstos en una relación de dependencia o derivación. Lo mismo que existe una primacía de la norma respecto de las posiciones jurídica subjetivas, así hay entre éstas una primacía del deber respecto de los derechos, de las facultades, de las libertades. Con mayor razón se debe negar la existencia de normas que tengan por único objeto crear derechos o sancionar libertades sin imponer los deberes relativos, como

Nesse ambiente, consoante as considerações expendidas no tópico 1.3.1, exsurge uma controvérsia referente à estrutura das normas que consagram os direitos fundamentais, haja vista que elas possuem um caráter demasiadamente aberto¹⁰⁵, que se configura pela mera estipulação dos fins constitucionais a serem promovidos por determinado direito fundamental, sem, contudo, definir os meios que deverão ser empregados para alcançá-los. Essas circunstâncias, com efeito, conspurcariam a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações particulares, dado o caráter sobremaneira impreciso assumido pelas normas que os veiculam¹⁰⁶.

1.4.2 Considerações acerca da Teoria da Eficácia *Indireta* e *Mediata* dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

Denota-se possível, ademais, que os direitos fundamentais produzam sua eficácia nas relações privadas por uma forma indireta.

Prefacialmente, convém elucidar que o raciocínio aqui empreendido, conforme se verificará ao longo do texto, adquire uma feição diametralmente oposta ao que se levou a efeito no tópico precedente.

A teoria que propugna pela eficácia mediata como metódica de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, consoante se deflui da própria designação, estipula que os direitos fundamentais apenas são passíveis de produzirem seus efeitos no plano interprivado pela via indireta, não se admitindo, portanto, que as normas de foro constitucional incidam imediatamente sobre as relações privadas, ainda que esta se amolde com perfeição à hipótese de fato da norma em questão.

algunos parecen pensar. Una libertad o un derecho no puede ser sancionado y garantizado si no es con la imposición de un deber. (FERRI, Luigi. *La autonomía privada* (traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal), Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p.93.)

¹⁰⁵ “Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales. (...) A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental.” (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.82/83.)

¹⁰⁶ Vale dizer que Daniel Sarmento in: (*Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.198.), expoendo a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas assevera que: “Afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos.”

Dessa forma, os direitos fundamentais extenuariam sua eficácia nos enleios meramente privados por meio dos microssistemas componentes do Direito Privado, quais sejam, em nosso ordenamento jurídico, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, entre outros¹⁰⁷. Já se demonstrou em outro momento nesse trabalho que o legislador ordinário, ao confeccionar as espécies normativas em referência, promoveu-lhes, em certa medida, a conformação com a pauta valorativa infundada pela ordem democrática instituída pela Constituição de 1988. Além disso, não se pode olvidar que ao intérprete se reconhece a possibilidade de preencher o conteúdo das inúmeras cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados, disseminados pelos arcabouços legislativos privados, com os valores insculpidos nas normas de direitos fundamentais.

Assim, decerto que ao aplicar esses estatutos normativos às situações fáticas que reclamarem sua incidência, ainda que se cogite da interpretação conforme, estarão os direitos fundamentais a produzir os efeitos que lhes são imanentes.

Valendo-se dos recursos hermenêuticos, assenta-se que a Constituição somente será aplicada diretamente na hipótese em que a discussão em concreto envolver a incidência de normas constitucionais, ao tempo que a observância subsistirá de forma indireta nos casos em que se fizer necessário verificar a adequação constitucional da norma ordinária, velando sempre pela sua aplicação de acordo com os fins constitucionais.

Esta teoria sustenta que a aplicação direta dos direitos fundamentais na seara eminentemente particular acabaria por exterminar a autonomia da vontade e, com isso, desfigurar o Direito Privado, convertendo-o em uma mera concretização do Direito Constitucional.¹⁰⁸

A análise da questão sob este prisma reclama a observância das lições de Claus-Wilhelm Canaris constantes em sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ed.

¹⁰⁷ “(...) embora formulada e defendida sob distintos matizes, manteve um núcleo duro e estável de sentido que assim pode ser resumido: (i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial), isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa *ex constitutione*, mas é operada e modulada *mediatamente* pelas (*através de*) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano;” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136/137.)

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.198., baseando-se nos ensinamentos de Ingo Von Münch, Claus-Wilhelm Canaris e Jesús Alfaro Águila-Real.

Almedina, 2003, p. 53 à 75 (Cap. IV), porquanto amplamente difundidas no âmbito da doutrina nacional e de Direito comparado.

Por certo, Canaris não comunga do entendimento de que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata em relação aos particulares. Ele argumenta que a adoção desta compreensão conduziria a consequências dogmáticas inafastáveis, na medida em que parcela considerável do direito privado – especialmente o direito dos contratos e da responsabilidade civil – seriam alçadas ao patamar do Direito Constitucional, restando prejudicadas em sua autonomia. Ademais, conforme já salientado, a teoria da eficácia imediata conduziria ao afastamento dos efeitos jurídicos pela mera interpretação, como na hipótese em que um instrumento de contrato viole direitos fundamentais.

Entrementes, referido autor alude que, sob o ponto de vista da prática jurídica, a teoria da eficácia imediata não está inteiramente excluída. A esse respeito, colaciona o comando normativo consignado no artigo 9º, n. 3, 2ª frase, da Lei Fundamental Alemã, que claramente prevê a nulidade das convenções particulares que limitem ou impeçam a liberdade sindical, bem assim, que as medidas que o visem são ilícitas.

Aduz, ainda, que os destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, e não os sujeitos de direito privado. Segundo o seu entendimento, somente seria possível a eficácia imediata em relação a terceiros¹⁰⁹ se os direitos fundamentais se dirigessem diretamente aos sujeitos de direito privado, como ocorre na hipótese aventada, prevista no artigo 9º, n. 3, 2ª frase, da Lei Fundamental da Alemanha.

Não é sem razão que os alemães dispensam tamanha relevância à autonomia privada. É digno de nota, nesse prisma, o fato de que o regime nazifascista oprimiu em demasia a liberdade das pessoas, justificando, pois, as reservas com que a ingerência estatal direta passou a ser admitida.

Vale dizer, que grande parte dos autores alemães, bem como a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, se alinham à compreensão irrompida pela teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹⁰⁹ Cumpre esclarecer, que Claus-Wilhelm Canaris, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ed. Almedina, 2003, p. 53 à 75 (Cap. IV)., se vale da expressão “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros” (*drittewirkung*, em alemão) para se referir à influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado.

1.5 Dignidade da pessoa humana: fonte normativa e axiológica dos direitos fundamentais sociais

A real consciência da necessidade de se proteger a pessoa humana, especialmente no que diz com a sua dignidade, certamente figurou como protagonista neste novo cenário caracterizado por uma série de mudanças admitidas na forma de se compreender a ciência jurídica, irrompidas, sobretudo, a partir do término da segunda grande guerra.

Árdua é a tarefa de se conceituar a dignidade da pessoa humana, bem como de se estabelecer o seu âmbito de incidência nas hipóteses de fato e o seu conteúdo, em virtude da configuração demasiadamente aberta em que se apresenta na Constituição Federal. Ao se deparar com este signo ao longo do texto constitucional “dignidade da pessoa humana”, pouco sentido se pode extrair à primeira vista desta expressão de baixa concretude, demandando, pois, uma análise mais detida para se perscrutar o seu real sentido e alcance, que se afigura sob a forma de um termo jurídico indeterminado, carecedor de alcance normativo imediato.

Dentre tantas formas de se conceituar a dignidade da pessoa humana, prefere-se compreendê-la na acepção de que ela traduz um atributo, uma qualidade própria de toda pessoa humana, funcionando como um elemento de distinção do ser humano em relação aos demais seres vivos ou coisas. Nesse sentido, ainda no século XVIII, Immanuel Kant¹¹⁰ trouxe à baila a inusitada noção para a época de que as coisas tem valor, ao passo em que os seres humanos têm dignidade, ou seja, um valor imanente à pessoa humana, donde revela-se possível verificar-se a fungibilidade própria das coisas ante a possibilidade de serem substituídas, e o caráter infungível imanente à pessoa humana¹¹¹.

¹¹⁰ “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004, pág. 77/78.) No mesmo prisma de Kant, Luís Roberto Barroso deixa assentado em seu (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2011, pág. 274), que “O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.”

¹¹¹ “Para Kant as pessoas e, em geral qualquer espécie racional, devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso, são chamados ‘coisas’, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados de ‘pessoas’, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente

É forçoso esboçar a ideia, ora pulsante nesta construção científica, de que o ser humano guarda uma posição apriorística em relação ao reconhecimento do próprio preceito que lhe assegura a dignidade, uma vez que tanto figura como sujeito da tutela normativa ou axiomática que dela emana, como também se apresenta como titular da dignidade humana. Em outros termos, não há se falar em dignidade humana antes de se reconhecer o ser humano como potencial titular de direitos que lhe viabilizarão uma proteção.

Vale dizer, por oportuno, que o rol de direitos fundamentais assegurados à pessoa deriva desta cláusula maior que é a dignidade da pessoa humana, eis que se trata de um valor supremo a partir do qual se extrai a ideia de que a pessoa humana deve ser protegida e assegurados os seus direitos em todas as vertentes, isto é, pelo Estado, em uma relação vertical de efetivação dos direitos fundamentais, bem assim pelos próprios particulares em uma perspectiva altruísta de que o respeito e garantia dos direitos fundamentais também serão promovidos no âmbito privado, verificando-se, portanto, a existência de várias dignidades da pessoa humana, igualmente tuteláveis no âmbito jurídico.

Resulta claro, na perspectiva em análise, a nítida função de base normativa e fonte axiológica dos direitos fundamentais identificada na dignidade da pessoa humana, porquanto ela representa um pressuposto lógico à própria titularidade desses direitos pelos cidadãos. Assim, todos os direitos consagrados na Constituição Federal sob a insígnia “Direitos Fundamentais” ou, então, “Direitos Individuais e Coletivos”, “Direitos Sociais”, decorrem da cláusula geral de humanização em voga, dentre eles: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à alimentação, ao devido processo legal, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, daí por que se dizer que os direitos fundamentais nada mais são do que concretizações normativas da própria dignidade da pessoa humana. Decerto que, tanto normativamente como axiologicamente, a proteção da pessoa radica-se na dignidade humana, de tal sorte que mesmo não estando expressamente consagrados no texto fundamental, revela-se possível que se leve ao auge a proteção da pessoa humana por meio deste preceito humanizador global.

Consoante se verifica, a dignidade da pessoa humana está disposta na Constituição Federal enquanto cláusula geral ou termo jurídico indeterminado, uma vez que o seu conteúdo é identificado nos próprios direitos fundamentais a partir das situações concretas verificadas

como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. (...) Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais.” (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 20.)

nas hipóteses de fato¹¹². Lado outro, não se pode olvidar que da natureza aberta e dinâmica imanente à dignidade humana é possível se promover a proteção da pessoa humana, independentemente de haver qualquer norma de direito fundamental como seu instrumento concretizador.

De toda sorte, é imperioso perceber que a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida em um viés furtivo, sendo vista como um recurso evasivo dos juristas ante a ausência de melhor conteúdo normativo para a situação particular. Com efeito, não obstante a relevância da dignidade humana como instrumento de proteção da própria pessoa, há se falar que a sua incidência na situação particular requer a construção de um arquétipo argumentativo que justifique a proteção que dela decorre.

A despeito de na órbita normativa a dignidade humana carecer de um conteúdo claro, preciso e direto, no prisma dogmático vários são os pesquisadores que se empenharam em estuda-la, cada qual trazendo a sua contribuição para melhor comprehendê-la. Nesse viés, cumpre trazer à colação o conceito lapidado por Ingo Sarlet em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, por sua precisão científica e terminológica ao definir a dignidade da pessoa humana. Em razão da sua relevância na construção deste trabalho, optou-se por aloca-lo no corpo do texto; além disso, o alto preciosismo jurídico que reveste este conceito o faz merecedor de uma posição de destaque.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹¹³

¹¹² “Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 49.)

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 70.

Considerando-se que a dignidade da pessoa humana, consoante já restou assentado, dentre outras atribuições, funciona como fonte normativa dos direitos fundamentais¹¹⁴, verifica-se, pois, que tais direitos é que passaram a ocupar uma posição de destaque no ordenamento jurídico a partir da segunda metade do século XX. Evidentemente, se a proteção da pessoa consiste no núcleo essencial da pós-modernidade – o que faz Daniel Sarmento¹¹⁵ sustentar que a dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico do nosso ordenamento jurídico –, certo é que, em última análise, os próprios direitos fundamentais estão alocados no centro do ordenamento jurídico para onde tudo deve se verter, figurando como signos de humanização do Direito.

Convém salientar nesse sentido, que a dimensão normativa emprestada à dignidade da pessoa humana, a qual representa um reduto normativo de toda a malha de direitos fundamentais, à vista que estes nada mais são do que “concretizações da dignidade da pessoa humana”¹¹⁶, produziu relevantes consequências em relação ao fenômeno jurídico considerado na sua totalidade e, inevitavelmente, nas suas mais variadas ramificações.

Nessa linha de ideias, registre-se que o Direito Privado, notadamente o Direito Civil, sua maior expressão, foi dominado por uma perspectiva dogmática humanista, de sorte que a atividade hermenêutica levada a efeito sobre as normas que o compõem passou a se pautar por uma conformação ditada pelos direitos fundamentais e, em última análise, pela cláusula geral de humanização, que é a dignidade da pessoa humana.¹¹⁷

Ainda no que tange à intima conexão que se vislumbra entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, donde se extrai que aquela figura como base normativa e vetor interpretativo dos direitos fundamentais, não há como se olvidar em reconhecer uma dimensão libertária, igualitária e, sobretudo, solidária da dignidade humana. Sabe-se que no âmbito do processo histórico de construção dos direitos fundamentais, é possível se identificar

¹¹⁴ “O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.” LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.118.

¹¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85/86.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

¹¹⁷ “É preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que, se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretrizes, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado. (...) É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. 1ª. ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2010, p.73.)

em cada uma das dimensões ou gerações de direitos fundamentais um valor norteador que, em última análise, representa a sua esfera de proteção.

Isto é, o valor liberdade conduz ao reconhecimento dos direitos de primeira dimensão, circunscritos à noção de que a postura do Estado ante os cidadãos é meramente absenteísta no sentido de que a proteção do indivíduo se concretizaria na não ingerência do Estado no plano particular. Ao seu tempo, em meio a outro cenário social, político e econômico, os direitos fundamentais de segunda dimensão passaram a ser reconhecidos, a partir de um processo de afirmação histórica¹¹⁸, como meios de proteção da pessoa a partir de uma atuação positiva do Estado, de modo que a proteção da pessoa subsistiria em parte por meio da intervenção estatal, cujas políticas públicas, num primeiro momento, seriam os instrumentos hábeis de efetivação dos direitos integrantes desta categoria. Por seu turno, há se reconhecer ainda os direitos de terceira dimensão, os quais encontram a sua manifestação direcionadas para uma vertente solidarista, a partir da qual a esfera de proteção dos direitos fundamentais estaria associada a um aspecto da tutela eminentemente difusa.

Cumpre perscrutar, neste momento, a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, de sorte a se identificar como ela se encontra prevista em nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras, há que se verificar se a dignidade da pessoa ostenta uma dimensão normativa, circunstância em que poderá receber a roupagem de princípio ou de regra, ou, então, e talvez simultaneamente, se ela representa um valor a ser observado em nossa ordem jurídica. É preciso verificar, portanto, como a dignidade da pessoa humana está para a estrutura social representada pelo Direito.

Nesse prisma, para além de se reconhecer a dignidade da pessoa humana como elemento integrante de estruturas sociais não positivadas, como resulta evidente a sua estreita correlação com a moral, com o próprio direito natural e com a religião, cumpre verificar a dignidade humana em uma perspectiva jurídico-normativa, no sentido de que ela integra o nosso ordenamento jurídico enquanto norma jurídica positivada.

É de se notar, pois, que a dignidade da pessoa humana encontra-se reduzida formalmente no texto constitucional em diversos momentos, encontrando-se disseminada por todo o documento identificador do Estado em meio a contextos jurídico-constitucionais distintos. A começar pelo artigo 1º da nossa Constituição Federal de 1988, que a consagra como um princípio fundamental norteador das próprias atividades da República Federativa do Brasil. Exsurge, nesse viés, que parcela da essência do Estado se reporta à dignidade humana,

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

colaborando para a compreensão de que ela figura, em verdade, como uma das finalidades essenciais a serem perseguidas pelo Estado, e não como um instrumento-meio à consecução das suas atividades.¹¹⁹

Por seu turno, o estatuto jurídico-constitucional também a consagra no título destinado à regulamentação da ordem econômica, ao dispor em seu art. 170, *caput*, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna. Da mesma forma, o dispositivo assentado no art. 226, §7º, da Constituição, na esteira de se proporcionar à pessoa humana uma vida pautada pela dignidade, prevê que o planejamento familiar funda-se na dignidade da pessoa humana. Ainda, com vistas a garantir a dignidade humana no âmbito das minorias, em particular às crianças e aos idosos, o texto constitucional estatui em seu art. 227 que compete à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, entre outros direitos o direito à dignidade. Nesse viés, o artigo 230 da Constituição dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida¹²⁰.

Denota-se evidente, assim, a natureza normativa formal e material emprestada à dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988 como consequência inequívoca da força normativa imanente aos preceitos constitucionais, a qual traduz uma das principais notas distintivas da nova forma de se compreender hermeneuticamente o fenômeno jurídico. Suplantando os contornos do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar em dizer que a dignidade da pessoa humana também encontra respaldo normativo em outros ordenamentos jurídicos, de maneira que diversas Constituições promulgadas após a segunda grande guerra passaram a consagrá-la em seus textos, além do que a própria Declaração

¹¹⁹ “(...) o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal. Em outras palavras, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, o momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pág. 75/76.)

¹²⁰ Essa mesma abordagem da dignidade da pessoa humana numa perspectiva dogmática constitucional é levada a efeito por Ingo Sarlet in *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 2010.

Universal dos Direitos Humanos de 1948 – um importante marco formal da repersonalização do Direito – encontra na dignidade da pessoa humana um dos seus pilares.¹²¹

No que tange à natureza normativa da dignidade da pessoa humana, vem a lume o questionamento concernente à sua estrutura normativa, isto é, indaga-se se ela é veiculada nos documentos legislativos por meio de regras ou princípios jurídicos.

Há que se ter claro, sem que isso possa representar um entendimento prematuro sobre a questão, que a dignidade da pessoa humana, enquanto norma jurídica que é, pode se manifestar como regra ou princípio.

Aprioristicamente, ao se deparar com os enunciados normativos que a veiculam, não há nenhum êxito em se afirmar que a dignidade da pessoa humana possui um cariz normativo principiológico, eis que tratam-se de enunciados de textura eminentemente aberta, cuja concretização está a depender das peculiaridades das hipóteses de fato. Verifica-se, a princípio, a sua feição de mandado de otimização, cuja realização deve ser levada a efeito da melhor forma possível a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Observando-se, dessa forma, as diretrizes sustentadas por Robert Alexy em tema de princípios, considerando-se a dignidade humana como princípio, há que se admitir, por conseguinte, a possibilidade de ela vir a ser ponderada com outro princípio fundamental na hipótese de haver colisão entre ambos.

Por mais que se diga que a dignidade humana ostenta uma posição de destaque no ordenamento jurídico, sustentando alguns estudiosos¹²² até mesmo que ela seria uma norma supralegal, convém salientar que ela não está imune a conflitos normativos, na medida em que outros princípios possuem igual ou mais relevância do que a dignidade da pessoa humana. Isso implica na possibilidade de, entrando em rota de colisão com outros princípios

¹²¹ “Logo após a Segunda Guerra Mundial, passou ele a figurar em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2011, pág. 273.)

¹²² A autora lusitana Cristina Queiroz sustenta ser a dignidade da pessoa humana um valor superlativo, o que conduz à compreensão de que ela não seja nem mesmo admitida como objeto de uma eventual ponderação. “A dignidade da pessoa humana não se apresenta como um conceito vazio de conteúdo. Do mesmo modo, não pode nem deve ser tomado como pura abstracção epistemológica de fundamentação de um sistema asséptico e pretendidamente ‘neutro’. É um conceito valorativo, um valor constitucional, que se apresenta como ‘fundamento’ e ‘base’ da ordem jurídico-constitucional. Um conceito que se apresenta, simultaneamente, como ‘norma fundamental’ e ‘direito fundamental’, numa palavra, como ‘compromisso fundamental do Estado’. Por tudo isto o conceito de ‘dignidade’ não deve ser visto unicamente na sua dimensão meramente ‘negativa’, de exclusão de intromissões arbitrárias por parte do poder público, mas essencialmente como um conceito de teor ‘positivo’, de tal sorte que não deve sequer ser tomado como critério de ‘ponderação’, sempre relativa, entre valores, bens e princípios constitucionais. O homem – e a sua ‘dignidade preferente’ – é um fim em si mesmo, não um meio ou instrumento na resolução de conflitos, que só podem, em última análise, ser aferidos perante os dados do ‘caso.’” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pág. 23/24.)

fundamentais, a dignidade humana ser flexibilizada na situação concreta, para se admitir a prevalência, temporária e circunstancialmente, de outro princípio.

Nesse viés, observa Ingo Sarlet a possibilidade de ela ser sopesada com o próprio direito fundamental à vida que, na eutanásia por exemplo, pode sim sofrer uma redução proporcional a se colocar o direito vida em proeminência.

De igual modo, faz-se necessário compreender que existem várias dignidades da pessoa humana, identificando-se uma órbita de proteção fundamental em cada indivíduo, razão pela qual também não se pode afastar a possibilidade de haver no caso concreto um conflito entre duas dignidades da pessoa humana. É preciso visualizar no outro um potencial titular de direitos, sendo esta pessoa, pois, dotada de dignidade. Assim, vislumbrando-se concretamente um conflito entre dignidades, certo é que uma delas prevalecerá em detrimento da outra.

Remanesce evidente portanto que, não obstante seja a dignidade da pessoa humana um princípio sobremaneira relevante e que, no mais das vezes, figura como base normativa e axiológica dos direitos fundamentais, pode ser ela objeto de uma ponderação no caso em que se deparar com outro princípio fundamental que ofereça uma melhor proteção à pessoa, incluindo, quiçá, uma outra dignidade da pessoa humana¹²³.

Por seu turno, identifica-se além disso, a sua manifestação normativa como regra, a qual emana como resultado de um eventual juízo ponderativo. Perceba-se que, ao se realizar uma ponderação onde a dignidade humana figura como um dos princípios colidentes, o produto desta equação jurídica inexata figurará com regra jurídica para a situação de fato que embasa o conflito em evidência. Tem-se, portanto, que o resultado do juízo ponderativo assumirá a feição de uma verdadeira regra jurídica, devidamente concretizada para incidir no caso particular.

No plano dos valores, a dignidade assim se manifesta – como axioma fundamental – tanto quanto exsurgir como princípio ou regra. Há que se esclarecer, nesse viés, que toda

¹²³ “Além disso, resta a evidência, amplamente comprovada na prática, de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diversos graus, isto sem falar na necessidade de se resolver eventuais tensões entre a dignidade de diversas pessoas, ponto sobre o qual voltaremos a nos manifestar, ou mesmo da possível existência de um conflito entre o direito à vida e à dignidade, envolvendo um mesmo sujeito (titular) de direitos. (...) No mínimo – e neste sentido já não se pode falar de um princípio absoluto – impede reconhecer que mesmo prevalecendo em face de todos os demais princípios (e regras) do ordenamento, não há como afastar – como ainda teremos oportunidade de discutir – a necessária relativização (ou, se preferirmos, convivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2010, pág. 84/85.)

regra ou princípio possui um viés axiológico, de sorte que a dignidade da pessoa humana, em quaisquer de suas manifestações, também produz efeitos de ordem axiológica.

Ainda, no que diz com aparência da dignidade da pessoa humana para o sistema jurídico, identifica-se o seu viés axiológico, pelo que trata-se de um valor fonte que informa todo o ordenamento jurídico, consoante enuncia Flávia Piovesan¹²⁴.

2 – DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO: CONSTRUÇÃO JURÍDICO-DOGMÁTICA

Superado o primeiro capítulo deste trabalho – no sentido de que as premissas concernentes aos principais assuntos relativos à teoria geral dos direitos fundamentais foram exploradas – adentrar-se-á na abordagem dos temas que gravitam em torno do direito fundamental à alimentação em particular, com o propósito, já exarado alhures, de empreender uma contribuição para a construção dogmática jurídico-constitucional do direito em voga, estabelecendo, para tanto, o seu conteúdo, base normativa, limites e possibilidades, inclusive no que tange à sua efetivação no âmbito jurisdicional.

O direito à alimentação – ao menos na sua perspectiva direta, consistente na concessão de alimentos com uma carga nutricional adequada às pessoas, de sorte a lhes garantir a subsistência – evidencia-se ser contemporâneo à própria ideia preambular de dignidade da pessoa humana, afinal, não há nada mais digno à pessoa humana do que a capacidade de prover o seu sustento e o de sua família, no que diz com uma alimentação adequada.

Não obstante, certo é que a alimentação enquanto um direito, como uma situação jurídica a merecer a proteção estatal, bem assim dos particulares, apenas veio a lume com a outorga de força jurídico-normativa aos direitos humanos, o que subsistiu em meados do século XX. De lá para cá, consoante será explorado, o direito à alimentação restou consagrado em diversos estatutos internacionais, os quais findaram por influenciar a constituição de uma

¹²⁴ “O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.” (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35.)

proteção interna ao referido direito, dando ensejo à elaboração de espécies normativas constitucionais e infraconstitucionais, inclinadas para a efetivação de tão basilar direito humano-fundamental.

No âmbito do sistema jurídico-normativo brasileiro, o direito à alimentação – conforme adiante verificar-se-á com mais profundidade – veio, gradativamente, galgando um espaço no enorme cenário estampado pelo nosso ordenamento jurídico. Na Constituição Federal de 1988, como produto da ação do poder constituinte originário, a alimentação veio expressamente colacionada – de forma tímida – nos artigos 7º, inciso IV, 200, inciso VI e 227. Ao depois, passados quase vinte anos da promulgação da Constituição em vigor, um importante marco regulatório foi elaborado, a Lei. 11.346/06, com vistas a possibilitar a efetivação do direito humano à alimentação adequada, traduzindo-se como um inequívoco instrumento de concretização do direito em tela. Mas tão somente no ano de 2010, os integrantes do poder constituinte derivado reformador atuaram no sentido de promover a inserção do direito à alimentação no principal dispositivo constitucional que se dedica a prever os direitos sociais, qual seja: o artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, considerando-se a realidade ora exposta, sobretudo a evolução jurídico-constitucional marcada pelas recentíssimas inovações legislativas, cumpre-se diligenciar esforços tendentes a evidenciar os contornos jurídicos do direito à alimentação, explorando-o na perspectiva que diz respeito à sua dimensão jurídico-fundamental.

2.1 O Direito à Alimentação no cenário internacional e a sua positivação nos documentos internacionais¹²⁵

Há muito o direito à alimentação foi guindado à qualidade de direito humano em diversos documentos internacionais, de maneira que a sua configuração jurídica não é recente. É forçoso concluir, nesse diapasão, que o direito à alimentação encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro muito antes de a EC n. 64/2010 proceder a sua inclusão no *caput*, do art. 6º, da Constituição Federal, na medida em que a norma que se extrai do artigo 5º, §2º, da Carta Suprema, consubstancia uma importante abertura ao se admitir que os direitos fundamentais previstos na Constituição não excluem outros previstos em diferentes estatutos legais, inclusive aqueles que derivem de tratados internacionais.

¹²⁵ Para uma análise mais detalhada deste ponto, consulte-se a obra de BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

Assim, tomando-se em consideração a natureza dos direitos fundamentais, de que eles nada mais são do que direitos humanos cuja positivação se levou a efeito na órbita interna¹²⁶, revela-se que a alimentação é um direito fundamental deferido à pessoa humana, eis que consagrado em diversos diplomas legais internacionais como direito humano.

Conforme já foi explorado anteriormente, as incisivas violações aos direitos humanos fundamentais levadas ao auge em meio às duas grandes guerras, bem como pelos movimentos totalitários na Europa, traduzem as razões pelas quais os Estados passaram a adotar medidas destinadas à proteção da pessoa humana. Entre uma gama considerável de tratados internacionais e novas Constituições, os Estados Modernos diligenciaram estabelecer uma verdadeira blindagem contra outra sorte de atrocidades que venha simplesmente desprezar a condição humana das pessoas¹²⁷. Nessa medida, entre tantos níveis e perspectivas de proteção conferidos à pessoa humana por esta nova ordem jurídica, a garantia de uma alimentação nutricionalmente e quantitativamente adequada não poderia ser preterida do catálogo de documentos jurídico-políticos elaborados com o fito de se proteger a pessoa humana

Por assim dizer, verifica-se a priori a sua previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹²⁸, documento que traduz o marco das transformações que

¹²⁶ “O desenvolvimento do direito internacional público no século XX e, principalmente, após o fim da Segunda Guerra Mundial teve como consequência a crescente internacionalização dos direitos fundamentais, que são designados, em âmbito internacional, com o termo ‘direitos humanos’. Em âmbito internacional, o termo indica o ‘conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas’”. (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.)

¹²⁷ “Considerando-se a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos (...). É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.” (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18/19.)

¹²⁸ “A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já reconhecia os direitos econômicos, sociais e culturais, com o mesmo *status* que os civis e políticos. Eram proclamadas a universalidade, a interdependência, a indivisibilidade e a complementaridade de todos os direitos humanos. (...) A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento internacional a tratar do direito à alimentação de forma mais ampla (art. 25), como integrante do direito a um padrão de vida que pudesse assegurar saúde e bem-estar – o que traz à tona discussão acerca das circunstâncias aptas à plena realização do direito humano à alimentação adequada e que refletem um estado de segurança alimentar.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45/46.)

sobrevieram na ciência jurídica após o final da segunda grande guerra, sobretudo no que diz com a necessidade de se proteger a pessoa humana.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

O fato é que a Declaração de direitos humanos em tela ostenta um caráter eminentemente simbólico, de tal sorte que não produz um efeito vinculante em relação aos seus signatários, que venha a permitir a sua exigibilidade perante qualquer tribunal. Ademais, reforçando este caráter simbólico, certo é que ela contempla um rol de direitos humanos enumerados a partir da noção de dignidade humana, sem, contudo, defini-los de forma minuciosa¹²⁹.

Dessa forma, a partir das diretrizes delineadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi editado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966¹³⁰, ratificado pelo governo brasileiro em 1992, cujo conteúdo inclina-se para a definição do teor dos direitos lastreados na declaração de direitos de 1948. O pacto em referência consubstancia uma proteção às pessoas humanas dos países que o ratificarem, consistente na promoção da alimentação adequada como consectário indispensável para se alcançar um nível adequado de vida.

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse

¹²⁹ BELLO, Enzo. A Circulação Jurídica dos Direitos Sociais: um movimento de alternância constitucional, internacional e supranacional. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 107.

¹³⁰ “O direito humano à alimentação adequada é reconhecido em vários documentos da lei internacional. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trata este direito de maneira mais abrangente do que qualquer outro. Conforme o artigo 11.1 do Pacto, os Estados parte reconhecem o direito de todos de usufruir de um padrão de vida adequado para si mesmo e sua família, incluindo moradia, vestuário e alimentação adequados, e à melhoria contínua das condições de vida”. De acordo com o artigo 11.2, eles reconhecem que medidas mais urgentes e imediatas podem ser necessárias para assegurar “o direito fundamental a estar livre da fome e da desnutrição.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

No que tange ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU elaborou um documento denominado “Comentário Geral número 12”¹³¹, que consubstancia um aprofundado estudo sobre o direito à alimentação, confeccionado a partir de diversos relatórios provenientes de países de todo o mundo, por meio dos quais se pretendeu verificar inúmeras nuances concernentes às formas de se efetivar o direito à alimentação no âmbito de cada país, considerando-se as peculiaridades circunstanciais verificáveis em cada um. O documento em referência ostenta uma relevância incomensurável, eis que oferece os contornos teóricos do direito à alimentação, bem como apresenta soluções aos problemas afetos à implementação deste direito, tendo como ponto de partida dados colhidos com fidedignidade da realidade empírica de países de várias partes do mundo¹³².

Por essas razões, bem assim por ser sobremaneira esclarecedor no que diz com a abrangência e tangibilidade do direito humano fundamental à alimentação, é que se utilizará – em grande medida, diga-se de passagem – este documento editado no ano de 1999 pelo

¹³¹ Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.

¹³² “O Comitê acumulou um volume de informações significativo em relação ao direito à alimentação adequada, por meio do exame dos relatórios dos Estados participantes, através dos anos, desde 1979. (...) Este Comentário Geral objetiva identificar algumas das questões que o Comitê considera serem importantes para o direito à alimentação adequada. A sua elaboração foi iniciada a partir de um pedido de Estados Membro durante a Cúpula Mundial de Alimentação de 1996, por uma melhor definição dos direitos relativos à alimentação do artigo 11 do Pacto e de um pedido especial para que o Comitê desse atenção especial às medidas específicas constantes do artigo 11 do Pacto no monitoramento do Plano de Ação da Cúpula Mundial de Alimentação.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU ao longo do desenvolvimento deste capítulo.

Nesse mesmo prisma, também levar-se-á em consideração as Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar Nacional¹³³, elaborada pela FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura), em conjunto com a sociedade civil, para fins de se definir os contornos jurídico-fundamentais do direito à alimentação, uma vez que este documento estabelece uma série de possíveis medidas tendentes à realização material deste direito por parte dos Estados.

Além do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, não se esqueceu em dispor, ainda que de forma indireta, sobre o direito humano fundamental à alimentação, eis que consagrou a necessidade de se observar o desenvolvimento progressivo no âmbito dos direitos sociais, dentre os quais encontra-se, evidentemente, o direito à alimentação.

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Ulteriormente, com vistas a se conferir uma disciplina normativa mais específica concernente ao direito fundamental à alimentação, aprovou-se em 1989 um protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o assim denominado Protocolo de San Salvador, por meio do qual se estabeleceu um regramento direcionado ao direito à alimentação, consoante se denota do seu artigo 12:

¹³³ Adotadas na 127^A Sessão do Conselho da FAO em novembro de 2004, na cidade de Roma. “O objetivo destas Diretrizes Voluntárias é o de proporcionar uma orientação prática aos Estados na implementação da realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional, como meio para alcançar os compromissos e objetivos do Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação.” (Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional, disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100815224512.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

Artigo 12

Direito à alimentação

1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.
2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema.

Na mesma direção dos tratados internacionais já mencionados, a Convenção sobre os Direitos das Crianças datada de 1989, assegura o direito à alimentação às crianças dos países signatários, o qual restará atendido por meio do fornecimento de alimentos nutritivos, bem assim de água potável.

Artigo 24

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.
2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:
 - c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;

Analisando-se o teor dos dispositivos supra abordados, verifica-se que de uma maneira geral, o que se pretende proteger e assegurar a princípio é um nível de vida adequado às pessoas, que lhes permita alcançar o bem estar social, figurando a alimentação adequada – inclusive na sua vertente essencial que assegura o direito a não ter fome –, como um instrumento-meio à consecução desta finalidade.

No que tange ao direito à alimentação na órbita internacional, urge salientar que a Organização das Nações Unidas tem demonstrado uma preocupação especial concernente à efetivação deste direito no plano interno dos países signatários dos tratados internacionais supra discriminados, estabelecendo, até mesmo, sanções para o descumprimento das ações estatais cuja realização figura como pressuposto necessário à implementação do direito que ora se investiga.

Cumpre observar, na esteira do que sustenta Enzo Bello¹³⁴, que a amplitude normativa identificada em torno dos direitos humanos, eis que previstos em diversas dimensões – regional, internacional e supranacional –, conduz à possibilidade de se exigir-lo em outras instâncias, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por seu turno, não se pode olvidar que a previsão dos direitos humanos no âmbito dos tratados internacionais, em especial o direito à alimentação, erige um novo parâmetro para se verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais, dentre estas aquelas que se alocam abaixo dos tratados sobre direitos humanos não aprovados segundo o processo legislativo inerente às emendas constitucionais¹³⁵.

2.2 Emenda Constitucional n. 64/2010: consagração formal do direito social à alimentação como direito fundamental

Todos os esforços exarados pelos estudiosos de direito constitucional – ou talvez dos direitos humanos – no sentido de demonstrar a natureza fundamental do direito à alimentação, se exauriram na Emenda Constitucional n. 64/2010, cuja alteração do texto constitucional consistiu na inserção do direito à alimentação no rol do dispositivo assentado no *caput* do art. 6º, da Constituição Federal.

Antes da inovação legislativa em questão, os estudiosos¹³⁶ do tema empreendiam uma extensa e bem elaborada construção argumentativa para evidenciar o caráter de direito

¹³⁴ BELLO, Enzo. A Circulação Jurídica dos Direitos Sociais: um movimento de alternância constitucional, internacional e supranacional. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 111.

¹³⁵ Consoante se depreende do dispositivo assentado no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais aprovados segundo as regras do processo legislativo referentes às emendas constitucionais, serão a estas equiparadas. Esta temática não será aqui aprofundada por suplantar as raias estabelecidas para a realização deste estudo.

¹³⁶ Todos estes autores se dedicaram ao estudo do tema antes da publicação da EC n. 64/2010: BENVENUTO, Jayme. Perspectiva Comparada da Proteção dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais pelos Sistemas Europeu e Interamericano. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BURITY, Valéria Torres Amaral. Exigibilidade Administrativa do Direito Humano à Alimentação Adequada: experiência do projeto piloto realizado pela Abrandh no Piauí. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009; FLORIANO, Miriam Villamil Balestro. Reflexões em torno do Direito Humano à Alimentação Adequada: a experiência da Constituição do marco legal no Rio Grande do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; LEIVAS, Paulo Cogo. O Direito Fundamental à Alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e

fundamental da alimentação, se valendo, para tanto, de outros dispositivos constitucionais que, em diferentes contextos, garantem à pessoa humana o direito à alimentação, conforme se depreende dos artigos 7º, inciso IV, 200, inciso VI e 227, todos da Constituição Federal. Nesses dispositivos constitucionais a alimentação é assegurada como um dos componentes abarcados pelo salário mínimo, estabelecido para atender as necessidades vitais básicas dos trabalhadores, da mesma forma em que no art. 227 da Constituição Federal encontra-se contemplada a norma que garante à criança e ao adolescente a alimentação, cujo provimento é de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado. Por sua vez, a norma prevista no art. 200, inciso VI, consubstancia uma proteção ao direito à alimentação que subsiste por meio de uma atividade fiscalizatória, prevendo, para tanto, como sendo uma das atribuições do Sistema Único de Saúde realizar o controle nutricional dos alimentos, bem como de bebidas e águas para o consumo humano, fiscalizando-os e inspecionando-os.

Não bastassem os dispositivos constitucionais que diretamente asseguram o direito à alimentação, outros há que guarnecem a Constituição Federal com princípios fundamentais norteadores das atividades da República Federativa do Brasil. Nesse diapasão, convém trazer à baila o dispositivo assentado no art. 1º, III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como sendo um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a qual figura, consoante já assentado no Capítulo 1, como base normativa e axiológica dos direitos fundamentais, de sorte a se afirmar que estes nada mais são do que concretizações da dignidade da pessoa humana¹³⁷.

Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; VALENTE, Flávio Luiz Shieck; FRANCESCHINI, Thaís; BURITY, Valéria. Instrumentos e Mecanismos Não Judiciais de Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada: Lei Orgânica do Estado de Minas Gerais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; VIGNA, Edélcio. Direito Humano à Alimentação Adequada e o Orçamento Público. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ZIMMERMAN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹³⁷ “Mas o ‘teste dóxido’ de jurisprudência constitucional portuguesa aponta para o ‘esvaziamento solidarístico’ desta estratégia discursiva do Tribunal Português. O *leading case* é o Acórdão n. 509/2002 sobre o rendimento da inserção social que veio alterar o anterior regime do rendimento mínimo garantido. O cerne argumentativo do Tribunal acabou por ser o da conformidade ou não do regime legislativo definidor do subsídio de inserção social com o princípio jurídico-constitucional fundante da dignidade da pessoa humana. Este princípio postularia sempre um agasalho prestacional assegurador de uma existência minimamente condigna. A dignidade da pessoa só seria afectada se o regime jurídico-legislativo não garantisse os ‘mínimos’ de dignidade. O problema é que a estratégia discursiva do Tribunal, sob a aparente solidez da dignidade da pessoa humana, acaba por porceder à redução eidética da socialidade, colocando entre parênteses os direitos económicos, sociais e culturais. Em toda a sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas fracções sociais de dignidade da

Por seu turno, o art. 3º da Constituição Federal também ostenta uma inequívoca relevância para os direitos fundamentais sociais, especialmente a alimentação, eis que ao definir os objetivos da República Federativa do Brasil o constituinte não se acanhou em demonstrar sua preocupação com a promoção da igualdade substantiva entre os cidadãos, eis que estabeleceu como metas a serem buscadas pelo poder público a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem assim a promoção do bem de todos.

Não é despropositado lembrar que a nota distintiva dos direitos sociais reside sobre a igualdade real ou material, ante a premissa de que não é possível aos cidadãos desfrutarem plenamente das liberdades fundamentais sem antes terem acesso às prestações materiais básicas.

Ainda no que diz com o suporte normativo constitucional que, de alguma forma, termina por emprestar qualquer nível de proteção ao direito à alimentação, há que se fazer menção ao art. 4º da Constituição Federal, haja vista que neste dispositivo o constituinte estabeleceu os princípios reguladores das atividades da República Federativa do Brasil no plano internacional, dentre eles a prevalência dos direitos humanos e a autodeterminação dos povos.

Revela-se claro, nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988, por possuir um nítido cariz social, consubstancia diversos dispositivos que em suas abstrações – eis que se estruturam sob a forma de princípios – estabelecem o fio condutor de proteção dos direitos fundamentais sociais. Por essa razão, certo é que o direito à alimentação, a toda evidência, sempre teve guarida na Constituição Federal de 1988, independentemente de estar expressamente consagrado em seus dispositivos.

Contudo, após a publicação da Emenda Constitucional n. 64/2010 o direito à alimentação passou a integrar o artigo 6º da Constituição Federal, limando toda e qualquer dúvida sobre a sua condição de autêntico direito fundamental de segunda dimensão.

Denota-se, pois, que o direito fundamental social à alimentação não veio à lume no cenário constitucional brasileiro com a aprovação da Emenda Constitucional n. 64/2010. Suas raízes, vale dizer, remontam à Constituição Federal promulgada em 1934, eis que assegurava

pessoa humana aferidas pelos *standards* mínimos da existência. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como ciência de direção*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.)

em seu artigo 113, *caput*¹³⁸, o direito à subsistência. Ao menos no plano político-ideológico, há muito se encontra vestígios de uma suposta proteção estatal ao mínimo desenvolvimento das faculdades humanas, cuja consecução seria possível mediante a prestação de alimentos aos titulares do referido direito.¹³⁹

Não se pode olvidar, além disso, que no ano de 2006 um importante estatuto legal foi confeccionado no âmbito do processo legislativo de elaboração das leis com o propósito de se criar o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e, por conseguinte, assegurar o direito humano à alimentação adequada (Lei 11.346/06), cuja análise será levada a efeito nos próximos tópicos. Vale dizer, por hora, que o artigo 2º deste diploma, antes mesmo de o direito à alimentação ser consagrado expressamente no plano da Constituição Federal, já assentava que ele ostenta a natureza de direito fundamental por ser inerente à dignidade humana e indispensável à realização de outros direitos previstos na Constituição Federal. Com efeito, a partir do que ficou assentado no primeiro capítulo, certo é que os direitos fundamentais representam inequívocas manifestações jurídicas da dignidade da pessoa humana e, o direito à alimentação, em grande medida, consiste em uma expressão dessa cláusula de humanização do Direito.

Ao que se expôs, verifica-se que o direito fundamental social à alimentação de longa data encontra-se materialmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que a sua inserção no artigo 6º da Constituição Federal traduz tão somente uma providência de ordem formal a contribuir para a efetivação do direito em voga.

2.3 Direito à alimentação e a sua natureza fundamental: posição jurídica fundamental

Ao se analisar o dispositivo constitucional assentado no art. 6º da Constituição Federal, logo se percebe o nítido caráter fundamental que reveste os direitos lá consagrados, sobretudo em função da conexão que guardam com o princípio da dignidade da pessoa

¹³⁸ CF/1934: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.”

¹³⁹ “Uma importante inovação ocorre a partir da Constituição de 1934 que incorpora alguns direitos sociais, referindo-se particularmente ao ‘direito à subsistência’ (art. 113, *caput*), à assistência aos indigentes (art. 113, inc. 34) e também cria os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, incs. 33 e 38).” (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.)

humana. Não revela-se demasiado afirmar, mais uma vez, que os direitos fundamentais nada mais são do que concretizações da dignidade da pessoa humana ou, conforme se preferir, eles são manifestações jurídico-normativas da dignidade humana. Desta feita, a proximidade que o direito à alimentação possui com a dignidade humana, dissiparia toda e qualquer dúvida que coloque em xeque a sua natureza fundamental¹⁴⁰. Não obstante existam consistentes argumentos destinados a negar aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais¹⁴¹, há que se esclarecer que esta questão não será objeto de análise deste trabalho, eis que, desde o primeiro instante, exsurgiu inequívoco o viés fundamental imanente aos assim designados direitos de segunda dimensão.

Por oportuno, convém exarar a noção de que o dispositivo constitucional consagrador do direito fundamental à alimentação encerra duas distintas dimensões, uma dimensão objetiva e outra subjetiva.

No seu viés objetivo, a norma que se deflui do art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, produz efeitos em relação ao poder público nas suas mais diversas formas de manifestação, isto é, administrativa, legislativa e jurisdicional¹⁴², alcançando, por conseguinte, todos os órgãos públicos no sentido de que o dever de realização material dos direitos fundamentais recai, em princípio, sobre o Estado – sobretudo os direitos sociais, haja vista que demandam uma atuação positiva do Estado, por ostentarem uma natureza prestacional.

A partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais extrai-se uma verdadeira ordem de valores que irradia efeitos para todos os órgãos estatais, seja qual for a função pública por eles levada a efeito.

Nessa medida, certo é que, em razão do viés econômico que caracteriza os direitos sociais a prestações, por gerarem encargos financeiros ao poder público – a realização desses

¹⁴⁰ “O Comitê afirma que o direito à alimentação adequada é indivisivelmente ligado à dignidade inherente à pessoa humana e é indispensável para a realização de outros direitos humanos consagrados na Carta de Direitos Humanos. Ele é também inseparável da justiça social, requerendo a adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais, tanto no âmbito nacional como internacional, orientadas para a erradicação da pobreza e a realização de todos os direitos humanos para todos.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁴¹ ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/018266305490311410035/015570.pdf?incr=1>. Acesso em 10 jun. 2010.

¹⁴² Ingo Sarlet, a partir do julgado *BVerfGE* 7 do Tribunal Constitucional Alemão dissertar que “(...) os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 143.)

direitos está a depender de disponibilidade orçamentária –, a sua efetivação cumpre a princípio aos órgãos cuja função executiva é exercida com primazia, de maneira que sua concretização, a propósito, subsistirá por meio de políticas públicas. Há que se reconhecer nessa tarefa de realização prática do direito fundamental à alimentação a atuação dos órgãos do poder legislativo, porquanto cumpre a eles a dotação orçamentária concernente à ação governamental que se pretende levar a efeito como instrumento de realização do direito à alimentação.

Em linhas gerais, toda a ação Estatal deve balizar-se pelo comando objetivo que se depreende do dispositivo que consagra o direito fundamental, fazendo, pois, com que os seus atos busquem a plena realização do direito fundamental.

Ademais, a concepção objetiva dos direitos fundamentais viabiliza, como resulta evidente, a realização do controle de constitucionalidade das espécies normativas pelos órgãos do Judiciário, na medida em que consiste em instrumento apto a possibilitar a verificação da compatibilidade das leis infraconstitucionais para com as normas radicadas no texto da Constituição Federal.

Há que se constatar, ratificando o que já se abordou quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que as normas consagradoras dos direitos fundamentais emanam um dever de proteção aos particulares, no sentido de que também cumpre a eles o respeito e promoção dos direitos fundamentais¹⁴³. Esta eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas consiste em um desdobramento da vertente objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que resulta claro a natureza coletiva ou comunitária que exsurge da ordem axiológica consubstanciada pelas normas de direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, decerto que o direito à alimentação guarda uma perspectiva objetiva de sorte que se deflui um valor da norma que o consagra cuja observância faz-se necessária em relação aos entes do Estado, bem assim em meio às relações privadas. É preciso, pois, que o Estado diligencie realizar materialmente o direito fundamental à alimentação negativamente ou positivamente, isto é, não admitindo qualquer sorte de atos do poder público ou de particulares que terminem por violar o direito fundamental que ora se

¹⁴³ Nesse viés, Amartya Sen, no seu *Direito a não ter fome*, identifica a responsabilidade moral tanto do Estado como dos particulares na realização do direito à alimentação. “Pero si los hambrientos tienen el *derecho* moral a la alimentación, ¿ quién tiene el *deber* moral de proveer tal alimentación, o los medios para ella? Por lo pronto este derecho ha sido discutido principalmente como una demanda contra el Estado. Pero dependiendo de la naturaleza de la moralidad escogida, puede pensarse que otras personas tienen ese deber.” (SEN, Amartya K. *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Centro de Investigación En Filosofía Y Derecho, 2002. (Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) n. 3). Tradução de Everaldo Lamprea Montealegre, p. 24.)

investiga, bem como assumindo uma postura ativa com vistas a se adotar políticas públicas idôneas à consecução dos fins materiais consubstanciados na norma que o consagra. Vale dizer que os possíveis conteúdos das políticas públicas propostas com este fim serão analisados, sem qualquer pretensão exaustiva, no tópico 2.8.1. Lado outro, conforme já restou evidenciado, também se verifica a perspectiva objetiva do direito fundamental à alimentação na esfera própria das relações privadas, de maneira que sobre os particulares recai a função de, ao menos de forma negativa, prezar pela eficácia da norma consagradora do direito fundamental à alimentação, diligenciando comportamentos direcionados a afastar todo e qualquer comportamento tendente a violar o direito à alimentação¹⁴⁴.

Por seu turno, o dispositivo constitucional assentado no artigo 6º guarda também uma dimensão subjetiva, no sentido de que ele é apto a embasar pretensões individuais de realização material do direito à alimentação. Em outras palavras, identifica-se na dimensão subjetiva do direito à alimentação a possibilidade de se extrair pretensões individuais e coletivas da norma constitucional consagradora do direito à alimentação, de tal sorte que a partir da norma constitucional originária exsurge possível se deduzir demandas judiciais individuais ou coletivas¹⁴⁵. Este cariz subjetivo de realização material do direito à alimentação

¹⁴⁴ Verifica-se nitidamente a perspectiva objetiva do direito fundamental à alimentação a partir do seguinte trecho extraído da introdução das Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional: “Em particular, os Estados Partes no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) têm a obrigação de respeitar, promover e proteger o direito à alimentação adequada, assim como de tomar as medidas apropriadas para conseguir progressivamente a sua plena realização. Os Estados Partes deveriam respeitar o acesso existente à alimentação adequada abstendo-se de adotar quaisquer medidas que tenham como resultado impedir esse acesso e deveriam proteger o direito de toda pessoa à alimentação adequada adotando medidas para garantir que empresas ou particulares não privem as pessoas de seu acesso a uma alimentação adequada.” (Disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100815224512.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁴⁵ “De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 152. Dissertando sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, asseveraram Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que: “Na relação jurídica de direito público que se cria entre o indivíduo e o Estado em função das normas que reconhecem direitos fundamentais, o indivíduo pode exercer uma liberdade negativa (liberdade de alguma coisa, liberdade de certos imperativos definidos pelo poder público). De forma simétrica, o Estado possui a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervindo na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto. A dimensão subjetiva aparece também nos direitos fundamentais que fundamentam pretensões jurídicas próprias do *status positivus*. Quando o indivíduo adquire um *status* de liberdade positiva (liberdade para alguma coisa) que pressupõe a ação estatal, tem-se como efeito a proibição de omissão por parte do Estado. Trata-se aqui de direitos sociais e políticos e de garantias processuais entre as quais a mais relevante é a garantia de acesso ao Judiciário para apreciação de toda lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). O efeito para o Estado é o dever de fazer algo. (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 110/111.)

será explorado com mais profundidade no Capítulo 3, ocasião em que dedicar-se-á à análise da justiciabilidade do direito fundamental à alimentação.

Convém salientar, neste viés, que todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles classificados como de primeira dimensão, deverão ser compreendidos para além da sua dimensão subjetiva, tendo em vista que, além de as suas normas consubstanciarem uma posição jurídica subjetiva, elas irradiam valores cuja concretização deve-se realizar no âmbito da sociedade, da comunidade^{146, 147}.

Há que se observar, a partir das lições exaradas por Ingo Sarlet¹⁴⁸, ainda no que diz com as dimensões subjetiva e objetiva do direito à alimentação, que inexiste um paralelismo da dimensão subjetiva com a categoria normativa das regras, bem como da dimensão objetiva para com os princípios jurídicos. De maneira mais clara, quer se dizer que tanto as regras como os princípios – que são normas jurídicas – podem ser extraídos de quaisquer das dimensões da norma consagradora do direito à alimentação. Isso significa que da perspectiva subjetiva do direito à alimentação revela-se possível extrair um princípio idôneo a fundamentar uma pretensão individual em que se pleiteia a realização do direito à alimentação em algum nível de concretude. Da mesma forma, tem-se como viável se extrair uma regra da dimensão objetiva deste direito fundamental, cuja tangibilidade poder-se-á verificar, por exemplo, a partir controle judicial de constitucionalidade concentrado das espécies normativas e atos do poder público.

De toda sorte, resulta inequívoco o caráter fundamental do direito à alimentação, porquanto, além de a norma que lhe consagra no texto constitucional exalar mandamentos objetivos de concretização, ela é apta a respaldar posições jurídicas fundamentais de cunho individual, na medida em que a força normativa que gravita em torno da Constituição Federal impõe a plena realização material deste direito fundamental.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 145.

¹⁴⁷ “Há, portanto, um direito fundamental prima facie à alimentação que deve ser realizado pelo Estado por meio de medidas adequadas e necessárias. Em caso de ausência ou ineficácia destas medidas, poderão surgir direitos definitivos ou direitos subjetivos públicos à alimentação a serem veiculados, preferencialmente, por meio de ações judiciais coletivas com vista a resguardar a universalidade e uma proteção igualitária a todas as pessoas necessitadas.” (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais* – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 303.)

¹⁴⁸ “(...) há que se ter em mente a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e perspectiva objetiva, de tal sorte que se pode falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 144.)

2.4 Natureza programática da norma consagradora do direito à alimentação: necessidade de interposição legislativa para tornar plena a aplicação da norma constitucional?

Consoante anunciado no Capítulo 1 – quando então se diligenciou traçar algumas diretrizes gerais acerca dos direitos fundamentais –, os dispositivos legais consagradores dos direitos fundamentais sociais apresentam uma textura aberta, de sorte que asseguram uma situação jurídica ao indivíduo e à coletividade, sem, contudo, definir em um patamar mínimo, quais formas deveriam ser empregadas para se buscar a efetivação do direito fundamental. Daí porque se dizer que as normas constitucionais que assumem este aspecto seriam classificadas como normas constitucionais enunciadoras de programas a serem cumpridos pelo Estado.

Igualmente, a positivação do direito à alimentação no âmbito da Constituição Federal não escapa a essa característica, eis que o Legislador Constituinte Derivado Reformador se limitou a estatuir que o direito à alimentação traduz um direito social. No mais, além dos dispositivos constitucionais que também consagram o direito à alimentação explorados no tópico 2.2, inexiste qualquer disposição no texto magno tendente a destrincha-lo, para então estabelecer de que maneira seria possível buscar a sua efetiva realização prática.

Dessa forma, tem-se que esta nota distintiva dos enunciados veiculadores dos direitos fundamentais estaria a impedir que eles produzam todos os seus efeitos, tornando impossível, até mesmo, que deles sejam extraídas pretensões subjetivas originárias, isto é, a possibilidade de a própria norma que se extrai da Constituição embasar uma demanda subjetiva para a realização de determinado direito fundamental.

Por mais que a norma constitucional que se extrai do art. 6º da Constituição Federal, veiculadora do direito fundamental à alimentação, seja de natureza programática – ou, então, de eficácia limitada na concepção de José Afonso da Silva¹⁴⁹ –, o que terminaria por inviabilizar a aplicação da norma em referência na sua plenitude, não se pode olvidar que o seu conteúdo normativo restou satisfatoriamente disciplinado pela Lei infraconstitucional n.º 11.346/06. Tal estatuto legal contém previsão normativa infraconstitucional que se inclina à consecução do direito humano à alimentação adequada, daí porque não se revela razoável sustentar a ineficácia da norma que se depreende da Constituição Federal, por se ela

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

potencialmente apta a figurar como instrumento de proteção do direito à alimentação, de sorte a concretizá-lo nas hipóteses de fato que demandam a sua incidência.

Decerto, pois, que a Lei 11.346/06 veio inovar o ordenamento jurídico como elemento normativo concretizador da norma constitucional programática consubstanciada no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, estabelecendo, portanto, as formas e instrumentos a que se revele possível levar a efeito a realização material do direito fundamental à alimentação.

Há que se ter claro que o texto consubstanciador do direito fundamental social à alimentação enuncia uma dimensão objetiva e outra subjetiva do direito fundamental em referência, erigindo, portanto, um comando valorativo dirigido aos órgãos estatais e a todas as pessoas de uma forma geral, bem como se admitindo que este direito tenha a sua implementação reclamada, embasando pretensões de ordem subjetiva¹⁵⁰. Isso revela-se possível ante a pauta legislativa em que se encontra assentado o direito à alimentação, a qual atua no sentido de contribuir para a solidez desta necessidade como situação jurídica a merecer a proteção do Estado.

2.5 Conteúdo do direito à alimentação: definição dos seus contornos e formas de efetivação

Após ter-se dedicado vários esforços no sentido de demonstrar a dimensão jurídica do direito fundamental social à alimentação, evidenciando-se a sua positivação em diversos diplomas supranacionais, bem assim na própria Constituição Federal de 1988 e em outras espécies normativas infraconstitucionais, é preciso tangibiliza-lo, a fim de se estabelecer, em termos práticos, quais são os contornos do direito à alimentação, além de se ter que investigar como subsiste a sua efetivação.

Em princípio, ao se falar no direito à alimentação, pairam fundadas dúvidas sobre quando e de que forma seria possível implementar este direito humano fundamental, eis que em uma perspectiva prática não se sabe ao certo qual é a dimensão que ele ostenta.

¹⁵⁰ Nesse viés, cumpre transcrever parte da decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF n. 45/DF: “Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’.”

Dessa forma, preocupar-se-á a partir de então em estabelecer os contornos fáticos, práticos do direito fundamental à alimentação, aferindo-se os seus limites e possibilidades.

Nesse sentido, vale dizer a princípio que o direito à alimentação restará satisfeito na hipótese em que todas as pessoas tiverem acesso a alimentos que guardem uma carga nutricional suficiente, em termos quantitativos e qualitativos, aptos a lhes permitir um provimento nutricional adequado para uma vida saudável.

Verifica-se, na esteira do que já ficou assentado neste trabalho, que a efetivação do direito à alimentação guarda conexão direta não com a produção em si de alimentos, na medida em que os recursos naturais destinados à sua produção são abundantes, mas sim com o próprio acesso físico e econômico aos alimentos. Vale dizer que um dos problemas que giram em torno da efetivação do direito à alimentação diz com a distribuição de alimentos, e não com a quantidade de alimentos produzidos, pois que são mais do que suficientes para suprir as necessidades alimentares do mundo todo.

Assim, realiza-se o direito fundamental à alimentação por meio do que se denomina acesso físico aos alimentos, cuja configuração se dá na hipótese em que o acesso aos alimentos é viabilizado a toda e qualquer pessoa, sobretudo àqueles que compõem as minorias sociais, tais como os menores, os idosos, os deficientes, as vítimas de desastre naturais, entre outros¹⁵¹.

Quando se fala em acesso econômico está-se querendo dizer que os seres humanos devem dispor de bens de troca suficientes a lhes permitir prover a si e sua família com alimentos nutricionalmente adequados. Diferentemente do acesso físico, a acessibilidade econômica aos alimentos se perfaz mediante a disponibilidade de recursos financeiros para que possam ser empregados em prol da consecução de uma alimentação adequada. Por assim ser, o acesso econômico aos alimentos representa um instrumento direcionado à consecução de uma alimentação adequada, viabilizada a partir do emprego de recursos financeiros ou de bens que possuem valor econômico. Da mesma forma, certo é que o acesso econômico também restará atendido na hipótese em que aos alimentos se agregar um custo menor,

¹⁵¹ “Os parâmetros para segurança alimentar variam com a idade: ao nascer, bebês precisam de 300 calorias por dia; entre a idade de 1 a 2, 1.000 calorias por dia; na idade de 5, as crianças precisam de 1.600 calorias diárias. Para manter sua força todos os dias, os adultos precisam entre 2.000 e 2.700 calorias, dependendo de onde moram e que tipo de trabalho fazem.” (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Aspectos Materiais e Processuais do Direito Fundamental à Alimentação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 1.101.)

compatível com a renda média percebida pela população, para então se facilitar o acesso aos componentes alimentares¹⁵².

No que diz com a adequação dos alimentos destinados a promover uma alimentação voltada para a plena nutrição das pessoas, há que se considerar alguns critérios definidos por Alexandra Beurlen em sua obra *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*, ao que assim estabeleceu:

Já para suprir a adequação, o direito humano à alimentação exige que o alimento seja: a) seguro: livre de substâncias nocivas ao ser humano; b) saudável: apto a gerar saúde ao ser humano, portanto nutritivo (suprindo carências – fomes – específicas); e c) culturalmente aceito¹⁵³.

A partir das balizas estabelecidas pela autora em referência, se depreende a necessidade de os alimentos possuírem uma carga nutricional potencialmente inclinada a satisfazer as necessidades imanentes ao organismo humano, como meio idôneo à promoção de uma vida saudável.

Ademais, encontra-se abrangido pela adequação alimentar a noção de segurança alimentar, de sorte a se compreender que os alimentos em vias de assegurar uma alimentação adequada não devem estar conspurcados por substâncias perniciosas ao organismo humano. Ao revés, consoante assentado, a adequação dos alimentos deve ser compreendida em uma

¹⁵² “O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não. (...) Acessibilidade econômica significa que os custos financeiros, pessoais e familiares, associados com a aquisição de alimento para uma determinada dieta, deveriam ser de tal ordem que a satisfação de outras necessidades básicas não fique ameaçada ou comprometida. Acessibilidade econômica aplica-se a qualquer esquema de aquisição ou habilitação, utilizado pelas pessoas para obter o seu alimento, e é uma medida da adequação do processo de fruição do direito à alimentação adequada. Grupos socialmente vulneráveis, como os sem terra e outros segmentos empobrecidos da população podem necessitar do apoio de programas especiais. Acessibilidade física significa que uma alimentação adequada deve ser acessível a todos, inclusive aos indivíduos fisicamente vulneráveis, tal como crianças até seis meses de idade e crianças mais velhas, pessoas idosas, os deficientes físicos, os doentes terminais e pessoas com problemas médicos persistentes, inclusive os doentes mentais. Vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas de alto risco e outros grupos particularmente prejudicados, podem necessitar de atenção especial e, em certos casos, ser priorizados com relação à acessibilidade ao alimento. Uma vulnerabilidade particular é aquela de grupos indígenas, cujo acesso às suas terras ancestrais pode estar ameaçado.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁵³ BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 51.

vertente qualitativa, no sentido de que os componentes alimentares devem reunir nutrientes promissores para possibilitar o pleno desenvolvimento humano.

Por conseguinte, completando-se o quadro de segurança e adequação alimentar¹⁵⁴, é preciso ainda que os alimentos cuja acessibilidade se viabiliza às pessoas sejam, além de saudáveis e seguros, bem aceitos no plano cultural de determinada região. Faz-se necessário observar quais alimentos estão incorporados à realidade cultural, a fim de que o direito à alimentação seja efetivado na sua plenitude, a partir das peculiaridades próprias do cenário regional. Nesse viés, por exemplo, afigura-se completamente desarrazoados se pretender implementar no Brasil políticas públicas destinadas à promoção do direito à alimentação que se perfaça pela ingestão de insetos, assim como subsiste em alguns países orientais. Uma alimentação baseada em alimentos desta estirpe foge completamente à realidade cultural brasileira, cuja alimentação funda-se, em grande medida, em grãos.

Há que se dizer ainda, que a acessibilidade física e econômica como formas de se realizar o direito fundamental à alimentação necessita ser qualificada pela noção de estabilidade do suprimento alimentar, de sorte a verificar-se uma continuidade na provisão alimentar. A concretização desta estabilidade no plano fático verifica-se a partir da noção de que a promoção do direito à alimentação deve observar os parâmetros impostos pela sustentabilidade, sobretudo no que diz com o respeito ao meio ambiente, assegurando o abastecimento alimentar para as presentes e futuras gerações¹⁵⁵.

¹⁵⁴ “O conceito de adequação é particularmente significativo com relação ao direito à alimentação, na medida em que ele serve para salientar vários fatores que devem ser tomados em consideração para determinar se os alimentos ou dietas específicas que estão disponíveis podem ser considerados os mais apropriados, em um conjunto determinado de circunstâncias, para os objetivos do artigo 11 do Pacto. A noção de sustentabilidade está intrinsecamente ligada à noção de alimentação adequada e segurança alimentar, o que significa estar o alimento disponível tanto para a geração atual, como para as futuras gerações. O significado preciso de ‘adequado’ está condicionado, em grande parte, pelas condições sociais, econômicas, culturais, climáticas, ecológicas, e outras mais, que prevalecem, enquanto que a ‘sustentabilidade’ incorpora a noção de disponibilidade e acessibilidade em longo prazo.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁵⁵ “Falar em direito humano à alimentação adequada pressupõe a compreensão do que hoje a doutrina especializada aduz ser ‘segurança alimentar e nutricional’, pois, para que um ser humano esteja em pleno gozo de seu direito a essa alimentação, é indispensável encontrar-se em um estado de segurança alimentar e nutricional. Tal segurança abrange, em síntese, dois elementos: a adequação do suprimento alimentar e a estabilidade do suprimento e do acesso ao alimento. Ter um suprimento alimentar adequado que ofereça segurança ao ser humano exige que o abastecimento alimentar atenda às suas necessidades nutricionais (do ponto de vista de quantidade e qualidade) e seja seguro, saudável e culturalmente aceitável. Já a estabilidade do suprimento alimentar implica um desenvolvimento sustentável, com respeito ao meio ambiente e, principalmente, em termos econômicos e sociais, que garantam o acesso permanente à alimentação de qualidade, sem prejuízo do exercício de outros direitos.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 54.)

Nesse viés, não se pode olvidar que a definição de segurança alimentar encontra um amparo normativo, pelo que está positivado na Lei 11.346/06, em seu artigo 3º, tendo o legislador, com propriedade, contemplado a sua definição em poucas linhas, nos seguintes termos:

A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

A previsão normativa da segurança alimentar traduz um importante instrumento para a realização material do direito à alimentação, haja vista que, de maneira objetiva, o conteúdo colimado no enunciado normativo estabelece os contornos do que vem a ser a segurança alimentar, contribuindo, em última análise, para a própria definição do direito fundamental à alimentação.

Uma vez estabelecidos os contornos do que é uma alimentação adequada, faz-se necessário perscrutar de que modo subsistirá a sua realização prática, especialmente no que se refere à atuação do Estado nessa perspectiva.

A princípio, cumpre dizer que a efetivação do direito à alimentação cabe aos próprios particulares, pelo que têm que adotar comportamentos tendentes a promove-lo em seu benefício e no de sua família. A configuração do direito à alimentação nesse prisma se perfaz desde a destinação de recursos econômicos que se percebe à manutenção de uma alimentação adequada, a partir da aquisição de alimentos potencialmente nutritivos e que possuam um baixo custo, e, até mesmo na priorização de uma alimentação correta do ponto de vista da ingestão de alimentos nutricionalmente inclinados a promover uma vida saudável. É preciso, portanto, que os particulares empenhe os recursos de que dispõem no sentido de primar por uma alimentação adequada.

Ademais, na perspectiva da eficácia horizontal do direito fundamental à alimentação, exsurge-se que os particulares devem primar pela proteção deste direito, sobretudo no que diz com a não adoção de comportamentos tendentes a impedir o pronto acesso físico aos

alimentos adequados, bem assim colaborando ativamente para que o direito em tela seja contemplado por todos os seus titulares¹⁵⁶.

Por seu turno, certo é que a atuação do Estado destinada à implementação do direito à alimentação, consistente na adoção de políticas públicas – por meio de uma atuação positiva, portanto –, apenas virá a calhar na hipótese em que se verificar a insuficiência ou a inaptidão das providências levadas a efeito pelos particulares no sentido de concretizar uma alimentação adequada¹⁵⁷.

Ainda no contexto da segurança alimentar, tem-se que ao Estado cumpre, além de adotar medidas tendentes à promoção direta de uma alimentação adequada, primar pela preservação da qualidade dos alimentos então existentes, especificamente no que diz com a proteção da sua carga nutricional, impedindo que ela seja de alguma forma reduzida, conspurcada, evitando-se, assim, um quadro de insegurança alimentar. Nesse viés, esclarecedoras são as considerações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU:

A necessidade de estar livre de substâncias adversas estabelece requisitos para a segurança do alimento e para um conjunto de medidas, públicas e privadas, destinadas a impedir a contaminação do alimento por adulteração e/ou más condições higiênicas, e por manuseio inadequado nas diferentes etapas da cadeia alimentar; é preciso tomar cuidados para identificar, impedir ou destruir toxinas que ocorrem naturalmente¹⁵⁸.

Assim sendo, certo é que o poder público, no exercício da sua função administrativa, deve inclinar-se para a realização do direito à alimentação não apenas por meio de políticas destinadas à efetivação direta deste direito, mas também por intermédio de políticas e espécies normativas¹⁵⁹ cuja finalidade seja a manutenção do padrão de qualidade dos alimentos,

¹⁵⁶ “A novel legislação (Lei 11.346/06) cria um sistema extremamente democrático, exigindo a participação da sociedade civil organizada na formulação e implementação de políticas públicas voltadas para a efetividade do direito humano à alimentação adequada e a co-responsabilizando pelo seu funcionamento.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 67.)

¹⁵⁷ “É evidente, no entanto, que, nas ocasiões em que o ser humano deixa de ser titular de bens passíveis de troca, direita ou indiretamente, por alimentos adequados, ou em outras ocasiões nas quais as trocas passam a ser impossíveis por circunstâncias naturais ou sociais, o acesso ao alimento se dará, emergencialmente, através do provimento estatal.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, pág. 52.)

¹⁵⁸ Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.

¹⁵⁹ Nesse viés, constata-se a existência de uma vasta produção normativa nacional que consubstancia o dever do Estado de proteger os titulares do direito à alimentação quanto à qualidade dos alimentos: Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde – atuações específicas de vigilância alimentar e nutricional e controle de qualidade de alimentos, da produção ao consumo); Lei 9.782/99 (Sistema Nacional de Vigilância Sanitária); Lei 9.832/99 (proibição de uso de embalagens soldadas com liga de chumbo e estanho para acondicionar alimentos); Lei

protegendo-se as pessoas contra a ingestão de alimentos inseguros numa perspectiva qualitativa.

Conjugando-se o que dispõe a Lei 11.346/06 com o que restou consignado no Comentário Geral n. 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vislumbra-se as formas pelas quais os Estados poderão materializar o direito fundamental à alimentação, protegendo-se os titulares do direito em voga contra a insegurança alimentar, inclusive da situação de fome. Desse modo, identifica-se como “níveis obrigatoriais”¹⁶⁰ indispensáveis a assegurar o direito à alimentação as atuações do Estado que se pautem pelas seguintes diretrizes: respeitar, proteger, facilitar, prover¹⁶¹, promover, informar, monitorar, fiscalizar e garantir os mecanismos para a sua exigibilidade.

Denota-se, pois, mais uma vez, que a ação estatal direcionada à implementação do direito à alimentação se perfaz em uma perspectiva negativa – no sentido de que lhe cabe estabelecer limites, parâmetros para proteger o direito à alimentação de eventuais atos tendentes a reduzir a sua amplitude de concretização¹⁶² –, bem assim em uma dimensão

10.273/01 (uso de bromato de potássio); Lei 8.974/95 (uso das técnicas de engenharia genética e organismos geneticamente modificados); Lei 10.688/03 (comercialização da produção de soja da safra de 2003); MP 131/03 (plantio e comercialização da produção de soja da safra de 2003); Lei 10.831/03 (definição da agricultura orgânica); Lei 10.674/03 (informar a presença de glutén nos alimentos); Decreto 4.680/03 (regulamenta o direito à informação assegurado pela Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados). (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.)

¹⁶⁰ O direito à alimentação adequada, como qualquer outro direito humano, impõe três tipos ou níveis de obrigações aos Estados parte. As obrigações de respeitar, proteger e satisfazer o direito. Por seu turno, a obrigação de satisfazer incorpora tanto uma obrigação de facilitar como uma obrigação de prover. Originalmente, estes três níveis de obrigações foram propostos da seguinte forma: respeitar, proteger e assistir/realizar.(vide “Right to adequate food as a human right, Study Series No.1, 1989 (United Nations publication, Sales No.E.89.XIV 2).) O nível intermediário, ‘facilitar’, foi proposto como uma categoria do Comitê, mas este decidiu manter os três níveis de obrigações. A obrigação de respeitar o acesso existente à alimentação adequada requer que os Estados Parte não tomem quaisquer medidas que resultem no bloqueio deste acesso. A obrigação de proteger requer que medidas sejam tomadas pelo Estado para assegurar que empresas ou indivíduos não privem outros indivíduos de seu acesso à alimentação adequada. A obrigação de satisfazer (facilitar) significa que o Estado deve envolver-se proativamente em atividades destinadas a fortalecer o acesso de pessoas a recursos e meios, e a utilização dos mesmos, de forma a garantir o seu modo de vida, inclusive a sua segurança alimentar, e a utilização destes recursos e meios por estas pessoas. Finalmente, sempre que um indivíduo ou grupo está impossibilitado, por razões além do seu controle, de usufruir o direito à alimentação adequada com os recursos a sua disposição, os Estados têm a obrigação de satisfazer (prover) o direito diretamente. Esta obrigação também deve existir no caso de vítimas de desastres naturais ou provocados por causas diversas.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999.)

¹⁶¹ “Em resposta ao crescente problema da fome e da pobreza no meio urbano, os Estados deveriam promover investimentos orientados a fomentar os meios de subsistência da população urbana pobre.” Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional, disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100815224512.pdf>>. Acesso em junho de 2012.

¹⁶² “Respeitar o direito humano à alimentação adequada implicaria, segundo o Comitê, deixar de adotar medidas políticas ou jurídicas que possam, de qualquer forma, prejudicar o exercício do direito. Protegê-los impõe ao

positiva, caso em que revela-se necessária a adoção de uma postura mais incisiva reservada à provisão e/ou facilitação de uma alimentação adequada.

Na esteira da posição positiva adotada pelo Estado, vale dizer ainda que ela é passível de se concretizar por meio de ações não diretas, mas que, de igual modo, promovem o direito à alimentação. Nesse viés, o ente Estatal diligencia efetivar o direito que ora se investiga, implementando ações consistentes no dever de informação, no monitoramento e, por fim, na fiscalização, tudo isto com vistas a assegurar a segurança alimentar.

Há que se falar que o dever de efetivação do direito à alimentação pelo Estado contempla a necessidade de a sua realização material ser progressiva, o que significa dizer que, em função da sua natureza social, não se admite retrocessos no âmbito da sua concretização. Os mecanismos empregados em prol da realização do direito à alimentação, de ordem legislativa ou política, não podem ser subjugados no que diz com o campo de proteção gerado, sem a criação de mecanismos alternativos ou compensatórios¹⁶³. A realização do direito à alimentação há que observar uma marcha progressiva, de tal modo a não se admitir retrocessos e recuos que importem a redução da sua concretização já levada a efeito.

No que diz com as políticas públicas especificamente voltadas à realização material do direito à alimentação, remete-se o leitor ao tópico 2.8.1, ocasião em que este tema será abordado mais diretamente.

2.5.1 Eficácia horizontal do direito fundamental social à alimentação

Estado que impeça terceiros de violar, sob qualquer circunstância, o direito humano à alimentação adequada, para isso, adotando medidas positivas ou negativas necessárias. Facilitar e prover são considerados, no Comentário Geral 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, esferas da mesma obrigação de realização. Contudo, diante da distinção nas políticas públicas de facilitação do direito humano à alimentação adequada e de provimento, serão consideradas nesta obra como obrigações distintas. A obrigação de facilitar o exercício do direito humano à alimentação adequada liga-se, diretamente à elaboração e execução de políticas públicas que ofereçam condições que permitam ao ser humano, por si, assegurar a si e aos demais membros de seu núcleo familiar a plena realização de tal direito. Políticas públicas de acesso à terra e à água com qualidade, de geração de emprego e renda etc. são exemplos de facilitações. Por outro lado, o provimento do direito humano à alimentação adequada está diretamente ligado ao direito humano de estar livre da fome. Não estando o ser humano em condições de assegurar a si e à sua família, por qualquer razão, uma alimentação adequada, encontrando-se, por isso, em situação de risco nutricional ou desnutrição, o Estado tem obrigação de fornecer alimentação ou renda, garantindo-lhe dignidade. (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69/70.)

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Um questionamento que paira sobre o estudo jurídico-dogmático do direito fundamental social à alimentação, diz respeito à possibilidade de a eficácia da norma que lhe consagra subsistir numa perspectiva horizontal, e, em caso afirmativo, qual teoria conduziria o processo de incidência da norma consagradora desse direito fundamental a relações privadas.

De igual modo, questiona-se, no prisma da eficácia horizontal da norma veiculadora do direito à alimentação, de que forma os particulares diligenciariam atuar com o propósito de se realizar materialmente o direito social objeto dessa pesquisa.

No que diz com a eficácia vertical da norma contida no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, em que o Estado figura como seu destinatário inafastável – vale lembrar que, em princípio, a concretização do direito à alimentação está a depender da adoção de políticas públicas –, a sua realização fática subsiste na hipótese em que o ente público pauta a sua atuação pelo respeito, proteção, facilitação, provimento, promoção, informação, monitoramento, fiscalização e garantia dos mecanismos para a exigibilidade do direito à alimentação, consoante outrora já se explorou.

Cumpre verificar, que nessa dimensão vertical o Estado se apresenta como destinatário da norma veiculadora do direito fundamental à alimentação, de vez que lhe cabe realiza-lo por intermédio de políticas públicas, ante a natureza social prestacional que esse direito assume. Contudo, na perspectiva horizontal de eficácia da norma fundamental correspondente ao direito à alimentação, o Estado dá lugar aos atores privados, pelo que nesse prisma são eles os destinatários do direito à alimentação, cumprindo-lhes também primar pela máxima efetividade desse direito social. Vislumbra-se, pois, uma inversão de destinatários.

Por certo, conforme tangenciado no primeiro capítulo dessa pesquisa, a produção de efeitos da norma veiculadora do direito fundamental à alimentação no quadrante privado pode subsistir a partir de duas diferentes perspectivas. O alcance normativo pode ser estabelecido por meio de dois métodos hermenêuticos, quais sejam: a teoria que consubstancia a eficácia e aplicação direta/imediata da norma fundamental e a teoria que propugna a sua eficácia e aplicação indireta/mediata.

Considerando a natureza fundamental da norma que consagra o direito à alimentação, sem se olvidar do caráter normativo que a atual dogmática constitucional empresta aos dispositivos constitucionais, não é de se espantar com a aplicação e incidência da norma fundamental diretamente nas relações interparticulares, ou seja, independentemente

de uma mediação legislativa infraconstitucional, priorizando-se, pois, a teoria da eficácia direta/imediata.

A esse respeito, convém, mais uma vez, lembrar do dispositivo assentado no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece claramente que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse comando normativo guarda, em verdade, um mandamento constitucional cujo sentido – empregando-se as técnicas hermenêuticas sistemática, histórica e, mormente, a teleologia – vem a ser, necessariamente, o de que as normas fundamentais possuem eficácia, ainda que seja ela mínima, bem assim de que elas devem ser aplicadas às hipóteses de fato na maior medida possível, conforme o dimensionamento erigido pelas circunstâncias fáticas e jurídicas verificáveis no caso concreto.

Por essas razões, há que se considerar de todo legítima a aplicação imediata da norma gravada no artigo 6º, da Constituição Federal, em relações jurídicas privadas (horizontais) – em que o interesse do Estado não seja preponderante –, cuja posição jurídica objeto de tutela esteja calcada no direito fundamental à alimentação. A propósito, é possível se pensar em relações jurídicas de diversas ordens que potencialmente reclamam a incidência dos efeitos consubstanciados no artigo 6º, quais sejam: relações consumeristas, cíveis (sobretudo, de ordem familiar), trabalhistas, as que envolvem os direitos dos idosos, das crianças e adolescentes, entre outras.

A eficácia horizontal do direito à alimentação, noutra vertente, subsiste a partir da técnica hermenêutica de interpretação e aplicação do Direito representada pela teoria da eficácia mediata/indireta. Por essa diretriz metodológica, os efeitos oriundos do direito fundamental à alimentação operam-se nas situações particulares através de enunciados normativos infraconstitucionais, os quais funcionam como instrumentos de concretização do direito fundamental em tela, visando perspectiva-los nas situações concretas. Nesse ínterim, não são raras as disposições de ordem infraconstitucional que versam sobre o direito à alimentação e, cuja aplicação às relações interprivadas, pode e deve sobrevir na esteira da previsão constitucional a esse respeito.

À luz do paradigma constitucional do direito à alimentação, compete aos atores privados se absterem de atuar, na hipótese em que o seu agir representar qualquer óbice à produção de efeitos da norma instituidora do direito à alimentação. Não estariam os particulares autorizados, pois, a oferecerem resistência ou obrarem para que os demais titulares do direito à alimentação não tenham acesso físico a alimentos nutricionalmente

adequados. É preciso se fazer um adendo para se verificar, em certa medida, a coexistência de duas orientações em relação à postura adotada em prol da materialização do direito à alimentação. Isto é, no âmbito da eficácia horizontal prevalece a orientação absenteísta direcionada aos particulares, ao tempo em que, na eficácia vertical prepondera a atuação intervencionista do Estado com vistas a se promover a máxima efetividade do direito social em exame.

Demais disso, a efetivação do direito social em voga deve se dar a partir de uma atuação positiva dos particulares, de sorte que lhes cabe conformar suas condutas para que, em alguma medida, promovam o direito à alimentação. Cumpre verificar, nesse viés, que o direito à alimentação figura como um paradigma hermenêutico, conduzindo a operação interpretativa que resulta na aplicação da norma veiculadora do direito em questão de modo a que não viole o direito à alimentação, mas que, também e essencialmente, promova a sua materialização.

Por todo o exposto, denota-se que há, entre as teorias que versam sobre a eficácia horizontal do direito fundamental à alimentação, um foco de tensão, pois que priorizar-se a eficácia direta resultaria, em certa medida, na redução do ordenamento jurídico à Constituição Federal que, por mais importante que seja, não pode prescindir do ordenamento infraconstitucional para lhe conferir concretude. Por sua vez, a opção pela teoria da eficácia indireta poderia dar azo ao esvaziamento da Constituição Federal nas hipóteses, por exemplo, para as quais não haja norma infraconstitucional específica.

A solução para este impasse aparente parece residir na observância conjunta de ambas as diretrizes norteadoras da eficácia horizontal, em uma inequívoca relação de complementação e, sempre tendo como paradigma inafastável a necessidade de se conferir a máxima efetividade ao direito fundamental à alimentação, de vez que, ao que se demonstrou, a utilização de apenas uma delas, de forma isolada, pode conduzir a resultados indesejáveis.

2.6 Direito social à alimentação, mínimo existencial e o direito a não ter fome

Considerando-se que o direito à alimentação encontra-se expressamente consagrado na Constituição Federal sob a forma de um princípio jurídico, em razão da estrutura da norma em que ele se encontra reduzido, decerto é que a sua realização material é suscetível de

subsistir em diversos níveis, restando configuradas diferentes dimensões do direito fundamental à alimentação.

Nesse viés, Amartya Sen sustenta que os direitos podem assumir muitas formas diferentes, variando em relação à sua concretização, articulação, força e reflexão institucional. O autor em questão, referência mundial no estudo de assuntos relacionados à alimentação, pobreza e desenvolvimento humano, dá mostras de que o direito à alimentação – na perspectiva do direito a não ter fome – representa um metadireito, cuja implementação está a depender de alguma política. Desta forma, concluir-se-ia que o direito a não ter fome nada mais é do que o direito a políticas adotadas com vistas a implementá-lo¹⁶⁴.

Embora seja desejável a satisfação plena dos direitos sociais, em particular do direito à alimentação, de tal modo que todos os cidadãos possam percebê-los, exsurge necessário compreender que ela encontra limites na própria escassez dos recursos necessários à sua efetivação. Os direitos prestacionais em sentido estrito, por definição, estão a depender de uma atuação positiva do Estado que lhes possa atribuir uma concretude. Por assim ser, tem-se que a realização prática do direito à alimentação pode alcançar diferentes níveis ao se considerar os eventuais limites erigidos no processo da sua implementação, daí porque denota-se possível percebê-lo na categoria do mínimo existencial, bem assim como o direito a estar livre da forme.

Convém resgatar, por oportuno, algumas noções sobre o mínimo existencial delineadas no primeiro capítulo deste trabalho, a fim de que se possa promover a devida conformidade deste instituto jurídico-constitucional ao âmbito do direito fundamental à alimentação. Registre-se que se inclina para o reconhecimento da correspondência entre o mínimo existencial e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tendo como diretriz a ideia de que se visualiza no mínimo existencial uma porção de dignidade representativa de um mínimo invulnerável da garantia de direitos¹⁶⁵. A um só tempo e sem que isso conduza a incoerências, perfilha-se à noção de que o mínimo existencial não apenas impõe ao Estado a obrigação de prontamente assegurar os direitos prestacionais em sentido estrito (direitos sociais, portanto) nos limites indispensáveis à subsistência dos cidadãos. Ao revés, por

¹⁶⁴ SEN, Amartya K. *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Centro de Investigación En Filosofía Y Derecho, 2002. (Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) n. 3). Tradução de Everaldo Lamprea Montealegre, p. 32.

¹⁶⁵ “O direito ao mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia.” (LEIVAS, Paulo Cogo. O Direito Fundamental à Alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89.)

ostentarem a natureza de princípios jurídicos – seguindo-se o que até agora se defendeu –, os direitos fundamentais sociais devem ser levados a efeito na maior medida possível, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas identificáveis no caso particular, eis que representam verdadeiros mandados de otimização.

Exsurge claro, pois, que em um plano ideal o direito à alimentação deveria ser implementado a partir dos contornos estabelecidos pelo mínimo existencial, uma vez que nele se encontra um nível de concretização adequado do direito à alimentação, pelo que se confere aos cidadãos-titulares do direito em tela a possibilidade de viverem dentro dos limites estabelecidos pela dignidade humana. No âmbito do direito fundamental à alimentação isso compreende seja deferido às pessoas o acesso físico e econômico aos alimentos adequados em quantidade e qualidade suficientes a lhes proporcionar uma existência digna e uma vida saudável.

Convém, oportunamente, se reportar aos ensinamentos de Ingo Sarlet quando, ao conceituar a dignidade da pessoa humana, assentou a noção de que ela tem o condão de “garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”¹⁶⁶. Por “vida saudável” – considerando-se a abertura semântica da expressão – o autor em referência se valeu dos parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, que a define como um completo bem-estar físico, mental e social.

No prisma de tudo o que ficou assentado nesta construção científica, não há que se confundir o direito à alimentação delineado dentro dos contornos determinados pelo mínimo existencial com o direito à subsistência. Compreender-se o direito à alimentação como sendo o direito de subsistência, isto é, o direito de estar livre da fome¹⁶⁷, se traduz em uma proposta hermenêutica reducionista do direito fundamental à alimentação, pela qual se restringe o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana.

O direito a não ter fome¹⁶⁸ representa apenas uma das manifestações do direito à alimentação, e, nesta dimensão, o dever de realização material do Estado é indene de

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 70.

¹⁶⁷ “Logo, não obstante em geral seja feita a distinção dos dois direitos humanos, é importante observar que a liberação da fome é uma dimensão do direito humano à alimentação adequada e, como tal, deve ser tratado de sorte a que se alcance não apenas a subsistência, mas a dignidade humana.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, pág. 53.)

¹⁶⁸ “O Comitê considera que o conteúdo essencial do direito à alimentação adequada consiste do seguinte: A disponibilidade do alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitável para uma dada cultura; A acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros direitos humanos. (...) Por necessidades dietéticas entende-se que a dieta, como um todo, deva conter uma mistura de nutrientes necessários para o crescimento físico e mental, desenvolvimento e manutenção, e atividade física, que estejam de acordo com as necessidades

dúvidas¹⁶⁹, de maneira que, apesar da sua ínfima extensão, é preciso considerar a carga de dignidade que ele consubstancia. Tem-se portanto, que o direito à alimentação assim considerado como meio necessário à consecução da subsistência está muito aquém daquilo que se espera da sua realização no volume assegurado pelo mínimo existencial.

A despeito de ser o mínimo existencial relativo, cujo conteúdo está a depender das peculiaridades do caso concreto consideradas pela instrumentalidade do postulado da proporcionalidade, certo é que, como direito a não ter forme, a alimentação sempre se posicionará em um patamar superior, preponderando sobre qualquer outra limitação fática ou jurídica que se verifique na hipótese de fato, eis que deve ser promovida com primazia pelo Estado. Vale lembrar que, não obstante o direito a estar livre da fome conserve um cariz fundamental, ele não revela a melhor expressão jurídica da dignidade humana dentro do direito fundamental à alimentação.

2.7 Âmbito de tutela

Tendo sido explorado o direito à alimentação em uma perspectiva voltada para a sua dimensão prática e, considerando-se que a sua implementação em certa medida está a depender da adoção de políticas públicas por parte do Executivo, em continuidade a esta tarefa exsurge relevante definir os eventuais conteúdos das políticas públicas direcionadas à consecução desse mister, além do que é preciso também estabelecer quem são os sujeitos contemplados pelo âmbito de tutela projetado pela norma constitucional consagradora do direito à alimentação.

fisiológicas humanas em todas as etapas do ciclo de vida, e de acordo com o gênero e a ocupação. É possível que medidas precisem ser tomadas para manter, adaptar ou fortalecer a diversidade dietética e os padrões de consumo e administração dos alimentos, o que inclui a amamentação, ao mesmo tempo em que se assegura que mudanças na disponibilidade e acessibilidade aos alimentos pelo menos não afetem negativamente a composição da dieta e o consumo.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁶⁹ “A efetivação do direito humano a estar livre da forma, então, impõe políticas públicas voltadas à sua realização e que não se limitem ao fornecimento de ‘rações calóricas’ mínimas indispensáveis à sobrevivência, mas, ao contrário, que vislumbrem a possibilidade de respeitar aquele que está sendo liberto da fome enquanto ser humano, propiciando-lhe, além da quantidade de alimentos suficiente, não apenas alimentos saudáveis, seguros e culturalmente adequados, enquanto não for apto a fazê-lo por si, mas que, principalmente, facilitem a realização do direito pelo próprio indivíduo. Só assim a necessidade alimentar estará verdadeiramente atendida.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, pág. 28.)

2.7.1. Objetivo: eventuais conteúdos das políticas públicas

Pelo que se expôs, o dever de realização do direito à alimentação recai sobre o Estado, cuja efetivação será levada a efeito por meio de ações destinadas a respeitar, proteger, facilitar, prover, promover, informar, monitorar, fiscalizar e garantir os mecanismos para a sua exigibilidade, da mesma forma em que também cumpre aos particulares, em uma perspectiva horizontal, diligenciar comportamentos com o escopo de não se admitir atos que impeçam a efetividade do direito à alimentação.

É preciso se ter claro então quais ações objetivamente podem ser levadas a efeito pelo Estado, a fim de que as necessidades que se busca suprir com a alimentação adequada sejam prontamente atendidas, haja vista que o ente estatal se mostra responsável pela implementação deste direito, ainda que no âmbito do seu conteúdo essencial, em vias de se proporcionar a própria subsistência aos seus titulares.

O estabelecimento do âmbito de tutela gerado pelo texto normativo, no que se refere à identificação das possíveis políticas públicas destinadas à realização do direito fundamental à alimentação, está na dependência de se verificar, em princípio, quais são as dificuldades que giram em torno da efetivação deste direito, para tão somente depois se aferir as políticas públicas que efetivamente terão o condão de alguma maneira satisfazer o direito à alimentação.

Nesse sentido, no que diz com os fatores que ensejam a não observância do direito à alimentação, gerando, por conseguinte, uma situação de inadequação alimentar – de ordem quantitativa e qualitativa –, afirma Jean Ziegler (relator especial das Nações Unidas para o direito à alimentação) que:

No estágio atual da sua capacidade de desenvolvimento agrícola, o planeta Terra poderia alimentar tranquilamente doze bilhões de seres humanos, o que equivale ao dobro da população mundial. Conclusão: o massacre diário pela fome não é fruto da fatalidade. Por detrás de cada vítima existe um assassino. A presente ordem econômica universal não é somente criminosa, é também absurda¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Jean Ziegler, relator especial das Nações Unidas para o direito à alimentação, prefaciando a obra coordenada por PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. ix. No mesmo sentido, Flávia Piovesan traz à colação que “A fome não é inevitável e não há segredo em como erradicar a fome no mundo, já que o planeta já produz alimentos suficientes para prover 2100 Kcal diárias por pessoa a 12 bilhões de habitantes (o dobro da população mundial). (PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47.)

Nesses termos, nota-se com efeito, que os problemas alimentares verificáveis em todo o mundo, inclusive no Brasil, derivam não da escassez de alimentos nutricionalmente adequados a manter o organismo humano em funcionamento, mas sim das deficiências imanentes à sua acessibilidade, provenientes da má distribuição dos alimentos, que está diretamente relacionada à má distribuição da renda.

Verifica-se, dessa forma, ser necessária a adoção de políticas públicas destinadas a promover uma melhor distribuição da renda, objetivando-se a consecução sempre progressiva da igualdade substancial, cumprindo, pois, as diretrizes que derivam da justiça social¹⁷¹.

De certa forma, uma das medidas aptas a contribuir para o efetivo acesso econômico aos alimentos está relacionada à adoção de políticas creditícias apropriadas, gerando níveis adequados e sustentáveis de investimentos nacionais produtivos mediante créditos em condições favoráveis e aumentando a capacidade dos recursos humanos¹⁷².

Irio Luiz Conti, em obra coletiva elaborada sob a sua coordenação e de Flávia Piovesan, logo na introdução estabelece algumas medidas estruturais indispensáveis para o estabelecimento de maior equidade e justiça social, a saber: adoção de políticas de estoques e de regulação de preços dos produtos alimentares; a adoção de programas de educação alimentar; a implementação de um plano abrangente de erradicação da fome com uma política alimentar mais efetiva; o redirecionamento do modelo de desenvolvimento para que garanta a emancipação alimentar do povo e a satisfação de suas necessidades humanas em primeiro lugar¹⁷³.

Ainda no que diz com as possíveis políticas públicas elaboradas para se levar a efeito a realização material do direito à alimentação, as Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional, consubstanciam a sugestão na diretriz número dois de que os Estados poderão adotar medidas diretas e imediatas reservadas à implementação do direito à alimentação, dentre elas: investimentos em atividades e projetos produtivos para melhorar os

¹⁷¹ “Fundamentalmente, as raízes do problema da fome e desnutrição não residem na falta de alimento, mas na falta de acesso ao alimento disponível, entre outras razões por causa da pobreza de grandes segmentos da população mundial.” Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.

¹⁷² Diretriz número quatro do catálogo de Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional, disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100815224512.pdf>>. Acesso em junho de 2012.

¹⁷³ PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). Direito Humano à Alimentação Adequada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 6.

meios de subsistência da população afetada pela pobreza e a fome de maneira sustentável¹⁷⁴; o estabelecimento de instituições adequadas, mercados que funcionem, um marco jurídico e normativo favorável; e o acesso ao emprego, aos recursos produtivos e aos serviços apropriados¹⁷⁵.

A esse respeito, o Estado Brasileiro, observando-se também a diretriz número 7 estabelecida pela FAO¹⁷⁶, erigiu um marco jurídico para o direito à alimentação, eis que em 2010 procedeu a sua inserção no texto da Constituição Federal e, antes disso, em 2006, aprovou uma importante espécie normativa infraconstitucional, a Lei 11.346/06, cujas disposições vieram instituir um sistema de segurança alimentar e nutricional, destinado a adotar medidas inclinadas à realização do direito à alimentação.

Em meio a um universo abstrato de políticas governamentais propensas à realização do direito fundamental à alimentação, verifica-se que já se adotou no Brasil diversas políticas públicas com vistas a promover o direito fundamental à alimentação, das quais cumpre destacar: Programa Nacional de Alimentação Escolar (MP 2.178/01); Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação – “Bolsa Escola” (Lei 10.219/01, Decreto 3.823/01 e Decreto 3.934/01); Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à saúde – “Bolsa Alimentação e “Auxílio-Gás”; Programa Nacional de Acesso à Alimentação – Cartão Alimentação, primeiro programa integrante do Fome Zero (MP 2.206/01, Decreto 3.934/01 e Decreto 4.102/02); Gestão do Fundo de Combate à Pobreza (Decreto 4.564/03); Renda básica de cidadania (Lei 10.835/04); Programa Emergencial de Combate aos Efeitos da Seca (Lei 9.896/99); Programa Bolsa-Renda para agricultores familiares atingidos pelos efeitos da estiagem (Lei 10.458/02); Programa Permanente de Combate à Seca (Lei 10.638/03)¹⁷⁷.

¹⁷⁴ A natureza das obrigações legais dos estados parte está estabelecida no artigo 2º do Pacto e foi tratada no comentário geral número 3, de 1990. A obrigação principal é aquela de adotar medidas para que se alcance, de forma progressiva, a total realização do direito à alimentação adequada. Isto impõe a obrigação de que isto seja feito de forma tão rápida quanto possível. Cada Estado fica obrigado a assegurar que todos que estão sob sua jurisdição tenham acesso à quantidade mínima, essencial, de alimento, que seja suficiente, nutricionalmente adequada e segura, para garantir que estejam livres da fome.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁷⁵ Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional, disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100815224512.pdf>>. Acesso em junho de 2012.

¹⁷⁶ “Convida-se os Estados a considerarem, conforme os seus marcos jurídicos e as suas políticas nacionais, a possibilidade de incorporar disposições em seu ordenamento jurídico interno, se necessário com revisão constitucional ou legislativa, com o objetivo de facilitar a realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional.” (Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional, disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100815224512.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁷⁷ BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

Nesse diapasão, decerto também que várias políticas públicas já foram implementadas no Brasil em prol da realização prática do direito à alimentação, inclusive com o apoio da FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura), dentre elas:¹⁷⁸ programa Fome Zero, proposto pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome (MDS); Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, levado a efeito pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA); Programa de Organização Produtiva de Comunidades – PRODUFIR, cuja responsabilidade institucional recaiu sobre Ministério da Integração Nacional; Plano Nacional de Desenvolvimento da Pesca e Agripecuária, desenvolvido pelo Ministério da Pesca e Aquicultura da Presidência da República; Programa Nacional de Alimentação Escolar, proposta pelo Ministério da Educação (MEC) em parceria com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE); Programa de Áreas Degradadas na Amazônia (Pradam), do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e iniciativas regionais e subregionais vinculadas a Sanidade Animal, Proteção Vegetal, Biocombustíveis, Segurança Alimentar.

Consoante já restou evidenciado, o texto constitucional que consagra o direito fundamental à alimentação deve ser compreendido pelo Estado em uma perspectiva objetiva, pois que erige nesse viés uma dimensão axiológica do direito à alimentação, cumprindo ao Estado realizar atividades tendentes a proteger, assegurar e promover o direito à alimentação.

A despeito da eficácia do comando constitucional em análise, exsurge a possibilidade de se ter atos violadores do direito em tela advindos do Estado, em muitos casos, caracterizados por uma omissão inconstitucional. À toda evidência, o poder público, por meio das funções que lhes fazem as vezes, deve buscar promover o direito fundamental à alimentação na maior medida possível, eis que encontra-se assentado em um enunciado que possui a natureza jurídica de princípio, cumprindo-se a sua realização nos limites traçados por outros direitos fundamentais ou pelas circunstâncias fáticas.

Vislumbra-se no entanto, ante a proeminência deste dever estatal, a possibilidade de se ter violações ao direito à alimentação por parte do Estado, as quais restam configuradas nos casos em que se verifica restrições não proporcionais a este direito, como subsiste na situação em que nem ao menos a própria alimentação na dimensão do direito a não ter fome é assegurada às pessoas, dando azo a uma proteção insuficiente¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Informações extraídas do sítio eletrônico da ONU <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/fao/>>. Acesso em junho de 2012.

¹⁷⁹ “As violações do Pacto ocorrem quando um Estado deixa de assegurar a satisfação, pelo menos, do nível mínimo essencial para estar-se livre da fome. Ao determinar que ações ou omissões representam uma violação do direito à alimentação, é importante distinguir-se a inabilidade da falta de vontade, de parte de um Estado,

De toda sorte, a efetivação dos direitos fundamentais sociais e, em particular, do direito fundamental social à alimentação está a depender do estabelecimento de uma sintonia fina entre Sociedade, Estado e o Mercado, a fim de que estas estruturas direcionem suas atuações para um mesmo fim, de modo que o eventual divórcio vislumbrado entre elas não ensejem a adoção de ações contraditórias, incoerentes, que, ao invés de contribuírem para a implementação do direito à alimentação, findem por anular os potenciais efeitos das ações que venham a ser realizadas¹⁸⁰.

2.7.2. Subjetivo: cidadãos protegidos

O viés subjetivo oriundo do âmbito de tutela projetado pelo direito à alimentação impõe sejam reconhecidos os sujeitos titulares deste direito fundamental e, mormente, aqueles que, em razão das circunstâncias fáticas estão merecer uma especial atenção por parte do Estado no que se refere à adoção de medidas potencialmente hábeis à consecução dos fins plasmados nas normas jurídicas.

No que tange à titularidade, revela-se indene de dúvidas o fato de que todos os seres humanos são contemplados pelos direitos fundamentais, não havendo qualquer restrição que tenda a excluir parcela deles da esfera protetiva. Impende considerar, por oportuno, que em

para cumprir a sua obrigação. Alegando um Estado que a carência de recursos torna impossível prover o acesso ao alimento daqueles que são incapazes, por si mesmos, de assegurar tal acesso, terá ele de demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos a seu dispor, para satisfazer, em termos de prioridade, esta parte mínima de sua obrigação. Isto decorre do artigo 2.1 do Pacto, que obriga o Estado participante a tomar as medidas necessárias utilizando o máximo dos recursos disponíveis, como foi apontado previamente pelo Comitê no Comentário Geral No. 3, parágrafo 10. Um Estado que alegue estar sendo incapaz de cumprir sua obrigação, por razões além de seu controle, tem, portanto o ônus de provar que isto é verdade e que procurou, sem sucesso, obter ajuda internacional para garantir a disponibilidade e acessibilidade ao alimento necessário.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.) Flávia Piovesan in (Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31), faz consignar que: “A violação ao direito à alimentação pode ocorrer em decorrência da ação direta do Estado ou de outras entidades insuficientemente reguladas pelo Estado. Isso inclui: suspensão ou revogação formal de legislação necessária para a satisfação do direito à alimentação; negativa do acesso à alimentação de determinadas pessoas ou grupos, baseada em discriminação; impedimento de acesso a auxílio humanitário em situações de conflito interno ou emergência; adoção de legislação ou políticas que sejam manifestamente incompatíveis com as obrigações já existentes sobre direito à alimentação; e falha na regulação de atividades de indivíduos ou grupos como forma de evitar violações ao direito à alimentação de outros; falha do Estado de acompanhar suas obrigações internacionais referentes ao tema acordadas com outros Estados ou com organizações internacionais.”

¹⁸⁰ Irio Luiz Conti aborda esta questão na introdução da seguinte obra coletiva: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

razão de os direitos fundamentais se encontrarem consagrados no plano do direito interno, aqueles que se encontrarem no interior do território nacional – sejam nacionais ou estrangeiros – são alcançados pela proteção normativa oferecida pelo texto que consagra a alimentação como direito fundamental. Desta feita, em um plano ideal todos os seres humanos devem ser abrangidos pela rede de proteção que deriva do texto legal veiculador do direito fundamental à alimentação, de maneira que todas as ações estatais direcionadas a satisfazê-lo devem ser tomadas em consideração no prisma da coletividade.

Já no que diz respeito às políticas públicas, urge perceber em princípio que todos os cidadão são potencialmente destinatários das ações governamentais perpetradas com o propósito de se efetivar o direito fundamental à alimentação. Não obstante, necessário se faz observar que, por ser ele indubitavelmente um direito social, a proteção que decorre da norma que o consagra deve alcançar aqueles que, em verdade, não possuem condições instrumentais para realizá-lo em seu próprio benefício, ou de sua família¹⁸¹.

Reflexivamente, tem-se que aqueles cidadãos cuja necessidade de prestações de natureza alimentar inexiste – ou de prestações que de forma indireta viabilizem uma alimentação nutricionalmente adequada – estarão afastados, em tese, do âmbito de proteção proveniente do texto constitucional em relação ao dever de prover e facilitar o acesso aos alimentos. Cumpre jamais se olvidar que o fim essencial dos direitos sociais consiste na promoção da igualdade substancial, de modo a que todos os cidadãos conquistem níveis idênticos ou no mínimo semelhantes de prestações materiais¹⁸².

Por assim ser, não se admitem discriminações em relação à efetivação do direito fundamental à alimentação por razões de raça, sexo, cor, idade, religião e opinião política¹⁸³, a

¹⁸¹ “En el caso especial del utilitarismo, el valor moral del suministro de alimentación a una persona depende de la utilidad marginal que ésta derive de tal suministro.” (SEN, Amartya K. *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Centro de Investigación En Filosofía Y Derecho, 2002. (Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) n. 3). Tradução de Everaldo Lamprea Montealegre, p. 28.) “Aplica-se a todos, desta forma, a referência no artigo 11.1 a ‘si mesmo e sua família’ não implica em qualquer limitação para a aplicação deste direito a indivíduos ou famílias chefiadas por mulheres.” Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.

¹⁸² “No tocante à eficácia do direito à alimentação, cumpre salientar que a sua intensidade normativa verifica-se de modo contundente nas situações de extrema pobreza e vulnerabilidade social, o que ocorre, por exemplo, em situações de subnutrição infantil, ainda hoje verificada em várias regiões do País.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 586.) “Os Estados Partes deveriam estabelecer e manter, na medida em que seus recursos assim o permitirem, redes de segurança ou outros mecanismos de assistência para proteger aqueles que não podem se manter por si próprios.” (Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nacional, disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100815224512.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

¹⁸³ “Além do mais, qualquer discriminação no acesso ao alimento, bem como aos meios e intitulações para sua

menos que a distinção perpetrada no campo prático seja destinada à consecução da igualdade substancial. Afinal, não são raras as vezes em que o Estado promove uma ação disigualadora em busca da consecução da igualdade material; aqui se justifica, pois, a possibilidade de as políticas públicas destinadas à implementação do direito em voga e, em última análise, visem a promoção de um mesmo nível de igualdade, sejam direcionadas à determinada parcela da população.

Saliente-se, ademais, que o direito à alimentação será promovido em relação a toda a população – sem restrições – nas situações em que se adotar ações estatais voltadas para a concretização do dever de informar, fiscalizar, respeitar, proteger e monitorar. Ao se adotar políticas que se pautem por essas diretrizes não se pretende, pela via direta, munir os cidadãos com alimentos adequados a amparar a sua subsistência, nem viabilizar o acesso econômico aos alimentos, ao revés, elas atuam no sentido de se conferir qualidade aos alimentos, de modo a promover a segurança alimentar a todos os seres humanos.

3 – A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Mais importante do que a previsão dos direitos fundamentais em textos normativos é a sua efetiva percepção por seus titulares a partir da sua ampla realização concreta. O atual quadrante da construção histórica dos direitos humanos fundamentais está a reclamar a plena realização material desses direitos, de tal modo a que eles deixem de ser meros ornamentos de declarações de direitos e das Constituições e, sejam, com efeito, fruídos por seus titulares.

O dever de realização dos direitos fundamentais recai sobre o poder público, bem assim sobre os particulares, de sorte que, num primeiro momento, cumpre a ambos respeitar a esfera de proteção erigida pelos direitos fundamentais, não se admitindo impedimentos a que os cidadãos possam efetivamente fruir das garantias que deles decorrem.

Por sua vez, a plena realização de alguns direitos fundamentais está na dependência de uma atuação positiva do Estado, de maneira que o mero não fazer, a sua abstenção

obtenção, com base em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, nacionalidade, propriedade, nascimento ou qualquer outra condição social, com o objetivo ou resultado de anular ou prejudicar a fruição ou exercício equitativo dos direitos econômicos, sociais e culturais, constitui uma violação do Pacto.” (Comentário Geral número 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em junho de 2012.)

concretizadora, não revela-se suficiente para a efetivação desses direitos. Vislumbra-se esta dinâmica com mais evidência¹⁸⁴ em relação aos direitos fundamentais sociais, classificados, conforme já exarado, como direitos a prestações em sentido estrito.

Nessa medida, vale dizer que a ingerência estatal nesta seara subsiste por intermédio dos poderes políticos (Legislativo e Executivo), porquanto a efetivação dos direitos sociais implica a necessidade de se empregar recursos econômicos, o qual se perfaz a partir da atuação do Executivo por meio da adoção de políticas públicas. Os órgãos do Legislativo contribuem para a tarefa de efetivação dos direitos sociais uma vez que oferecem o devido suporte orçamentário – dotação orçamentária – às ações levadas a efeito pelo Executivo.

Tendo em vista toda a dinâmica apresentada, resgatando alguns pontos já explorados neste trabalho, cumpre perscrutar sobre a possibilidade de o Judiciário interferir nesta seara, de modo a concorrer com as demais funções estatais na efetivação dos direitos sociais a prestações, ou, quiçá, se sobrepor às essa funções políticas. É preciso, pois, investigar se o Judiciário possui legitimidade institucional para tanto, e, em caso positivo, em que níveis e limites a atuação judicante deve subsistir.

3.1 Teoria da Separação dos Poderes

Entender o modo como as funções estatais se relacionam revela-se essencial à compreensão da organização do Estado, bem como do papel institucional de cada uma dessas funções na tarefa de se efetivar os direitos fundamentais. Trata-se de temática complexa, eis que não é tarefa simples identificar os limites e os contornos de atuação de cada uma das

¹⁸⁴ Cumpre esclarecer que não apenas os direitos sociais, de segunda dimensão, necessitam de uma postura positiva por parte do Estado inclinada para a sua efetivação. Ao revés, a realização material de diversos direitos de primeira dimensão – direitos civis e políticos – também não prescindem da ingerência positiva do Estado, o que resta bem claro, por exemplo, em relação ao aparato de segurança instituído pelo Estado com vistas a assegurar o direito de liberdade. Nesse diapasão disserta Flávia Piovesan: “Cabe ainda realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos, não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.” (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irlo Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29)

funções do Estado. Talvez seja por isso que, não raras as vezes, verifica-se nichos de tensão entre os órgãos encarregados de realizá-las.

Para tanto, é preciso se reportar à teoria da separação harmônica dos poderes, compreendendo-a numa perspectiva histórico-evolutiva, de vez que ela figura como cortina de fundo na organização estrutural dos Estados Constitucionais contemporâneos, estabelecendo as diretrizes que orientam o relacionamento entre as funções estatais, as quais são desempenhadas por diferentes organismos institucionais.

A doutrina da “separação dos poderes” não é recente. Ao revés, seu nascedouro remonta a Aristóteles que, já na Antiguidade Grega, sustentava que as atividades do ente estatal se classificavam em três funções do Estado, sendo atividades de natureza legislativa, jurisdicional e executiva. Não obstante o maior expoente da teoria em voga seja Montesquieu, pensador que lhe outorgou notoriedade, é preciso dizer que a sua ideia matriz foi delineada por Aristóteles, na medida em que identificou a existência de três funções estatais distintas. Indiscutível é o seu importante contributo para o desenvolvimento da teoria da separação harmônica dos poderes, tendo *simplesmente* identificado as funções sobre as quais os Estados assentam sua estrutura.

O pensador Grego, contudo, em sua obra *Política*, alimentava a ideia de que as funções estatais se concentravam em um único núcleo de poder, isto é, na pessoa do soberano. Em outros termos, um único ente estatal se incumbia de realizar a atividade legislativa, a atividade de aplicação das leis às situações concretas, bem assim a de julgar os eventuais conflitos de interesses que decorressem da aplicação das espécies normativas gerais e abstratas às hipóteses de fato. Uma frase bastante representativa dessa compreensão foi dita certa feita por Luís XIV, nos seguintes termos: “*O Estado sou eu.*”

Com efeito, a concentração das funções estatais nas mãos de apenas um órgão certamente ensejaria arbitrariedades de toda sorte, afinal, aquele que detém o poder e não encontra limites no seu exercício, tende dele abusar¹⁸⁵. Assim, inspirado pelo movimento iluminista, época primorosa no que diz com o desenvolvimento do conhecimento humano, Montesquieu publica sua obra *Do Espírito das Leis*, trazendo um relevante subsídio à teoria da separação dos poderes. Partindo das ilações de Aristóteles, de que a atuação do Estado seria de três ordens, o nobre francês difundiu a noção segundo a qual as funções estatais

¹⁸⁵ “O publicista inglês (John Locke) ainda não se capacitara daquele princípio sábio da experiência universal, referido por Montesquieu, segundo o qual todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 2011, p. 47.)

deveriam ser levadas a efeito por diferentes órgãos estatais, de maneira que, a cada um, caberia o desempenho de uma função. Nesse sentido, percebe-se uma nítida separação entre as três funções do Estado, marcada por uma rigidez tal que não se permitia aos órgãos do Estado o exercício de determinada função que não lhe fosse inerente¹⁸⁶.

O contributo dos dois pensadores em voga à teoria da separação dos poderes é indene de dúvidas, na medida em que seus estudos remontaram a duas ideias básicas à organização do Estado, a saber: identificação de três funções estatais e a percepção de que essas funções deveriam ser desempenhadas por diferentes órgãos do Estado. No entanto, faz-se necessário compreender que, a despeito desta teoria ser observada pela maior parte dos Estados modernos, ela terminou por se conformar à realidade em um nítido acompanhamento da evolução social, de modo que prevalece nos dias de hoje a noção de que as três funções estatais são passíveis de serem levadas a efeito por todos os órgãos componentes da estrutura do Estado¹⁸⁷.

Por certo, verifica-se atualmente uma nítida confluência entre os “poderes” do Estado, de maneira que identifica-se a existência de funções típicas (principais, nominadas) e funções atípicas (secundárias, acessórias). Cumpre constatar, pois, que os aparelhos estatais desempenham funções que lhes são imanentes (típicas) e, de forma subsidiária, levam a efeito atividades próprias de outros organismos do Estado, isto é, funções atípicas. Assim, Legislativo, Executivo e Judiciário, no âmbito do sistema jurídico brasileiro realizam funções que se alinham à sua própria natureza, bem assim exercem, extraordinariamente, atividades inerentes a outras funções.

¹⁸⁶ “Já a doutrina de Montesquieu, inspirada por um sentimento radical de reação ao absolutismo, não podia condescender com as formas mitigadas de limitação do poder, como, por exemplo, a monarquia constitucional dos Estados europeus no período imediatamente posterior às guerras napoleônicas, os quais derrotaram um constitucionalismo bastante tímido e moderado, em que prevaleciam ainda princípios de autoridade, tradição e passado. (...) Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da separação dos poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 2011, p. 49.)

¹⁸⁷ A esse respeito, disserta José Joaquim Gomes Canotilho sobre os diferentes perspectivas de compreensão da teoria da separação harmônica dos poderes: “O princípio da separação e interdependência é um princípio estrutural-conformador do domínio político, sendo importante descortinar os vários níveis em que a separação e interdependência se pode situar: (1) no plano funcional, interessa identificar as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução; (2) no plano institucional, a separação de poderes incide especialmente sobre os órgãos constitucionais, como, por ex., o Parlamento, o Governo e os tribunais; (3) a nível sociocultural, interessa articular o poder ou poderes do Estado com as estruturas sociais (grupos, classes, partidos). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 556)

Basta pensar, à guisa de exemplificação, que ao Executivo cumpre, além de gerir a coisa pública e desempenhar tarefas concernentes à administração pública, legislar, o que faz por meio de medidas provisórias e leis delegadas, bem como proferir julgamentos em sede de processos administrativos.

Por seu turno, além de solucionar os eventuais conflitos de interesses levados até o seu conhecimento, ao Judiciário cabe a função de legislar, à vista da competência que dispõem os Tribunais para elaborarem os seus regimentos internos, além do que os órgãos integrantes da sua estrutura deverão prover os seus cargos mediante concurso público e, até mesmo, realizar licitação para adquirir suprimentos de escritório.

Se não bastasse, o Legislativo, da mesma forma, também exerce funções típicas e atípicas. Essas últimas são verificadas quando a esta esfera do poder estatal – Senado Federal – a Constituição Federal confere a atribuição para julgar o Presidente da República pela prática de crimes de responsabilidade. Não se olvide também que os órgãos do Legislativo desempenham funções inerentes ao Executivo, eis que devem proceder à realização de concurso público para prover os seus cargos, bem como levar a efeito procedimento licitatório para adquirir bens de qualquer natureza.

Nesta senda, a conclusão a que invariavelmente se chega conduz à compreensão de que a teoria da separação dos poderes é concebida atualmente em um viés não estanque, de maneira que a divisão das funções do Estado não representa, necessariamente, que elas deverão ser desincumbidas, de forma absoluta, por determinados órgãos do Estado. O que se tem nos dias de hoje é uma verdadeira interpenetração entre referidas funções, porquanto a todos os aparelhos do Estado é dado o exercício de todas as funções¹⁸⁸.

Aproximando a questão em tela à temática versada neste capítulo, há que se dizer que, em função de o poder estatal ser uno e, além disso, inexistir uma divisão estanque entre as funções do Estado, não há óbice, em princípio, a que o Judiciário interfira no âmbito de efetivação do direito fundamental social à alimentação. A despeito de ser um cenário de atuação prioritária dos poderes políticos, a perspectiva pró efetivação dos direitos fundamentais autoriza, como será demonstrado adiante, a interferência do Judiciário.

¹⁸⁸ Relevante é a reflexão proposta por Canotilho em torno dessa questão. “Embora se defende a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 559)

3.2 Legitimidade da ingerência do Poder Judiciário na efetivação do direito à alimentação

Os direitos fundamentais sociais a prestações originários (diretamente extraídos da Constituição), ostentam uma feição objetiva ou subjetiva, por meio das quais impõe-se um dever de conformação aos poderes públicos – sobretudo ao legislativo –, ou, alternativamente, gerando pretensões subjetivas a cargo do Estado e de outras entidades público-estatais. Nesta senda, na sua perspectiva objetiva, os direitos sociais originários vinculam os poderes públicos em função do seu caráter normativo, ao passo em que sob a dimensão subjetiva, os direitos em voga conferem posições subjetivas fundamentais aos cidadãos, concedendo-lhes a possibilidade de deduzir suas pretensões em juízo, pleiteando a promoção da prestação positiva reclamada¹⁸⁹.

Em princípio, com o fito de traçar rigorosamente as balizas científicas deste estudo, é preciso tornar compreensível a questão relativa à dimensão do direito fundamental à alimentação objeto de análise neste capítulo. É prudente, pois, dizer que este estudo recai sobre a dimensão subjetiva do direito à alimentação, aquela apta a fundamentar uma pretensão de exigibilidade subjetiva¹⁹⁰ (ou coletiva) na efetivação do direito à alimentação.

¹⁸⁹ “Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional. Enquanto tais, eles devem ser distinguidos, de um lado, dos direitos subjetivos que não tenham nível constitucional e, de outro, dos direitos de nível constitucional que não outorguem direitos subjetivos e que, nesse sentido, podem ser denominados como ‘objetivos’. (...) As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica ‘direitos fundamentais sociais’ são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, elas podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes – neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como ‘vinculante’ se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres definitivos ou prima facie, isto é, regras ou princípios.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 445 e 501.)

¹⁹⁰ Nesse sentido, evidenciando o caráter subjetivo dos direitos sociais, convém trasladar parte de um julgado da lavra do então Ministro do STF Maurício Corrêa, acerca do direito à saúde, mas cuja observância também pode subsistir em relação ao direito à alimentação. “Ora, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas pela norma do art. 196 da Carta da República. Portanto, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional.” Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. LEI ESTADUAL 9.908/93. ACORDO FIRMADO ENTRE O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE NA COMISSÃO INTERGESTORES BIBARTITE. INOBSEVÂNCIA DAS CLÁUSULAS PACTUADAS ENTRE AS PARTES. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. 1. Programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores do vírus HIV. Lei 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamentou o preceito do art. 196 da Constituição Federal. Constitucionalidade. Precedentes. 2. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre. Exame das cláusulas pactuadas entre os entes Públicos no que concerne à reserva de atribuições para a operacionalização dos serviços de saúde. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da

A ingerência jurisdicional com vistas a efetivar os direitos sociais extraídos originariamente da Constituição é concebida com reservas, eis que os enunciados normativos consagradores desses direitos se circunscrevem a estabelecer o caráter fundamental que os caracteriza e, não pormenorizam as formas pelas quais o direito social poderá ser levado a efeito, galgando a sua concretização no plano da realidade.

Contudo, em relação ao direito fundamental à alimentação em particular, a sua previsão originária, por si só, já não mais representa um óbice à sua plena realização fática. Vale lembrar nesse sentido que no ano de 2006 o legislador infraconstitucional erigiu um importante marco legislativo no que diz com o direito à alimentação – Lei 11.346/06, esmiuçando-o satisfatoriamente para inclusive prever que compete ao Estado garantir os mecanismos para a sua pronta exigibilidade.

Ademais, o direito à alimentação encontra amparo normativo em diversos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, dentre eles e principalmente o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Dessa forma, é correto dizer que o direito à alimentação já está agregado ao ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da publicação da Lei 11.346/06 ou da Emenda Constitucional n. 64/2010, pelo que, a partir da abertura normativa assentada no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, os tratados possuíam a época natureza legal infraconstitucional e, nos dias de hoje, segundo o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, ostentam natureza supralegal.

Convém esclarecer que, mesmo que o direito à alimentação se encontrasse previsto apenas na Constituição Federal, como se observa em seu art. 6º, *caput*, certo é que seria possível pleitear a sua realização material perante os órgãos do Judiciário, porquanto os enunciados constitucionais ostentam força normativa. Assim, conforme será demonstrado ao longo deste capítulo, verificar-se-á a viabilidade de se efetivar o direito à alimentação tanto quando subsistir de forma derivada, com espeque na legislação infraconstitucional, como

separação de poderes. Inexistência. Hipótese em que foram observados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da população na área da saúde, o que é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário. Agravo Regimental não provido.” (STF: AGRG no RE n. 259.508-0 – Rio Grande do Sul, Rel. Min. Maurício Corrêa, D.J. 16/02/2001) Da mesma forma, o Min. Marco Aurélio se posiciona sobre essa questão: “SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.” (STF: AGRAG 238.328, D.J. 18/02/2000)

também a partir de uma perspectiva originária, caso em que a exigência se funda unicamente no comando constitucional¹⁹¹.

A proeminência que ostenta o Poder Judiciário no âmbito de efetivação do direito fundamental social à alimentação, por óbvio, conduz a algumas inconveniências à vista que a realização do direito em tela cabe, em primeira linha, aos poderes políticos (Executivo e Legislativo), o que pode acabar gerando uma instabilidade institucional¹⁹².

No entanto, considerando que “os direitos fundamentais sociais compreendem ‘deveres objectivos’, dirigidos ao legislador e ao poder executivo, de criação dos pressupostos reais do exercício dessa liberdade”¹⁹³, sem preterir, contudo, a dimensão subjetiva desses direitos – objeto desse trabalho –, bem assim tomando-se em consideração que o constitucionalismo sofreu uma evolução, passando a admitir o controle da atividade público-estatal pelo Judiciário, certo é que a participação do órgão jurisdicional no âmbito de efetivação dos direitos fundamentais revela-se justificada.

Ademais, a natureza aberta e fluída das normas que consagram direitos sociais a prestações – o que coloca em evidência a sua natureza predominantemente principiológica – dá ensejo à maior atuação do Poder Judiciário nesse cenário em função da necessidade de se interpretar e aplicar os enunciados normativos que os veiculam, promovendo a sua adequação às situações concretas e integralizando, com tal proceder, o espaço normativo deixado pelo poder constituinte¹⁹⁴. Verifica-se dessa forma que, reflexamente às transformações

¹⁹¹ “A literatura jurídica tem vindo a distinguir, no quadro dos direitos fundamentais sociais, os chamados ‘direitos originários a prestações’ (*originäre Teilhaberechte* ou *originäre Leistungsanprüche*) dos chamados ‘direitos derivados a prestações’ (*derivative Teilhaberechte*). Os primeiros decorrem de pretensões que se fundam directamente na Constituição. Os segundos encontram-se numa relação de dependência, em termos de conteúdo e dimensão, de acções estaduais ou procedimentos participativos a partir do seu fundamento na Constituição.” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 40/41.)

¹⁹² “Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 10.)

¹⁹³ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. p. 16.

¹⁹⁴ “E a questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que, pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios – principal matéria prima da constitucionalização do Direito – o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas. Daí porque, o debate sobre a constitucionalização do Direito se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e o decisionismo, referidas acima.” (SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=%22neoconstitucionalismo%20no%20brasil%3A%20riscos%20e%20possibilidades%22&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoesubjetividade.files.wordpress.com%2F2010%2F08%2Fdaniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no>>)

sobrevidas com a pós-modernidade já delineadas alhures, o órgão jurisdicional tende a conservar maior relevância ante às demais funções estatais. Isso se deve a vários fatores, dentre eles e principalmente, pelo fato de que a Constituição ostenta caráter normativo, e isso significa que os seus preceitos devem ser cumpridos, e, além disso, ante a situação de que compete ao Judiciário em última instância interpretar os dispositivos constitucionais¹⁹⁵.

Consigna-se que essa concentração de poder sobre o Judiciário consiste em um marco do Estado Constitucional Social Democrático de Direito, em contraposição ao que vigorava no âmbito do Estado Liberal, pois que neste momento o Legislativo ocupava posição de destaque em relação às demais funções do Estado. Estava-se diante do primado da lei, objetivamente considerada.

Desse modo, resta claro que o Poder Judiciário, no exercício da sua função típica e se valendo de recursos hermenêuticos, dispõe de plenas condições para concretizar as normas constitucionais, sobretudo aquelas que consagram direitos fundamentais, dotando-as de sentido social para lhes atribuir plena eficácia jurídico-normativa.

No que concerne à justiciabilidade dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais – entendida como a possibilidade de exigir-lhos pela via jurisdicional –, convém evidenciar preliminarmente o aspecto normativo que reveste esses direitos, decorrente da própria força normativa conferida à Constituição. Denota-se evidente, portanto, a necessidade de se cumprir os preceitos lastreados no texto constitucional, mormente os que consagram direitos de natureza fundamental.

Vale dizer, que a efetivação do direito social à alimentação assume especial relevo, na medida em que, na esteira do que já se abordou, demanda uma atuação positiva do Poder Público, com vistas a atingir os fins consagrados na Lei Fundamental, o que acaba recaindo sobre o Legislativo e o Executivo devido à dimensão econômica que envolve a efetivação do direito em questão.

Ademais, em razão da indeterminabilidade normativa subjacente aos meios para se alcançar os fins que lhes são imanentes, os direitos sociais prestacionais, geralmente, não

brasil1.doc&ei=daAUT4jVIZL4ggeEq9jAAw&usg=AFQjCNG7q_15uMd_Y9HfeimBGxxr9F8SuQ&sig2=IV9Re2xCT9d-20cBn2XpQ. Acesso em 10.01.2012. p. 18.)

¹⁹⁵ “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2010, p. 284/285.)

prescindem de concretização legislativa. Entremes, não se pode perder de vista que os direitos sociais, inquestionavelmente, são espécies de direitos fundamentais, razão pela qual as normas que os veiculam, a teor do que dispõe o enunciado normativo estampado no artigo 5º, §1º, da Constituição da República, possuem aplicabilidade e eficácia imediata. Nesse sentido, valendo-se ainda dos ensinamentos do constitucionalista Ingo Sarlet, os direitos sociais positivos, dentre os quais se insere o direito à alimentação, assumem um caráter de autênticos direitos subjetivos prestacionais, ou, em outros termos, são passíveis de serem exigidos dos órgãos estatais na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental. Complementando a noção ora exarada, deve-se admitir, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso aos preceitos imprecisos e fluidos, a aplicação da norma constitucional diretamente, sem intermediação legislativa, porquanto, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição¹⁹⁶.

A questão concernente à legitimidade do Poder Judiciário para concretizar o direito social à alimentação gira em torno da especial relevância econômica inerente à efetivação desse direito, eis que somente pode se levado ao auge mediante a existência de disponibilidade orçamentária. É por essa razão que a implementação do direito em tela, num primeiro plano, está condicionada à decisão do Legislativo sobre a aplicação dos recursos públicos, ou seja, a direta implicação orçamentária afeta à efetivação dos direitos sociais erige a dúvida sobre a legitimidade da intervenção jurisdicional nessa seara¹⁹⁷.

Certo é, portanto, que a ingerência do Judiciário na efetivação do direito social à alimentação (prestacional) deve observar alguns parâmetros, de modo que os princípios da separação de poderes e o democrático não sejam vilipendiados, deslegitimando, assim, a

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 306.

¹⁹⁷ “Ora, é aqui que intervêm os ‘argumentos de ordem financeira’ (ou ‘orçamental’), isto é, o argumento da ‘competência do legislador’. Atribuir à competência material dos tribunais decisões sobre política econômica, social ou cultural, e fazer com que os tribunais por estas respondam, viola não apenas o princípio ‘democrático’ como o princípio da ‘separação de funções’. Essas competências, sublinham, pertencem aos órgãos politicamente conformadores e, entre estes, em primeira linha, ao legislador. Contudo, se combinarmos o conjunto destes argumentos com o reconhecimento de um ‘direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade’, consagrado entre nós no artigo 26º/1 da Constituição, cabe legitimamente perguntar: que meios concretos exige a realização da liberdade? Quais os limites da ‘possibilidade’ e ‘adequação’? Concretamente, poderá garantir-se a um pintor um atelier ou apenas pincéis, tela ou cores? Todas essas questões, bem vistas as coisas, só podem ser respondidas no âmbito de decisões políticas. Como sublinham Böckenförde e Hesse: a decisão sobre os direitos fundamentais sociais não se apresenta como uma questão da competência dos tribunais e do poder judicial, mas essencialmente dos órgãos politicamente conformadores.” (Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 38.) “De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.” (BOVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 565.)

relevante e necessária atuação do órgão jurisdicional no âmbito de realização prática deste direito fundamental social.

O primeiro parâmetro circunscreve-se à possibilidade de se exigir judicialmente a efetivação do direito à alimentação na extensão exata da proteção erigida pelo seu mínimo existencial¹⁹⁸. Não há como estabelecer, em termos gerais, quais os contornos do direito fundamental à alimentação na dimensão do seu mínimo existencial que deve ser assegurado a toda pessoa, mas, por outro lado, há que se reconhecer a qualidade de autêntico direito subjetivo que ele assume, em virtude da estreita relação mantida com o princípio da dignidade da pessoa humana.

À guisa de exemplo, admite-se a justiciabilidade do direito à alimentação, por observar a extensão do mínimo existencial, na hipótese em que o ser humano deixar de ser titular de bens passíveis de troca por alimentos adequados¹⁹⁹.

Assim, em que pese a primazia do órgão legislativo na concretização do direito à alimentação, decorrente da sua liberdade de deliberação normativa neste contexto, a efetivação dos direitos sociais tomados na extensão do mínimo existencial exsurge como um limite à liberdade de conformação legislativa²⁰⁰.

Alinhando-se com os ensinamentos propugnados por Canotilho, Luís Roberto Barroso²⁰¹ enfatiza que a atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais a prestações

¹⁹⁸“Por fim, um direito subjetivo definitivo vinculante é o direito a um mínimo existencial.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 18.)

¹⁹⁹ É evidente, no entanto, que, nas ocasiões em que o ser humano deixa de ser titular de bens passíveis de troca, direta ou indiretamente, por alimentos adequados, ou em outras ocasiões nas quais as trocas passam a ser impossíveis por circunstâncias naturais ou sociais, o acesso ao alimento se dará, emergencialmente, através do provimento estatal.” (BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.)

²⁰⁰ “Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 348). “Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 512.)

²⁰¹ Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

seria legítima na hipótese de omissão dos Poderes Públicos, nos casos de ações contrárias à Constituição, ou, então, de não atendimento do mínimo existencial²⁰².

Cláudio Pereira de Souza Neto²⁰³, em importante trabalho sobre a temática, estabeleceu alguns contornos para a ingerência do Poder Judiciário nesta dimensão a fim de que o princípio da separação de poderes e o democrático não sejam de todo violados, dentre eles, os mais relevantes: possibilidade de universalização da prestação imposta pela tutela jurisdicional; ampliação do diálogo institucional entre os Poderes instituídos; considerar as políticas públicas então existentes; priorizar as ações coletivas²⁰⁴, entre outros.

Tendo em vista a própria natureza dos direitos sociais, cuja essência se apoia na promoção da igualdade substantiva, afigura-se razoável a universalização da prestação material pleiteada junto ao Poder Judiciário individualmente, de modo que todas as pessoas, ou, pelo menos, as que estejam na mesma situação fática, usufruam do benefício prestacional concedido. Por outro lado, também revela-se necessário que a atuação jurisdicional no âmbito de efetivação dos direitos sociais observe o princípio da separação dos poderes, a fim de que não se dê ensejo a uma usurpação de funções públicas, pois que, em um plano ideal, os direitos sociais a prestações devem ser efetivados mediante a adoção de políticas públicas, a partir da aprovação orçamentária realizada pelo órgão legislativo. De todo modo, deve-se conferir maior relevância à máxima da efetivação dos direitos fundamentais sociais nessa pauta argumentativa e em uma eventual ponderação de valores que se realize nessa seara, uma vez que os direitos sociais estão, em grande medida, positivados na Constituição Federal e se fundamentam, em última análise, no princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁰² “No tocante à eficácia do direito à alimentação, cumpre salientar que a sua intensidade normativa verifica-se de modo contundente nas situações de extrema pobreza e vulnerabilidade social, o que ocorre, por exemplo, em situações de subnutrição infantil, ainda hoje verificada em várias regiões do País. Como referido anteriormente, é a dignidade e a vida de tais indivíduos que se encontram em situação de violação, dado ser a alimentação adequada elementar a tais direitos. Por tal razão, cabível o controle judicial de políticas públicas voltadas a assegurar aos indivíduos e grupos sociais vulneráveis o acesso à alimentação adequada.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 586.)

²⁰³ *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 51 5-552.

²⁰⁴ “Há, portanto, um direito fundamental à alimentação que deve ser realizado pelo Estado por meio de medidas adequadas e necessárias. Em caso de ausência ou ineficácia destas medidas, surgem direitos subjetivos públicos à alimentação a serem veiculados, preferencialmente, por meio de ações judiciais coletivas com vista a resguardar a universalidade e uma proteção igualitária a todas as pessoas necessitadas.” (LEIVAS, Paulo Cogo. *O Direito Fundamental à Alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 91/92.)

Frise-se, portanto, que a participação do órgão jurisdicional deve ser racional, pautando-se pela finalidade essencial dos direitos sociais, qual seja, a promoção da igualdade substantiva (real). Assim, não se pode admitir que a intermediação jurisdicional na efetivação do direito social à alimentação resulte no agravamento das desigualdades, que cause desordem na atuação administrativa, ou, até, subverta o padrão organizacional das funções públicas consagrado na lei fundamental.

Nesse ambiente, considerando a pauta argumentativa permeada no debate teórico acima delineado, inclina-se para reconhecer a legitimidade da participação do Poder Judiciário no processo de garantia dos direitos sociais, especialmente do direito à alimentação, mormente pelo fato de que as bases dos direitos em tela radicam-se no axioma da dignidade da pessoa humana.

Há que se entender, portanto, diante das diretrizes norteadoras deste estudo, que a justiciabilidade do direito à alimentação, entendida como a possibilidade de exigí-lo pela via jurisdicional, é plenamente admitida no âmbito do mínimo existencial. O poder público está autorizado a efetivar os direitos sociais a partir das três funções estatais, não obstante esteja claro que os direitos sociais devam ser materializados, num primeiro momento, pelos poderes políticos, tendo em vista a sua inequívoca conotação econômica. Assim, a ação do Judiciário encontra-se restrita à realização do direito fundamental à alimentação no âmbito do mínimo existencial ou do seu conteúdo essencial, e, ainda sim, é preciso que se tome em consideração a possibilidade de se coletivizar a prestação social determinada.

Insta perceber que a tônica dos direitos sociais reside na promoção da igualdade substancial, real ou material. Desse modo, a possibilidade de universalização da prestação determinada pelo Judiciário a partir do enfoque subjetivo do direito à alimentação se apresenta como critério absolutamente razoável, sobretudo ao se considerar que uma decisão alocativa de recursos públicos é, por sua natureza, também desalocativa, o que conduz à compreensão de que a decisão judicial de caráter individual importará consequentemente na redução dos recursos destinados à proteção do direito social em voga à toda a coletividade. Identifica-se, nesse prisma, a possibilidade de decisões casuísticas prolatadas pelo Judiciário no âmbito da efetivação do direito à alimentação e, dos direitos sociais como um todo, que termine por violar a isonomia, assegurada diretamente no art. 5º da Constituição Federal.

Portanto, sob a perspectiva lógica, a prestação social individual determinada pelo Judiciário somente se afigura razoável e proporcional na hipótese em que for possível a sua extensão aos cidadãos que se encontram na mesma situação.

Sabe-se que a efetivação dos direitos fundamentais sociais guarda uma peculiaridade que, em verdade, constitui a nota distintiva destes direitos, qual seja, o nítido caráter econômico que lhes é imanente, porquanto demanda a adoção de prestações positivas por parte do poder público à sua concretização e, isso, por óbvio, envolve custos.

Decerto, pois, que a efetivação do direito à alimentação – qualificado como de segunda dimensão – está a cargo dos órgãos incumbidos de levar a efeito as funções legislativa e executiva. Convém ter-se claro que as tarefas atinentes à realização material por intermédio de políticas públicas está a depender da preeminente dotação orçamentária cuja providência recai sobre o legislativo.

Assim sendo, de maneira geral, ao Judiciário cumpre o dever de “*apenas reconhecer a intangibilidade do mínimo existencial e determinar aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis*”²⁰⁵.

Ante a inexistência de recursos necessários à efetivação do direito fundamental à alimentação, o órgão responsável pelo exercício da função executiva deverá suplementá-lo, desde que devidamente autorizado pelo legislativo. Do mesmo modo, não havendo dotação orçamentária para tanto, cumpre ao órgão legiferante constituir crédito especial, promovendo-se a adequação das despesas à luz dos recursos necessários a amparar a realização fática do direito fundamental social à alimentação²⁰⁶.

Neste compasso, “*seja como for, deverão ser respeitadas pelo Judiciário as regras do direito orçamentário, com a determinação de abertura de créditos suplementares e especiais pelo Executivo ou Legislativo na inexistência de verba ou, até mesmo, com a inclusão das dotações no orçamento do ano seguinte.*”

Tem-se como esfera delimitadora da ação jurisdicional no campo do orçamento público o mínimo existencial, cuja essencialidade está a justificar a eventual ingerência do Judiciário na consecução dos fins colimados pela norma consagradora do direito fundamental social à alimentação²⁰⁷. A atuação do Judiciário na órbita de efetivação do direito fundamental

²⁰⁵ TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 323.

²⁰⁶ TORRES, Ricardo Lôbo. *O Mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 323.

²⁰⁷ Referindo-se especificamente ao direito à saúde e educação o Prof. Ricardo Lôbo Torres assenta que: “Em tais casos extremos abre-se à competência judicial o controle da reserva orçamentária e a garantia dos direitos fundamentais. As cortes americanas, principalmente através dos mandados de injunção, têm concluído no mesmo sentido. Pode-se dizer que os mais altos Tribunais de diversos países (ex. Canadá, Reino Unido, Alemanha, África do Sul, Índia) também vêm reconhecendo o direito às prestações relativas às necessidades

à alimentação legitima-se pela jusfundamentalidade da pretensão deduzida, cuja parcela em dignidade remonta ao mínimo do mínimo existencial.

Além de todos os argumentos acima colimados tendentes ao reconhecimento da justiciabilidade do direito à alimentação, não se pode olvidar que a própria Lei 11.346/06 consubstancia um dispositivo normativo o qual estabelece como um dos níveis obrigacionais dirigidos ao poder público para a realização do direito à alimentação garantir os mecanismos para a sua exigibilidade²⁰⁸.

3.2.1 Poder Judiciário e Políticas Públicas

Dentro do campo temático erigido pela justiciabilidade dos direitos sociais encontra-se a questão afeta à relação entre Judiciário e Executivo no que diz com as políticas públicas implementadas com vistas à efetivação desses direitos.

As políticas públicas²⁰⁹, como meios de realização dos direitos sociais a prestações, representam o instrumentário de que dispõem os poderes políticos para a consecução desse mister. Tendo em vista a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, certo é que a atuação de todo o poder público, em última análise, deve balizar-se pelos vetores axiológicos decorrentes das normas de direitos fundamentais. Dessa forma, faz-se necessário que as políticas públicas em vias de serem adotadas para a efetivação dos direitos a prestações em sentido estrito e, especialmente, do direito à alimentação, estejam conformadas pelo espectro erigido pela Constituição Federal, pelos tratados internacionais, pelas leis infraconstitucionais e, mormente, pelos direitos fundamentais²¹⁰.

básicas. Mas há limites fáticos para a operacionalização do orçamento pelo Judiciário, que não pode promover o remanejamento de verbas além dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.” (TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 322.)

²⁰⁸ Lei 11.346/06: “Art. 2º, §2º. É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.”

²⁰⁹ “Por políticas públicas define-se o conjunto de regras, planos estratégias, programas projetos ou omissões, assumidos parcial ou totalmente por órgãos governamentais, visando a realização dos direitos humanos.” (ZIMMERMAN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 124.)

²¹⁰ “A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado.” PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 36. “(...) o Poder

A ingerência jurisdicional no âmbito das políticas públicas portanto, apenas afigura-se legítima na hipótese em que for realizada para promover a devida conformação com os comandos normativos, principalmente com aqueles que veiculam direitos fundamentais, eis que trata-se de um ambiente cujo trânsito é imanente às funções designadas políticas (executiva e legislativa).

Ao tratar do princípio, postulado ou regra da proporcionalidade, Luís Roberto Barroso formula a seguinte observação quanto à ingerência jurisdicional no âmbito das políticas públicas:

Nessa avaliação, o magistrado deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao Judiciário impor a realização de melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional. O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão²¹¹.

Verifica-se, dessa forma, que a atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas ostenta um caráter residual, eis que a sua adoção e implementação compete num primeiro plano às funções políticas, sobretudo ao Executivo. A fenda que possibilita a ingerência jurisdicional nesta seara abre-se a partir da insuficiência, da inaptidão ou da inadequação da política pública então adotada para a pronta efetivação do direito social, e, especificamente em nosso estudo, do direito fundamental social à alimentação.

Não se quer com isso dizer que o Judiciário substituirá o Executivo na tarefa política de se determinar as melhores políticas públicas destinadas à realização dos fins constitucionais, ao revés, a melhor compreensão que se pode ter sobre este assunto conduz a que a ingerência do Judiciário neste campo político é admitida em uma pequena escala, ou seja, subsistirá apenas nos casos em que as providências políticas estejam em manifesto descompasso com a legalidade, mormente com os direitos fundamentais²¹².

Judiciário não tem como função elaborar políticas públicas, mas confrontar as políticas formuladas com os padrões jurídicos compatíveis, reenviando a questão a órgãos estatais pertinentes (Executivo e Legislativo) para que elas sofram as devidas modificações.” (ZIMMERMAN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 138.)

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283.

²¹² No que se refere a essa temática, há um julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Celso de Mello: EMENTA: “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA

Nesse diapasão, Clóvis Zimmermann²¹³, a partir das lições delineadas por Victor Abramovich, estabelece que caberia ao Judiciário verificar o cumprimento de padrões jurídicos na execução das políticas públicas, os quais poderiam subsistir das seguintes formas: a) inicialmente, vislumbra-se a possibilidade de o juízo ou tribunal poder conferir conteúdo jurídico às políticas públicas adotadas por órgãos que exercem as funções políticas, convertendo-as em obrigações legais, caso em que o descumprimento poderá acarretar a imposição de uma sanção; b) por seu turno, outro padrão jurídico possível de ser verificado no âmbito da execução das políticas públicas está circunscrito à aferição da compatibilidade da política pública com um princípio jurídico aplicável, dentre os quais sugere-se o princípio da razoabilidade, adequação, não-discriminação, progressividade, não-retroatividade e transparência; c) como terceira medida, admitir-se-ia a própria determinação pelo Judiciário da política pública destinada à satisfação do direito social, nos casos em que se constatar a omissão dos órgãos originariamente designados à adoção das providências políticas cabíveis e, somando-se a isso, restar configurada a vulnerabilidade do direito social em voga; d) por fim, o autor em referência consigna que poderia se admitir a ingerência jurisdicional nesta seara apenas para se declarar a omissão estatal quanto à adoção de políticas públicas, sem, contudo, propor medidas de reparação.

Vale dizer, por oportuno, que a abertura democrática na elaboração e planejamento das políticas públicas constitui uma importante medida direcionada à promoção do devido

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)." (STF: ADPF n. 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 04/05/2004. Convém, por oportuno, trazer à colação o seguinte fragmento do julgado em questão: "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."

²¹³ ZIMMERMAN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128.

alinhamento da ação estatal para com a pauta axiológica derivada da superfície objetiva dos direitos fundamentais. A propósito, considerando-se que na sua essência as políticas públicas tendem a atender as necessidades da população, nada mais recomendado, à toda evidência, do que conceber a participação democrática na sua elaboração, pois que dessa forma estar-se-á promovendo uma sintonia fina entre os direitos fundamentais e as ações necessárias à sua efetiva concretização e percepção por seus titulares²¹⁴.

Nesse sentido, quanto mais em consonância com os direitos fundamentais estiverem as políticas públicas, em uma relação diretamente proporcional, mais restará desnaturada a ingerência jurisdicional nesta seara.

3.3 Efetivação do Direito à Alimentação pelo Judiciário: questões procedimentais

Após se ter demonstrado a legitimidade dos órgãos do Judiciário na efetivação do direito fundamental social à alimentação, pelo que na sua natureza fundamental e, a um só tempo, normativa, radica-se a fonte de legitimidade ora identificada, cumpre-se realizar considerações em torno dos aspectos procedimentais imanentes à realização material deste direito pela via jurisdicional.

Inicialmente, pois, impende salientar que a legitimidade ativa para se exigir as prestações materiais tendentes à realização do direito à alimentação recai, em princípio, sobre todos os seres humanos que se acham em território nacional. Dessa forma, todas as pessoas estão potencialmente legitimadas a exigirem a efetivação do direito fundamental à alimentação por intermédio do Judiciário, porquanto são potenciais titulares desse direito.

²¹⁴ “Adicione-se, ainda, o componente democrático a orientar a formulação de tais políticas públicas. Isto é, há que se assegurar o direito à efetiva participação de grupos sociais no que tange à formulação de políticas que diretamente lhes afetem. A sociedade civil chama por maior transparência, democratização e *accountability* na gestão do orçamento público e na construção e implementação de políticas públicas.” (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42/43.) “A participação popular combinada com uma cidadania ativa e protagonista é de grande relevo à realização do direito humano à alimentação. Em função disso propõe-se a introdução de políticas participativas na distribuição anual dos recursos orçamentários da União, dos Estados e Municípios.” (ZIMMERMAN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 138/139.) A questão afeta à participação da sociedade civil encontra inclusive respaldo normativo na Lei 11.346/06, conforme se denota do dispositivo legal: Lei 11.346/06: “Art. 10. O SISAN tem por objetivos formular e implementar políticas e planos de segurança alimentar e nutricional, estimular a integração dos esforços entre governo e sociedade civil, bem como promover o acompanhamento, o monitoramento e a avaliação da segurança alimentar e nutricional do País.”

Vale dizer, contudo, que a intervenção jurisdicional nesta seara está conformada por alguns parâmetros cuja observância está a conferir legitimidade ao órgão judicial, eis que se trata de um ambiente propício às funções executiva e legislativa. Dentre os limites erigidos encontra-se o próprio direito fundamental à alimentação compreendido na extensão do seu mínimo existencial, de maneira que não se admite a interferência do Judiciário no âmbito de realização deste direito além da circunferência do mínimo existencial, necessário para a consecução de uma vida digna.

Por assim ser, tem-se que apenas aqueles seres humanos cujas pretensões se limitam à satisfação do direito à alimentação na barreira do mínimo existencial é que possuiriam legitimidade ativa para deduzir uma pretensão subjetiva tendente à satisfação material do direito à alimentação. Vale dizer, que a aferição da legitimidade subsistirá em concreto, a partir das peculiaridades da situação particular, porquanto a aferição do mínimo existencial também está a depender das peculiaridades que envolvem a situação em análise, de modo que um ser humano apenas poderá ser reputado como parte legítima ou não de uma demanda em que se pretende a realização do direito à alimentação quando se verificar que a sua pretensão reside no espectro erigido pelo mínimo existencial.

Reflexamente à legitimidade ativa, exsurge verificar o outro componente da relação jurídica que se pretende instaurar junto ao Judiciário para a realização do direito fundamental à alimentação, qual seja, o órgão estatal reclamado.

Analisando-se o dispositivo assentado no art. 23, incisos VIII e X, da Constituição Federal²¹⁵, extrai-se a compreensão de que a demanda judicial poderá ser intentada em face de qualquer um dos entes federativos integrantes da República Federativa do Brasil. Ao se verificar o dispositivo constitucional em tela, denota-se que o legislador constituinte erigiu uma competência administrativa comum aos Municípios, Estados-membros, Distrito Federal e União para organizar o abastecimento alimentar, bem como combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, providência que, a propósito, finda por promover o direito à alimentação.

Assim sendo, tem-se que os titulares do direito à alimentação poderão deduzir suas demandas em face dos entes federativos, traduzindo-se uma opção do legitimado ativo a escolha do ente federativo cuja realização do direito à alimentação será exigida. É bem verdade ser necessário priorizar o Município ou o Estado-membro onde o requerente

²¹⁵ Constituição Federal: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.”

estabelece seu domicílio, na hipótese em que ele tiver optado por demandar estes ente federativos.

Há que se considerar contudo, a partir das circunstâncias que envolvem a situação de fato, qual ente federativo tem mais condições econômicas e estruturais para prontamente realizar as prestações materiais destinadas a satisfazer aquilo que se reclama junto ao Judiciário.

No que diz com o conteúdo da prestação positiva determinada pelo Judiciário, importa consignar igualmente que a sua determinação está a depender do caso particular, porquanto revela-se possível que a efetivação do direito social à alimentação subsista de diversas formas, como por exemplo, a concessão de cestas básicas, a distribuição de tickets alimentação, ou, quiçá, a construção de restaurantes populares²¹⁶. No entanto, com vistas à preservação da legitimidade do órgão jurisdicional, faz-se necessário observar as políticas públicas já implementadas nesta direção, a fim de que a determinação oriunda do Judiciário não destoe desarrazoadamente do centro de convergência já estabelecido pela administração pública. Afinal, de nada adianta um comando judicial impossível de ser cumprido pelo Executivo.

Este impasse pode ser equacionado por meio de um diálogo institucional estabelecido entre os órgãos do Estado envolvidos pela justiciabilidade do direito fundamental à alimentação, de maneira que a atuação de um não termine por anular a colaboração levada a efeito por outro, dando azo a instituição de uma sintonia fina direcionada à plena realização fática do direito à alimentação.

A extensão no tempo da prestação material determinada pelo Judiciário será estabelecida a partir da efetiva consecução dos fins pretendidos com a demanda proposta. Quer se dizer, que a superação da insegurança alimentar justificadora do acionamento judicial representa o parâmetro para se aferir o momento em que a prestação material poderá deixar de ser realizada pelo poder público.

²¹⁶ “Sem adentrarmos aqui (ainda) o exame das diversas constelações que podem constituir o objeto de um direito subjetivo fundamental, importa consignar, por ora, que tomamos este em sentido amplo, na medida em que para o titular de um direito fundamental se abre um leque de possibilidades, que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra. De modo geral, é possível afirmar que este espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental) se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço da liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 152/153.)

Invocando-se os ensinamentos de Paulo Cogo Leivas difundidos em artigo especificamente voltado ao estudo dessa temática²¹⁷, resta assentado que ante a ausência de medidas adequadas e necessárias à realização do direito fundamental à alimentação, surge o direito público subjetivo à alimentação, cujo reconhecimento definitivo dar-se-á a partir da seguinte dinâmica: 1º) previsão normativa do direito à alimentação, constituindo uma obrigação *prima facie* do Estado; 2º) constatação da carência de alimentos por alguns dos titulares do direito à alimentação e a ausência de medidas governamentais destinadas a supri-la; 3º) ponderação do direito à alimentação com os princípios colidentes (dentre eles: reservado possível, direitos fundamentais de outras pessoas, princípio da separação dos poderes); 4º) identificação das possíveis ações que satisfaçam o direito à alimentação, dentre as quais sugere o autor em referência a distribuição de cestas básicas, distribuição de cupons alimentação e a construção de restaurantes populares; 5º) havendo mais de uma medida apta a satisfazer o direito à alimentação, ela deve ser analisada no prisma dos subprincípios que compõem o postulado da proporcionalidade, a saber, a necessidade e adequação.

Observando-se, pois, o interim procedural sugerido por Paulo Cogo Leivas, faz-se necessário aferir se a medida estatal objeto da decisão judicial é a menos gravosa, ou seja, se esta medida é a que menos gera restrições aos direitos fundamentais e princípios colidentes. Além disso, revela-se necessário analisá-la no espectro da adequação, pois é preciso verificar a sua potencialidade para a realização do fim a que se propõe com a pretensão subjetiva deduzida em juízo.

Cumpre advertir que não se admite a acomodação do órgão Executivo, no sentido de que se faz necessária a adoção de uma política pública direcionada a contemplar as necessidades que se pretendeu satisfazer por meio da tutela jurisdicional, bem assim se promover a devida universalização da medida imposta, a fim de que todos os titulares possam ser abrangidos pela prestação estatal concretizadora do direito à alimentação.

No que tange aos instrumentos processuais aptos para se exigir a tutela jurisdicional, há que se ter claro a inexistência de um rigorismo processual nesta seara para se admitir como ferramenta de exigibilidade jurisdicional do direito à alimentação a ação civil pública – na perspectiva da tutela difusa e coletiva –, bem assim o direito de petição²¹⁸ e quiçá o *habeas vitae*²¹⁹.

²¹⁷ LEIVAS, Paulo Cogo. O Direito Fundamental à Alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

²¹⁸ O direito de petição é sugerido por Clóvis Zimmermann como um dos mecanismos para se levar a efeito a exigibilidade judicial do direito à alimentação. “O reconhecimento do Recurso de Petição como um

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em função de todo o exposto, resulta claro que a ciência jurídica está vivenciando o seu momento pós-moderno. A própria configuração dos direitos sociais e dos enunciados normativos que os veiculam apontam nessa direção. Ademais, não se pode olvidar que a reordenação institucional dos poderes públicos, especialmente a preponderância do órgão judicante na seara de efetivação dos direitos fundamentais, também figura como traço característico da transição para o novo tempo denominado pós-modernidade.

Nesse novo tempo, ocupa posição de destaque o status normativo emprestado aos comandos constitucionais, o que resvala na necessidade imperiosa de que as normas radicadas na Constituição sejam efetivamente cumpridas, sobretudo aquelas que abrigam os direitos mais essenciais da pessoa humana, aqueles que atuam em favor do desenvolvimento da personalidade, os direitos fundamentais.

Em meio ao Estado Democrático Constitucional Social, exsurge com toda força os chamados direitos sociais, mormente, o direito fundamental social à alimentação, objeto deste trabalho, cuja realização prática está a depender, em grande medida, da atuação positiva do poder público. Esta é a principal nota distintiva dos direitos sociais de uma forma genérica e, ela se justifica na medida em que esses direitos de segunda dimensão possuem relevância econômica, o que significa dizer que a sua efetivação somente é possível a partir do emprego de recursos públicos.

O direito fundamental à alimentação se perfaz à medida que se assegura aos seres humanos o acesso físico e econômico a alimentos nutricionalmente adequados a prover a sua

mecanismo jurídico preferencial e sumário, para a proteção do direito à alimentação adequada, ao alcance de qualquer pessoa, para protegê-la contra qualquer violação ou ameaça de violação de seu direito à alimentação adequada, entendido em seus três elementos: proteção, respeito e garantia.” (ZIMMERMAN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 137.)

²¹⁹ O *habeas vitae* consiste em um instrumento de efetivação do direito fundamental à alimentação cuja criação é proposta por Fernando Gama de Miranda Netto consoante se depreende do seguinte fragmento: “Ressalte-se a carência de uma regulação e informação clara quanto à efetivação do direito fundamental à alimentação o que traz à tona a necessidade de se criar um instrumento processual destinado ao combate judicial da fome. Realmente, a importância do direito tratado exige uma tutela jurisdicional diferenciada tendo em vista as peculiaridades da situação existencial do faminto carente de recursos. Chama-se a atenção para o tratamento judicial específico que deve haver para aquela pessoa que tem a sua vida e, consequentemente, a sua dignidade ameaçadas por não ter como adquirir alimentos. Assim sugere-se a criação de um novo remédio constitucional que denomina-se aqui de *habeas vitae*. As potencialidades deste instrumento processual poderiam ser igualmente destinadas à tutela de outros direitos fundamentais básicos, como o direito à educação e o direito à moradia, que são direitos constitucionalmente assegurados. Nesta linha, o *habeas vitae* teria por escopo a tutela do mínimo existencial.” MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Aspectos Materiais e Processuais do Direito Fundamental à Alimentação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 1.111.)

alimentação e a de sua família, cumprindo o dever de realização deste direito ao Estado e aos particulares (por meio da eficácia horizontal).

Cumpre dizer que o direito à alimentação possui contornos jurídicos fundamentais, eis que foi alçado formalmente a esta categoria pela Emenda Constitucional n. 64/2010, além do que há muito este direito já se encontrava previsto em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Nesse sentido, não se pode olvidar que a Lei 11.346/06 representa um importante contributo para a efetivação do direito à alimentação, uma vez que erigiu o Sistema Nacional de Segurança Alimentar, estabelecendo ainda mecanismos para se lograr a efetivação deste direito.

Tem-se que a realização do direito à alimentação compete, em primeira linha, ao poder executivo, por meio da implementação de políticas públicas e, ao poder legislativo, quando da realização da previsão orçamentária, bem como no âmbito da produção legislativa, que deve estar em conformidade com o disposto na Constituição, em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em função disso, a ingerência do Poder Judiciário nessa dimensão revela-se extremamente delicada.

Diante do que restou assentado no corpo do trabalho, pode-se dizer que o Poder Judiciário possui sim legitimidade para assegurar o direito social à alimentação a partir das pretensões individuais e coletivas deduzidas com fundamento na dimensão subjetiva do direito à alimentação, sobretudo pelo fato de que o direito fundamental em tela possui foro constitucional e, portanto, aplicabilidade imediata, conforme reza o art. 5º, §1º, da CF. Por outro lado, revela-se inexorável que a ingerência jurisdicional seja orientada por parâmetros bem definidos, sob pena de se cometer ilegalidades e arbitrariedades.

Entre os argumentos contrários à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais a prestações e, do direito à alimentação em particular, encontra-se aquele relacionado com a violação do princípio da separação de poderes. Não obstante, vale dizer, que este argumento não merece prosperar. A separação de poderes não é concebida de forma estanque, de modo que se admite a interferência entre os poderes, é claro, dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Admite-se, sem dúvidas, que se realize um verdadeiro diálogo institucional entre os três poderes. Ademais, o caráter aberto e fluído das normas consagradoras dos direitos sociais exige a sua concretização a partir das peculiaridades das situações particulares, o que pode ser levado a efeito pelo órgão jurisdicional.

Importa acrescentar, ainda, que a proteção judicial do direito social à alimentação, a depender das circunstâncias, pode traduzir um contrassenso à própria essência dos direitos

sociais, na medida em que uma decisão alocativa de recursos públicos, consequentemente, é também desalocativa de recursos. O que se quer dizer com isso, é que na hipótese em que o Poder Judiciário profere uma decisão determinando a promoção do direito em voga a um indivíduo especificamente (p. ex.: determinando-se a entrega de cestas básicas), impõe-se ao administrador público que utilize parcela de recursos que seria destinada à coletividade para satisfazer o direito de um só cidadão, prejudicando todos os demais. Pode ser, portanto, que em certas situações, a efetivação do direito à alimentação deixe de promover o fim essencial dos direitos sociais prestacionais, qual seja, a igualdade.

Mais um fato que revela a necessidade de se estabelecer parâmetros para a atuação judicial nesta seara, se refere à impossibilidade de realização das próprias políticas públicas traçadas pelo administrador ante ao exacerbado números de decisões judiciais impondo a efetivação do direito à alimentação em situações particulares. Há casos em que o administrador público se torna refém das decisões judiciais.

Não obstante, tem-se até o presente momento, que a participação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à alimentação é, além de legítima, indispensável para que os cidadãos possam de fato usufruir o direito em tela na sua integralidade.

Não é demais lembrar, que os direitos sociais têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro epicentro axiológico de todo sistema jurídico, o que justifica uma atuação de todos os poderes públicos direcionada à realização destes direitos indispensáveis à condição humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing and rationality. Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARP, Björn. *Las minorias nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. Disponível em [HTTP://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf). Acesso em 01 jul. 2011.
- ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/018266305490311410035/015570.pdf?incr=1>. Acesso em 10 jun. 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 11 nov. 2010.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teórios e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

BELLO, Enzo. A Circulação Jurídica dos Direitos Sociais: um movimento de alternância constitucional, internacional e supranacional. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BENVENUTO, Jayme. *Perspectiva Comparada da Proteção dos Direitos Humanos Económicos, Sociais e Culturais pelos Sistemas Europeu e Interamericano*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril.pdf>. Acesso em 11 jun. 2010.

BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BURITY, Valéria Torres Amaral. *Exigibilidade Administrativa do Direito Humano à Alimentação Adequada: experiência do projeto piloto realizado pela Abrandh no Piauí*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Ed. Almedina, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

COELHO, Edihermes Marques. BORGES, Alexandre Walmott. *Ensaio sobre sistema jurídico*. Uberlândia: Instituto de Estudos Jurídicos Contemporâneos, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *A Constituição patrimonial privada*. In: Estudos sobre a Constituição. Jorge Miranda (Coord.). Lisboa: Petrony, 1979.

CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião especial urbano e coletivo: abordagem sobre o Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: DelRey, 2011.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEZALAY, Yves. *A reestruturação global e o Direito*. In: Direito e globalização econômica. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DURKHEIN, Émile. *Lições de Sociologia*. Trad. Monica Sthael. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentín Fiol. Barcelona: Bosch, 1961
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP, n. 21, p. 47-57. São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, 1994.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *A colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico*. Revista de Direito do Consumidor. V. 19. São Paulo: RT, 1996.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*. Florianópolis: Conceito, 2009.
- FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991.
- FLORIANO, Miriam Villamil Balestro. *Reflexões em torno do Direito Humano à Alimentação Adequada*: a experiência da Constituição do marco legal no Rio Grande do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila Freyesleben. *Ativismo Judicial*. Disponível no site www.endireitar.org, acesso em 01 de jul de 2010.

GHISI, Cristine Elisabeth Locks. *A reserva do possível como limite dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em http://portal2.unisul.br/content/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Cristine_Elisabeth_Locks_Ghisi.pdf. Acesso em 10 jun. 2010.

GÓES, Gisele Santos. *Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos*. In: Sistema e tópica na interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.) Barueri: Manole, 2006.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 09 jun. 2010.

GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

HARBERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, tradução espanhola, Ariel, 3. ed., 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Direito Fundamental à Alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEMOS, Rafael Diogo D. *A eficácia horizontal dos direitos sociais*. Disponível em http://www.uj.com.br/doutrinas/A_Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Sociais. Acesso em 10 jun. 2010.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 09 jun. 2010.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. *Direitos sociais: em busca de uma justiciabilidade possível*. Disponível em <http://www.juragentium.unifi.it/pt/surveys/latina/falcao.htm>. Acesso em 10 jun. 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba et. al. *Historia de los derechos fundamentales (T. II): siglo XVIII (VOL. I)*: el contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolucion. Madrid: Dykinson,2001

MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. *Controle do Patrimônio Público*: comentários à lei de improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Bahia: JusPodivm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada*: Lei Orgânica do Estado de Minas Gerais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Aspectos Materiais e Processuais do Direito Fundamental à Alimentação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 1083-1121.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. 1^a. ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora, 2006.

OPPO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do Direito Civil*. Congresso “Os princípios gerais do Direito”. Academia dei Lincei

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

_____. CONTI, Irio Luiz (Coord.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais” de Fernando Atria*. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica dos direitos sociais*. Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081216197. Acesso em 09 jun. 2010.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 5. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 586.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 553-586.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=%22neoconstitucionalismo%20no%20brasil%20riscos%20e%20possibilidades%22&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoesubjetividade.files.wordpress.com%2F2010%2F08%2Fdaniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc&ei=daAUT4jVIZL4ggeEq9jAAw&usg=AFQjCNG7q_I5uMd_Y9HfeimBGxxr9F8SuQ&sig2=IV_9Re2xCT9d-20cBn2XpQ>. Acesso em 10.01.2012.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodología jurídica*. Tradução de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SEN, Amartya K. *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Centro de Investigación En Filosofía Y Derecho, 2002. (Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) n. 3). Tradução de Everaldo Lamprea Montealegre.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VALENTE, Flávio Luiz Shieck; FRANCESCHINI, Thaís; BURITY, Valéria. *Instrumentos e Mecanismos Não Judiciais de Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIGNA, Edélcio. *Direito Humano à Alimentação Adequada e o Orçamento Público*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

ZIMMERMAN, Clóvis. *As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.