

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO

Amarildo Samuel JUNIOR¹

Sérgio Tibiriçá do AMARAL²

RESUMO: Trabalho destinado a proporcionar a informação de direitos, levantamento de dados, discussão de teses e diversos assuntos jurídicos ou não, que de certa forma influenciaram e influenciam a convivência harmoniosa em sociedade. Trabalhou-se em vários aspectos as discussões à respeito do direito do homem em se alimentar com qualidade, e também suas ferramentas para buscar a efetivação de seus direitos. Além de demonstrar a existência dos direitos, buscou-se também especificar de forma contundente os legitimados para exercer do Estado o cumprimento de seu dever Constitucional.

Palavras Chave: Direito. Alimentação. Sujeitos. Legislação. Sociedade.

INTRODUÇÃO

O Presente trabalho possui o objetivo de abordar o tema relacionado aos direitos fundamentais do homem. Foi sempre pensando nessa dignidade que o ser humano passou por uma série de obstáculos difíceis para aos poucos conquistar seu espaço. Foi conquistando o seu espaço em meio à sociedade que nasceram os conflitos. Foi com os conflitos que surgiu a Justiça privada. Com o surgimento da Justiça privada era necessário punir, e assim criaram as punições. Com as punições o ser humano passou a ser tratado como coisa e não tinha por ele ninguém que o defendesse. Indefeso o homem tentava sozinho suportar a consequência de suas atitudes. E quando as consequências eram graves, simplesmente não suportava.

¹ Discente do 4º ano, 7º Termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: samuel.j.d@hotmail.com.

² Doutor em Direito e Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: sergio@unitoledo.br.

Por meio dos meios históricos, ficou provado em pesquisas bibliográficas que com lutas e vitórias o homem passou a ser reconhecido no ambiente social como um homem de direitos. Abordamos de uma forma um pouco intensificada a evolução histórica dos direitos fundamentais, principalmente os seus sujeitos.

A utilização principalmente do método dedutivo, é que se chegou à análise dos fatores sociais mais relevantes, até chegar ao homem individualizado, principalmente como sujeito dos direitos fundamentais. Os sujeitos de tais direitos podem ser compreendidos, como todos os homens, brasileiros, estrangeiros residentes ou não no país, não podendo haver discriminação, nem justificativa para que o Estado não conceda ao homem o seu direito de viver, e viver bem. Fora trabalhado também a questão dos direitos sociais que estabelece a base do direito humano à alimentação. Nessa perspectiva foi demonstrado que o indivíduo passou de ser um mero objeto de exploração, para ser um sujeito de garantias. Dessa maneira, é que várias coisas foram criadas pelo homem e tais coisas consideradas como avarezas ou ainda formas de se melhorar a vida. Houve também a criação de leis para regular a sociedade, punições para os crimes, políticas para investimentos, estilos de músicas, esportes diferentes, mas esqueceram, que tudo isso só possui sentido se houver vida.

Se não há vida, não tem sentido existir mais nada. Não se melhora o que não existe, se não há vida não tem o que melhorar. A vida humana e seus pilares estão no plano da primariedade, já o resto, o resto deve vir em um plano secundário.

Fora demonstrado ainda por meio de pesquisas a grande dificuldade de se efetivar os direitos sociais, tendo em vista a grande influência capitalista que pegou o Brasil e a maioria dos países do Mundo. É justamente diante dessa dificuldade e com o objetivo de buscar minimizar as desigualdades sociais que o legislador passou a encarar com outros olhos a realidade humana, buscando dar uma maior garantia ao indivíduo, positivando assim os princípios do Estado, seus objetivos e principalmente a normatização dos direitos dos indivíduos.

Analisada essa panorâmica é que se constatou a urgência de se observar novamente os valores da sociedade moderna, buscando de forma contundente, garantir ao homem o direito de se alimentar e se alimentar bem. O direito à alimentação surgiu não com a positivação, mas simplesmente com a existência humana.

Percebemos que o egoísmo do homem levou à humanidade a se destruir. O homem já foi tratado como objeto de servidão, sem dignidade e respeito, e é nessa ótica que buscamos abordar principalmente os meios para se evitar esse desrespeito à vida humana em sua amplitude. A busca pela história através dos livros demonstrou que por muito tempo os poderosos mandavam e os fracos obedeciam em troca de um pedaço de pão. Os poderosos sempre foram os ricos, e os fracos os menos favorecidos, que não possuíam nenhum tipo de imunidade contra as atrocidades praticadas pelos detentores do poder que coisificavam a espécie humana em busca de lucros e mais lucros.

Buscou o presente trabalho ainda, quebrar as falsas boas imagens governamentais, politicagens que vão do nada a lugar nenhum. Se o governo fosse uma máquina eletrônica, era preciso escrever em sua memória, que o homem antes de querer construção de rodovias, aeroportos, estádios, e outras necessidades secundárias, ele primeiramente quer poder se alimentar.

Portanto, é numa perspectiva otimista, que se compõe o presente trabalho, para mostrar o indivíduo o seu direito de se alimentar. De um lado nós temos este direito e do outro o dever do Estado em providenciar ao homem o seu mínimo necessário para que possa viver. Não basta declarar o direito para se eximir de punições perante órgãos internacionais, é preciso muito mais do que dizer, é preciso agir. A sociedade em momento algum, valorizou à alimentação como ela deveria ser valorizada, atualmente sem dúvida alguma, não existiria discussão sobre o tema se houvesse a conscientização do Estado e dos particulares, como um todo. O homem se diz intelectual, mas muitas vezes age como irracional, massacrando a vida e invertendo prioridades, foi nesse sentido, que as pesquisas bibliográficas foram feitas, objetivando uma precisão quanto aos conceitos e direitos, como também, a justificativa para a cobrança dos responsáveis, por aquilo que é do homem por excelência.

2 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 foi um dos grandes avanços que a população brasileira conseguiu em termos de direitos fundamentais, pois trouxe uma carta de direitos,

originariamente, com 78 incisos e dois parágrafos no artigo 5º, buscando estabelecer de forma positivada sua intenção em proteger o indivíduo e fornecer a ele garantias. Posteriormente, foram adicionados por Emenda mais dois parágrafos, sendo o §3º e o §4º, que respectivamente tratam da aprovação dos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, que forem votados em dois turnos, por três quintos dos votos, terão a equivalência de Emenda Constitucional, e também da submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional³, evidenciando assim mais uma vez a preocupação do legislador em buscar garantir e proporcionar segurança aos indivíduos de seus direitos.

A necessidade de uma carta de direitos completa como é o artigo 5º, veio como uma forma de responder o período da Ditadura Militar instaurado a partir de 1964, quando houve a supressão dos direitos do homem. Tal época foi narrada como um período negro, onde o homem era totalmente desrespeitado de sua liberdade e principalmente de sua integridade física. Homens e mulheres eram torturados e assassinados por aqueles que detinham o poder, que cometiam tais práticas para nele permanecê-lo e abusavam de pessoas indefesas como meio de coibi-las a ser opor contra o regime e assim os militares garantiam o seu poder.

Passado essa época escura, onde direito e garantias fundamentais eram inexistentes, o povo com anseio e medo de passar por outro período terrível, buscam uma nova Constituição Federal, com deveres do Estado, principalmente freios ao poder estatal para que não fosse o principal agressor da dignidade humana, e assim nasceu a nossa Carta Magna de 1988.

A Constituição veio abrangendo diversos direitos fundamentais que vem a ser a terminologia mais adequada, apesar da própria “Lei Maior” elencar outras terminologias. Os direitos fundamentais podem se compreender aqueles inerentes à pessoa humana, ao qual a mesma sem eles não pode viver, ou mesmo que viva não possuirá a plenitude de uma vida digna. Portanto, a dignidade do ser humano nas diversas relações.

Os direitos fundamentais podem ser definidos conforme nos apontam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2.008, p. 54), como:

³ §§3º e 4º foram acrescidos pela Emenda Constitucional, nº 45, de 08, de dezembro, do ano de 2004.

(...) direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

O próprio Estado eleva ao plano dos direitos fundamentais aqueles que entende ser importantes ao homem nas mais diversas relações. O principal objetivo é de que o mesmo Estado não viole as liberdades e os direitos dos indivíduos, ficando assegurados instrumentos como Habeas Corpus, mandado de Segurança e outros. O próprio ente politicamente organizado pelo Poder Constituinte Originário estabelece garantias para que sua atuação não lese as pessoas que estão sob a sua guarda.

Os direitos fundamentais têm importância e sentido de serem assegurados pela própria Constituição e não pelo legislador infraconstitucional. Como são princípios, a ideia da Lei Maior era providenciar também a previsão de tais direitos em leis hierarquicamente superior. Além disso, cuidou o legislador constituinte que os dispositivos da Constituição não pudessem ser suprimidos ou revogados, mas apenas ampliados. Se não bastasse, o §5º, do art. 60 da “Norma Suprema” estabelece que a matéria rejeitada ou prejudicada em se tratando de haver Emenda ao texto Constitucional, não poderá ser discutida na mesma sessão legislativa, colocando assim uma limitação ao Poder Legislativo, buscando assegurar os direitos fundamentais e também a não possibilidade dos já garantidos, serem revogados.

Essa previsão Constitucional fundamental ao homem em seu aspecto objetivo cria um dever ao legislador infraconstitucional de respeitar os direitos fundamentais na criação das leis, o que se vem denominado como processo legislativo constitucional. Portanto, os direitos são limites pela norma ápice, que deve ser a norteadora das demais regras do ordenamento jurídico.

O dever do legislador infraconstitucional em respeitar os preceitos estabelecidos na Lei Suprema vem ao encontro do objetivo que buscou o constituinte em estabelecer tais direitos, para que não fossem suprimidos e nem violados, pois retornando em um breve contexto ocorrido no passado conforme nos relata Jane Reis Gonçalves Pereira (2.006, p.5), podemos entender tal preocupação:

No panorama europeu, foi a experiência de violação sistemática aos direitos humanos ocorrida no século XX, sem qualquer ruptura formal com os sistemas jurídicos, que veio a tornar clara a necessidade de estabelecer mecanismos que assegurassem a vinculação material da lei aos direitos fundamentais. Constatara-se que o próprio legislador atuava, em certas circunstâncias, como “inimigo dos direitos”.

A Constituição Federal além de vincular o legislador infraconstitucional, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais estabeleceu como imutável os direitos e garantias individuais em seu artigo 60, §4º, inc. IV. Tal imutabilidade conhecida como “cláusulas pétreas” cria certa discussão na doutrina, pois a Constituição Federal expressamente declara como inalterável os direitos e garantias individuais, não utilizando da terminologia direitos fundamentais, que por sua vez é mais abrangente, podendo estabelecer assim direitos fundamentais como gênero e as garantias individuais como espécie. Importante salientar que essa inalterabilidade está ligada a supressão pelo legislador, ou seja, não pode haver alteração dos direitos no sentido de excluí-los, seja um ou vários direitos. Por outro lado, se o legislador entender necessário a criação de novos direitos isso é perfeitamente possível, tendo em vista que se reverte em benefício da população. O objetivo da caracterização da imutabilidade prevista no artigo citado é principalmente segurar o legislador para que não haja como inimigo da Constituição.

A questão da terminologia utilizada pelo constituinte gerou indagações no sentido de que à expressão *direitos e garantias individuais* seriam imutáveis, mas os outros direitos fundamentais não o seriam. Utilizando-se de uma interpretação restrita chegaríamos a essa resposta, e aqui poderíamos citar os direitos sociais, onde está garantido o direito humano à alimentação, tema do presente trabalho, mas não é o entendimento que compartilhamos.

A inalterabilidade garantida aos direitos e garantias individuais não é vista como uma forma de se estabelecer uma relação hierárquica entre os direitos fundamentais, e de tal entendimento compartilham Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2.008, p.56):

Distinguir entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e o sub-grupo de direitos “super-fundamentais”, os quais foram resguardados contra reformas constitucionais por constituírem parte das chamadas cláusulas pétreas, é possível e recomendável do ponto de vista dogmática da reforma constitucional. Mas essa mesma distinção não é plausível no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, pois supõe a existência de uma hierarquia entre direitos fundamentais de acordo com a sua reformabilidade, sugerindo que, em caso de incompatibilidade, os não reformáveis teriam certa prevalência. Mas isso não corresponde à vontade do constituinte que atribuiu o mesmo valor jurídico a todos os direitos fundamentais.

Pelo que se pesquisou, valorar os direitos fundamentais não deve ser concebível em um Estado Social de Direito que possui o verdadeiro interesse em tutelar o indivíduo, garantindo a ele vários direitos e uma valoração extrínseca violaria o princípio da igualdade conforme expressa disposição do artigo 5º, “caput” da Constituição Federal. Se todos são iguais perante a lei, não pode o texto legal colocar direitos fundamentais mais ou menos importantes, pois entre a lei e o indivíduo não pode haver uma atribuição ou um juízo de valor aos direitos do homem. Diante dos argumentos já mencionados, entendemos não haver nenhum tipo de hierarquia ou sobreposição dos direitos um em relação ao outro. Todos estão amparados pela norma ápice, e cada um possui sua importância nos mais diversos tipos de relações do homem. Seria incoerente dizer que o direito social é menos importante do que o direito individual, pois como vimos é dentro do campo dos direitos sociais que está o direito à alimentação.

Do que adiantaria garantir ao homem o direito de manifestação de seu pensamento previsto no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal que está no Capítulo I “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*” em um primeiro lugar e deixar de garantir o direito à alimentação ou garanti-lo secundariamente que por sua vez está no Capítulo II “*Dos direitos sociais*”? De nada adiantaria. Como pode um homem morto por falta de alimento pensar? Por isso não deve existir essa relação de subordinação de direitos fundamentais, pois para cada direito existe uma peculiaridade que vem de encontro ao caso em concreto e seria impossível que o legislador constituinte fizesse uma valoração entre eles, pois a Constituição

vale para todos e seu alcance é extremamente potente, não podendo o legislador por estimativa ou probabilidade saber quais dos direitos seriam mais ou menos importantes.

2.1 Vinculação do legislador infraconstitucional com a Constituição

É na Constituição Federal que o Estado regulamenta seu maior ordenamento jurídico, com o objetivo de positivizar seus interesses e finalidades. É nesse prisma que se institui os interesses econômicos, culturais, sociais e políticos, trazendo também uma carta de direitos. Portanto, além de organizar-se, o Estado Democrático estipula de forma muitas vezes até intensa a sua denominada carta de bons princípios, como era chamada pela doutrina mais antiga. Atualmente, o termo carta de direitos ou de bons princípios se encontra do ponto de vista técnico ultrapassado, tendo em vista que a Constituição Federal não possui um aspecto somente declaratório de princípios ou de direitos e sim um aspecto normativo. Dessa forma, o nome mais coerente seria normas constitucionais, que abrangem tanto as regras, que são aquelas que estipulam condutas, como também os princípios que nos levam para um estado ideal que se quer alcançar⁴.

Sobre os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal podemos afirmar que os mesmos são considerados abstratos e de certa forma imprecisos no que tange ao limite de sua aplicabilidade, conforme nos apontam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 61), ao dizerem que:

Muito frequentemente, os direitos fundamentais não podem ser implementados sem a intervenção do legislador infraconstitucional que os concretize.

E ainda pontuam:

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versão castelhana: Ernesto Gazón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

As normas infraconstitucionais estão sempre submetidas ao controle de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, as normas constitucionais, por serem vagas, dificultam tal controle. Isso cria uma espécie de círculo vicioso que impossibilita, na prática, o controle de parte das normas concretizadoras.

De uma forma mais clara de se entender, a Constituição garante o direito, mas é preciso que a lei infraconstitucional regule determinado direito garantido. A simples garantia à herança, por exemplo, concede ao indivíduo o direito de receber de determinada pessoa falecida bens que este possua, assim sendo um direito genérico. A importância da lei infraconstitucional está justamente aqui, ou seja, em poder regular o direito garantido pela lei maior para que o mesmo seja efetivado e regulado para que assim o indivíduo o possa invocar e fazer valer-lo.

O legislador então possui essa incumbência de analisar o direito fundamental e retirá-lo do plano abstrato e trazê-lo para um plano mais concreto e preciso. Dentro desse plano abstrato dos direitos fundamentais estipulado pela Constituição Federal cria-se certa dificuldade em até mesmo fazer um controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, pois qual o limite que se pode utilizar para dizer se determinada norma viola ou não determinado direito fundamental que em sua essência é impreciso? Somente o caso em concreto para nos responder.

Portanto, necessário se faz que na criação da norma reguladora, o legislador infraconstitucional se atenha a esse problema, pois as partes que exigirem do Estado o cumprimento de determinado direito fundamental irão buscar interpretá-lo de forma favorável ao seu interesse, o que não é difícil de ser feito conforme já exposto. O legislador deve criar a norma com um olho para a Constituição e o outro para a realidade.

Com relação a esse dever de observar a realidade que é atribuído ao legislador, trata José Joaquim Gomes Canotilho (1.994, pág. 62), dizendo que:

a liberdade de conformação do legislador não sofre contestação numa ordem constitucional democrática: a constituição, como qualquer direito histórico, necessita

da <<atualização>> do seu âmbito normativo>> e essa tarefa de atualização pertence em primeira linha, ao legislador, democraticamente legitimado.

Assim, além do legislador infraconstitucional ter que se curvar diante do que estabelece a “Lei Maior”, ele deve ainda analisar a realidade em que a sociedade está inserida para a positivação de suas regras e princípios, para que o texto legal não seja ineficaz e inútil. Nesse sentido é que se caracteriza a importância da atividade legislativa, com a incumbência também de dar efetividade à Constituição Federal e promover a sua atualização quando esta possuir normas que são inaplicáveis no ambiente social. É dever do Poder Legislativo excluir textos cadavéricos, texto que seja inaplicável e que só gera discussões desnecessárias que irão levar do nada a lugar nenhum, pois com a evolução da sociedade é comum termos em nosso ordenamento expressões inúteis que só enfeitam a legislação.

Sobre essa atualização ainda nos aponta Canotilho (1.994, pág. 63), afirmando que:

a aporia da vinculatividade constitucional insiste na contraditório: por um lado, o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais; por outro lado, ao legislador compete <<atualizar>> e <<concretizar>> o conteúdo da constituição.

Não somente ao legislador cabe a função de atualizar o conteúdo Constitucional, mas também a vários órgãos constitucionais mediante um complexo processo, conforme nos descreve Canotilho (1.994, pág. 179), estabelecendo que:

A execução-atualização dos preceitos constitucionais dirigentes é mais do que acto de legislação; é um processo complexo de regulação que através de leis e regulamentos, de actos de planeamento, de linhas políticas e instruções, e na forma

de iniciativa, programação, coordenação e integração, exige a participação activa de vários órgãos constitucionais.

Aqui nasce a solidariedade Constitucional, ou seja, o estabelecimento de vínculos com o propósito de análise da realidade e aplicação das normas fundamentais entre os mais diversos órgãos do Estado como um todo, buscando um resultado eficaz e perfeitamente legal na criação de normas infraconstitucionais. É nessa responsabilidade conjunta que deve se estabelecer liames para a concretização dos direitos inerentes ao indivíduo.

O Poder executivo também não pode ser eximir da responsabilidade político-constitucional. Em seus atos de governo o executivo também deve se comprometer com a realidade social buscando aplicar medidas lícitas que não violem a “Lei Maior”, pois conforme já analisamos, essa atualização constitucional não depende exclusivamente do legislativo, mas também de todos os órgãos Constitucionais, e assim o Poder Executivo se reveste, e tal dever dependerá da matéria abordada pela legislação. É quanto à matéria tratada pela legislação que será atribuído o dever a um ou mais órgãos constitucionais. Para melhor esclarecer, vamos ao que José Joaquim Gomes Canotilho (1.994, pág. 179), nos afirma:

o parâmetro vinculativo encontra-se logo, em sede de competência constitucionalmente fixada, pois não obstante a tarefa constitucional de direcção política ser susceptível de englobar vários órgãos poderá acontecer que o <<privilégio>> de concretização da constituição esteja reservado a um deles (ex: a concretização do regime dos direitos, liberdades e garantias deve ser uma competência do legislador parlamentar, as leis com componentes sociais, concretizadoras de direitos sociais, podem ser de iniciativa do parlamento ou governo).

A matéria tratada na alteração ou emenda Constitucional e ainda na criação de uma norma infraconstitucional será determinante para a vinculação de um ou mais órgãos Constitucionais. Será delimitando a matéria que se agrupará os órgãos que irão planejar, criar, modificar, acrescentar e dar efetividade às normas.

Sobre a vinculação do legislador infraconstitucional frente à “Norma Ápice”, tema importante que precisamos abordar no presente tópico, é necessário estabelecer que a regra esta pautada no sentido de que o legislador está amarrado por um nó à Constituição. Mas sabido se faz que a sociedade evolui primeiro do que o direito, então nesse caso quando a lei fundamental for ultrapassada o legislador poderá alterá-la para buscar atualizar direitos, ampliar garantias, pois a função típica do legislativo é obviamente legislar. Em caso da “Norma Ápice” em determinado caso não acompanhar a evolução social, é preciso que a mesma seja alterada, pois nessa constante transformação da sociedade ela vai levando consigo uma ponta do nó, e este vai se afrouxando e liberando de forma gradativa o legislador para fazer as alterações necessárias e possíveis.

É nessa perspectiva de que o legislador não é uma máquina tão somente de executar ordens emanadas pela Constituição, que Canotilho (1.994, pág. 63), nos aponta que:

Perante este <<paradoxo>>, a proposta a antecipar é a seguinte: o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental. Todavia, a constituição não é nem uma reserva total nem um bloco densamente vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma normação prévia exaustiva nas normas constitucionais.

O legislador também possui o direito de pensar, de criar, ampliar direitos, rever conceitos e buscar efetivar princípios amparados pela “Lei Maior”. É observando por esse plano que chegamos à conclusão que o legislador é sim vinculado à Constituição, mas essa vinculação é mitigada, ou seja, não vigora um absolutismo impenetrável. Do contrário resultaria um Poder Legislativo mecânico, que só poderia reproduzir o que já foi criado, com o objetivo de tão somente regular e aplicar direitos e não poder inová-los.

Imaginável seria o ser humano em sua caminhada terrena ser proibido de criar e interpretar situações fáticas que levam a alteração do direito. Obviamente que isso deve ser realizado dentro do globo das garantias, dos direitos estipulados como humanos e fundamentais concernentes a cada indivíduo em especial, dentro da órbita da necessidade,

adequação e proporcionalidade. O legislador deve então se buscar valer de normas que já estão garantidas e analisar sua aplicabilidade fática, para que possa analisar se determinada norma necessita ou não de alteração ou ainda de uma atualização como afirma-nos Canotilho. Dentro dos padrões já mencionados, não sendo motivo de alteração do texto Constitucional nas hipóteses em que este admite, só resta à vinculação do legislador às normas vigentes na “Norma Ápice” quando da criação das normas infraconstitucionais com o objetivo de regular direitos e reger a vida em sociedade.

2.2 Os sujeitos dos direitos fundamentais

Os sujeitos dos direitos fundamentais podem ser compreendidos como os titulares que podem exigir do Estado uma ação ou omissão com o objetivo de se garantir o que podemos chamar de mínimo humano. Uma classificação dos direitos fundamentais que coloca como titulares de tais direitos todas as pessoas seria errada, pois os direitos fundamentais conforme vão passando pela peneira do artigo 5º, e também de outros dispositivos constitucionais vão ganhando certas restrições quanto àqueles que possam exigí-los.

O artigo 5º estabelece a garantia “aos brasileiros e estrangeiros residentes no país”, e depois elenca os incisos que garantem a maioria dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. E o que se pode entender por “brasileiros”? Tal pergunta pode ser respondida por Dimitri Dimoulis e Leonardos Martins (2008, p. 82) ao dizerem:

Como “brasileiros” deve-se entender as pessoas que possuem a nacionalidade brasileira, independente do modo e do momento de sua aquisição (nascimento ou naturalização). Uma diferenciação entre os direitos dos brasileiros só ocorre nos poucos casos em que a Constituição inclua uma referência expressa à forma de aquisição da nacionalidade, como ocorre com a proteção contra a extradição (tutela

do direito de permanecer no país) que é absoluta somente para os brasileiros natos (art. 5º, LI, da CF).

Em razão da expressão “brasileiros” utilizada pelo constituinte não há que se discutir o uso de tal terminologia, pois conforme o posicionamento do autor acima citado, por brasileiros entende-se todas as pessoas que adquiriram essa nacionalidade, independentemente de como e quando. As garantias estipuladas na Constituição Federal se aplicam aos brasileiros com algumas ressalvas expressas por ela própria, e não com um caráter omissivo como o faz quando trata dos estrangeiros não residentes no país. Não se pode deixar de garantir direitos irrenunciáveis a essência humana, fazendo uma interpretação restritiva que gerará consequências práticas muitas vezes irreversíveis, violando os denominados direitos do homem. Importante se fazer uma distinção estabelecendo que essa interpretação ampliativa que tanto falamos está ligada aos direitos inerentes à pessoa humana, como o direito à vida, a saúde, a liberdade, a integridade física entre outros, distinguindo assim os direitos do homem com os direitos do cidadão, e assim bem nos explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (2.000, pág. 29), ao dizer que:

(...) o texto não deve ser interpretado literalmente. Os direitos fundamentais, inclusive as liberdades públicas, reconhecem-se a todos, nacionais e estrangeiros, mas alguns dos direitos especificados no texto constitucional – direitos esses que não são direitos do Homem, e sim do cidadão, como a ação popular – não são reconhecidos senão aos brasileiros.

Nesse sentido, permitido se faz que a Constituição Federal restrinja aos estrangeiros sem residência fixa no país, os direitos de condição de cidadão, como o direito ao sufrágio universal, por exemplo, mas inadmissível que não seja garantido ao turista o direito de sua integridade física, somente pelo simples fato de não ter residência fixa, um critério extremamente repugnante e vergonhoso para não conceder ao indivíduo o que ele por natureza já tem por direito.

No campo interpretativo do dispositivo, não é concebível entender que a vontade do legislador era de não garantir direitos fundamentais aos estrangeiros sem residência fixa no país quando não há essa disposição expressa no artigo 5º “caput”, pois não se pode vedar um direito com base em mero prognóstico subjetivo e individual.

Na continuidade do raciocínio exposto no que diz respeito aos titulares dos direitos fundamentais, vamos buscar entender o que vem a ser “estrangeiros residentes no país”. Por estrangeiros compreendem-se aqueles que não possuem a nacionalidade brasileira, e isso pode ocorrer, pois o sujeito não é obrigado a adquirir a nacionalidade brasileira para entrar em nosso território, caso do contrário fosse exigido isso do estrangeiro, o país estaria violando um dos princípios do Direito Internacional que é o da inconstrangibilidade, que nada mais é do que ninguém poderá ser submetido a constrangimento para que se adquira uma determinada nacionalidade.

Diante disso, conclui-se a possibilidade de pessoas transitarem pelo território nacional sem que tenham a nacionalidade brasileira, seja por motivos turísticos, profissionais, de visita a familiares ou de estudo que são os mais comuns. A principal questão de tal abordagem é a respeito da titularidade dos direitos fundamentais, pois conforme já analisado a Constituição expressamente consagra tais direitos em seu artigo 5º aos “brasileiros e estrangeiros residentes no país”.

Por “estrangeiros residentes no país” de acordo com o entendimento de Dimitri Dimoulis e Leonardos Martins (2.008, p. 83), são aqueles que:

(...) sem possuir a nacionalidade brasileira, encontram-se, pelo menos temporariamente, no País, tendo já vínculos de certa duração (...) Dessa forma, devem ser considerados residentes todos aqueles em que ante a questão: “onde você mora?”, responderiam: “moro no Brasil”, mesmo especificando que esta opção é temporária.

Os estrangeiros que residem no país também podem ser compreendidos como aqueles que possuem residência no Brasil, mas que por alguma questão esteja no Exterior, mesmo o estrangeiro que está estabelecido no Brasil ainda que se encontre temporariamente fora dele possuirá ainda a titularidade dos direitos fundamentais que se estabelecerá por um vínculo entre ele e o Estado. Realmente, qualquer estrangeiro, pois caso contrário, um turista não teria direitos.

Concluídas as devidas observações, surge a seguinte pergunta: Como ficam os direitos fundamentais dos estrangeiros que não residem no Brasil? A questão é polêmica em alguns pontos, pois a própria Constituição Federal em alguns casos excetua a titularidade de certos direitos aos naturalizados e principalmente aos estrangeiros, conforme nos exemplifica Dimitri Dimoulis e Leonardos Martins (2.008, p. 85):

Qual é a razão política que impede que um turista sueco goze do direito fundamental à vida no Brasil, que um pastor estadunidense que fez uma breve viagem para participar de um culto religioso não possa exercer sua liberdade de consciência e crença prevista no art. 5º, VI, da CF ou que um professor estrangeiro que ministre um curso de duração de um mês no Brasil não tenha assegurado constitucionalmente por direito fundamental sua participação em sua passeata de protesto organizada pelos professores das Universidades Federais? Não há explicação satisfatória, a não ser o fato de o constituinte ter-se apegado à tradição da Constituição de 1891 que reconhecia os direitos individuais somente a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Essa é certamente uma “tradição obtusa e inadequada”, indício de uma “confusão por parte do legislador constituinte”.

Inconcebível que o Estado não garanta os direitos fundamentais aos estrangeiros que não são residentes no país, ou seja, não preservar os direitos fundamentais daqueles que temporariamente passam pelo solo brasileiro. Não pode o Estado se revestir de razão para não garantir determinado preceito fundamental ao estrangeiro com o repugnante argumento de que ele não teria a obrigação de assim fazer pelo fato do indivíduo ser

estrangeiro. Não estamos sozinhos ao pensar assim, pois conforme bem trata do assunto Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, pág. 29), afirmando que:

O sujeito ativo, o titular do poder de agir, é todo e cada um dos seres humanos. Isto era justificado no século XVIII pela igual natureza de todos os seres humanos; hoje prefere-se enfatizar a sua igual dignidade, para desvincular esses direitos de sua conotação jusnaturalista. A vigente Constituição Brasileira põe inadequadamente a questão. De fato, o *caput* de seu art. 5º afirma reconhecer os direitos fundamentais “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”, como se eles não fossem reconhecidos a todos os seres humanos.

E ainda acrescenta que:

Aliás, o defeito é antigo, quase se pode dizer tradicional, já que a fórmula aparece na Constituição de 1981 (art. 72), repete-se em 1934 (art. 113), em 1937 (art. 122), em 1946 (art. 141), em 1967 (art. 150) e na Emenda n. 1/69 (art. 153). E a Carta de 1824 apenas os reconhecia aos cidadãos brasileiros (art. 179).

Seria uma pergunta sem resposta, a indagação do motivo de ter o legislador permitido essa falha legislativa que gera discussões acirradas sobre a garantia ou não dos direitos aos estrangeiros não residentes no país. Tudo isso poderia ser resolvido com a alteração do texto constitucional, colocando de uma vez por todas uma pá de terra sobre a discussão.

Partindo de uma interpretação restritiva o resultado é maléfico, mas não é assim que deve ser feita a interpretação do artigo 5º “*caput*”.

A melhor interpretação deve ser feita no sentido ampliativo do texto conforme já mencionado, estendendo aos estrangeiros temporários que estejam em solo brasileiro os direitos fundamentais mínimos como o direito à vida, à alimentação, a dignidade humana, a

integridade física e psicológica, entre outros direitos naturais da vida harmônica em sociedade.

De acordo com as normas que regulam a estadia de estrangeiros no Brasil, para o ingresso de estrangeiros é preciso que este possua o visto onde é preciso atender uma série de requisitos dependendo da finalidade do indivíduo. O que nos interessa no campo dos direitos fundamentais, é que mesmo que o indivíduo esteja no país de forma irregular, quer seja pelo seu visto estar vencido ou ainda que ele não o tenha, não faz com que nasça o direito do Estado em desprezar os direitos fundamentais e passar a violá-los. O Estado tem o dever de zelar pelo bem comum de todos independente da nacionalidade, garantindo aos brasileiros onde quer que eles se encontrem, e aos estrangeiros que estejam em território brasileiro o direito de poderem exigi-los.

Portanto o dever de garantir aos estrangeiros os direitos fundamentais à essência humana deve existir por parte do Estado. Se de um lado há o dever do Estado em proporcionar o direito seja ao brasileiro, seja ao estrangeiro conforme analisamos, existe também do outro lado o direito do indivíduo em exigir tais garantias do Estado. Concluimos que tanto o brasileiro, como o estrangeiro com ou sem residência fixa no país, é legitimado constitucionalmente para exigir que se cumpra o que é estipulado e normatizado pelo texto Constitucional. Essa exigência está pautada principalmente quando este tratar de garantias que estejam ligadas aos direitos naturais da espécie humana; pois já por outro lado, não se concederá ao estrangeiro àqueles direitos denominados não como direitos dos cidadãos, estes sim, admitem restrição.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SEM EU ASPECTO HISTÓRICO

Em uma breve análise histórica dos direitos sociais podemos entender suas fontes e interesses motivadores de sua formação. Como já afirmado, uma breve volta ao

passado irá esclarecer a importância de tais direitos que são intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Um marco interessante que muito nos interessa é a Constituição Mexicana de 1917, que consagrou em seu ordenamento maior, uma declaração de direitos buscando estabelecer uma igualdade principalmente entre trabalhadores e empregadores nas relações de trabalho. Assim, os direitos trabalhistas se tornaram direitos fundamentais presentes e positivados na Carta Mexicana, demonstrando assim a importância da garantia dos direitos para evitar sua violação, e conceder ao homem o direito de exigí-lo.

O grande passo dado pelo Estado Mexicano, foi justamente olhar com outros olhos para relação trabalhista. Com esses novos olhos o Estado percebeu que o trabalho não podia continuar sendo tratado como mercadoria, pois além do aspecto econômico que havia em tal relação, prevaleceu o aspecto humano. O homem passa novamente a integrar o centro das atenções na previsão dos direitos básicos à humanidade. Foi buscando deixar a era do “ter” e ir rumo a era do “ser”. O caminho ainda a ser percorrido é longo, pois a mesma Constituição possuía muitas falhas que de certa forma não tinha nada de humano, e que não nos convém aqui apreciá-las. Restrinjamo-nos aos aspectos positivos, pois o mínimo que se previsse em tal época, já se poderia conceitua-lo como o máximo. É nesse sentido que sabiamente nos acrescenta Fábio Konder Comparato (2010), ao nos relatar que:

o que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno.

Esse avanço constitucional provocou uma mudança de realidade em dois planos: o primeiro daqueles que exploravam as atividades laborativas, os denominados patrões, pois à partir desse momento passariam a ter que respeitar as condições impostas pela nova formulação jurídica. Já não se poderia mais pensar somente no ganho ou nos lucros

vultuosos e desproporcionais, utilizando-se principalmente dos homens menos favorecidos para forçá-los a troca de um pedaço de pão a se sujeitar a qualquer condição de trabalho. A norma foi alterada, e assim foi preciso também se alterar a realidade. Os patrões deveriam agora não mais impor regras e condições de trabalho, mas sim obedecer as condições impostas pela “Norma Ápice” daquele Estado, respeitando a dignidade de seus empregados proporcionando a eles um melhor ambiente de trabalho, bem como zelar pela sua integridade física e saúde mental.

Por outro plano os empregados que se viam em situações muitas vezes degradantes e desumanas, passaram a ver uma luz no final do túnel. E percorrendo esse túnel longo e estreito, aos poucos foram percebendo a importância da previsão Constitucional e seus efeitos gradativos em meio à sociedade. Trilhando esse caminho novo, em busca da efetivação de seus direitos passou o homem a perceber o poder conferido a ele, principalmente de poder exigir o cumprimento das garantias criadas em seu benefício.

Em um momento posterior, mais precisamente em 1919, foi criada a chamada Constituição de Weimar. O povo alemão com o objetivo de instituir um novo cenário constitucional se reuniram em Weimar para a elaboração de sua Constituição com vários pontos relevantes que inclusive serviu de modelo para várias Constituições na Europa e também na América, inclusive com forte influência aqui no Brasil. Conforme bem nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (2.000, pág. 48), afirmando que:

Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II – Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta, à instrução e estabelecimentos de ensino, e a quinta, à vida econômica.

É a evidente demonstração dos direitos sociais sendo reconhecidos e positivados como forma de expressar a vontade do constituinte e da população submetida àquela Constituição, como uma forma de suplicar o mínimo de direito para a vivência em sociedade. Como mínimo devemos entender como a menor fração da atuação do Estado para garantir certos direitos aos indivíduos, ou seja, abaixo disso haveria uma positivação de um

texto sem efeitos, com o objetivo apenas de iludir com falsas esperanças aqueles que ganhariam uma expectativa de direitos.

Outro fato que também deu ensejo a fortificação dos direitos sociais foi por volta do ano de 1981, com grandes avanços da indústria considerados naquela época, que se passou a olhar com outra visão os trabalhadores que viviam muitas vezes em condições desumanas, e eram tratados como objetos proporcionadores da riqueza que era detida nas mãos de um determinado grupo social.

Diante do clamor público, mesmo que muitas vezes sem palavras, mas com olhares de desespero é que se deu um importante passo, buscando estabelecer a justiça e o equilíbrio entre empregados e empregadores. Sobre essas considerações João dos Passos Martins Neto (2003, p.110), aponta que:

(...) enfrentando o tema da condição dos operários na carta encíclica *Rerum novarum*, o Papa Leão XIII admitiu que, em resultados dos incessantes progressos da indústria, da alteração das relações entre empregados e patrões, da concentração da riqueza nas mãos dum pequeno número de ricos e opulentos, da destruição das antigas corporações de proteção, do declínio do sentimento religioso e da corrupção dos costumes, “os trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada”, padecendo assim de um “jugo quase servil”.

Os acontecimentos narrados foram dando ensejo à preocupação daqueles que se viam na condição de defensores do povo, pois percebia que os detentores do poder utilizavam-se da fragilidade humana para buscar o enriquecimento e a busca incessante por bens. O ser humano era coisificado e desvalorizado em sua essência, sendo tratado como uma “máquina” de produtividade, demonstrando o forte desequilíbrio existente onde de um lado a parte forte se preenchia de riquezas e garantia seu bem estar, de outro lado à parte fraca se esvaziava e criava a sua má condição de vida.

Por volta do século XX, essa ideia de Estado Social que rejeitava o liberalismo e também o socialismo marxista de uma forma relativa foi sendo recepcionada nos países ocidentais, e com características de compromisso do Estado em buscar intervir nas relações

particulares com o objetivo de assegurar aos indivíduos uma espécie de equilíbrio, principalmente nas relações entre pessoas de classes sociais diferentes.

Após a Primeira Guerra Mundial, diante de vários acontecimentos e preocupações dos Estados em se garantirem e garantir a sua população, começou a agir de forma mais precisa, intervindo mais nas relações privadas, suprimindo de certa forma o poder das classes dominantes objetivando principalmente o equilíbrio sugerido pela encíclica do Papa Leão XIII. A Igreja Católica influenciou fortemente o início de uma batalha em busca do início dos direitos sociais, proporcionando mesmo que de forma ainda pequena uma igualdade humana, falando em nome daqueles que se viam calados.

Pensando nessa humanização e na desigualdade das classes sociais, tal fator fático gerou grande relevância para o direito, pois sabido é que primeiro a sociedade evolui e o direito busca acompanhar essa evolução na medida de seus conhecimentos da época. Diante de toda essa evolução se viu o Estado incumbido de garantir os direitos sociais como direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, ao qual sem eles o indivíduo não vive de forma harmônica e digna. Nessa perspectiva se buscou a positivação dos direitos sociais em alguns países como na Constituição do México de 1917.

Sobre esse Estado Social que tanto se menciona, João dos Passos Martins Neto (2.003., p. 112), nos fala no seguinte sentido:

Sem dúvida, o Estado Social encontra sua identidade essencial na incorporação ao catálogo *jusfundamental* dos chamados *direitos sociais*, que cumprem desde o início três tarefas predominantes. De um lado, eles atuam na contenção da iniquidade nas relações de trabalho, impondo o respeito a certas cláusulas e condições contratuais mínimas; de outro, eles nutrem o crescimento de uma força operária capaz de rivalizar com o capital pela via da liberdade de associação e do direito de greve; por fim, eles mitigam carências humanas elementares através da garantia ao acesso a bens e serviços essenciais de outro modo inatingíveis para a população pobre.

Com base na busca da amenização das dores humanas, com a finalidade de proporcionar as pessoas condições de vida melhores é que o Estado passa a ser o que podemos denominar como garantidor dos direitos sociais. Garantidor no sentido de prever e de fazer cumprir o direito social independente de quem o violar, o Estado aqui passa para uma posição dupla, pois em uma posição resguarda o direito e de outra se freia em não ser mau exemplo e ser o primeiro a violá-lo.

Ainda no campo do Estado garantidor, podemos afirmar que essa posição expressa do Estado criou no indivíduo um início de esperança em poder melhorar sua condição de vida e de seus familiares, onde ele olha para o Estado não mais como apenas àquele que arrecada impostos e cuida dos seus interesses, mas sim como um guardião dos seus direitos. Essa segurança mesmo que ainda na época de tamanho pequeno, ou seja, ainda precoce, mas já de grande importância para os que lá viviam, criava além da esperança, um sentimento de companheirismo, onde as pessoas não mais se viam sozinhas a lutar pelos seus interesses, mas possuíam agora o ente politicamente organizado em seu favor, e inclusive podendo acioná-lo sempre que seu direito fosse violado ou ameaçado de violação. Passou então a existir um direito à vida em vários aspectos, que foram sendo garantidos, principalmente para possibilitar ao homem não apenas o direito de viver, mas sim o de viver bem.

4 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A importância primária do presente tópico consiste em justamente definir o que se pode entender por Direitos Sociais. Para David Araújo e Nunes Junior, os direitos sociais elencados como de segunda geração, são aqueles estabelecidos pelo Estado com o objetivo de amenizar, diminuir as desigualdades sociais existentes principalmente nos países em desenvolvimento⁵. Pela leitura do art. 6º da “Lei Maior”, podemos perceber que a afirmação do autor é perfeitamente correta, pois em tal dispositivo o legislador consagra direitos

⁵ ARAUJO, Luiz Roberto David; NERES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

intimamente ligados não somente ao homem individualizado, mas sim ao seu ambiente social, bem como a sua família. É pensando num plano mais elástico que se positivou os direitos sociais, pois não se olha tão somente para um determinado indivíduo ou tão somente para direitos individuais, busca-se também um panorama mais amplo, ou seja, coletivo. É nesse sentido que Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2.005, pág. 205), nos acrescenta que:

o capítulo II do Título da Constituição Federal, que arrola os chamados direitos sociais, pode ser dividido em três partes. Na primeira, há a indicação genérica dos direitos sociais; na segunda, estão enumerados os direitos individuais dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos; e na terceira, estão disciplinados os direitos coletivos desses trabalhadores.

Dessa forma, se completa os direitos sociais. Uma junção de direitos individuais com coletivos que visam além de conceder ao homem o mínimo necessário para bem viver, buscar ainda em outro plano fornecer a ele elementos muito mais abrangentes, que terão como consequência o benefício não somente a um ser, mas a toda uma coletividade, ou grupo social. É sobre essa função social que nos fala Zulmar Fachin, ao estabelecer que a prestação social, possui o condão de atribuir à pessoa o direito de receber um benefício do Estado, e que este por sua vez possui o dever de satisfazer esse direito. Pontua ainda o autor, que os direitos sociais encontram grandes dificuldades em se concretizar em meio à sociedade, principalmente no Brasil, devido a forte influência da economia capitalista⁶.

A evolução dos direitos sociais, fazendo uma pequena abordagem histórica foi se aprimorando com o passar dos anos, com uma finalidade interessante de se analisar, principalmente quanto ao aspecto da subsidiariedade, pois mesmo com essa intervenção do Estado em garantir os direitos sociais, pensando no equilíbrio das relações e na minimização das desigualdades entre os indivíduos, há uma busca pelo equilíbrio entre Estado e particular. Concernente a subsidiariedade do Estado Social, João dos Passos Martins Neto (2.003, p.117), nos ilumina no sentido de que:

⁶ FACHIN, zulmar. *Funções dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 07 julho. 2008.

(...) parece justificado que o Estado Social repousa sobre o princípio da subsidiariedade, tendo por fundamento, a um só tempo, a liberdade e a justiça. Com efeito, segundo Torres, a subsidiariedade implica, de um lado, o direito que cada um tem de ser o primeiro responsável por seu próprio destino e, de outro, o dever de intervenção da autoridade pública nos casos em que a iniciativa privada não conseguir produzir o bem comum.

Analisando os argumentos citados, claramente se verifica que além do Estado ter a incumbência de proporcionar o bem comum aos indivíduos, tal dever também tem a iniciativa privada, principalmente os mais favorecidos em face daqueles que por um motivo ou outro não tiveram as mesmas oportunidades e condições de se assentarem sobre um plano econômico, social e cultural melhor.

Essa subsidiariedade tratada que muitas vezes se mostra escondida nos reveste do poder de cobrar o bem comum mínimo em um primeiro momento não do Estado e sim da iniciativa privada, de forma com que suas atividades sejam elas com fins econômicos ou não, não violem os direitos garantidos à pessoa humana. Essa exigência que se deve fazer da iniciativa privada é pautada no contexto de suas relações e atividades, no sentido de que ao tomar atitudes estas por sua vez sejam coerentes e limitadas, limitadas no sentido de respeitar o espaço que pertence ao outro, e nunca agir de forma imprecisa e esbanjadora, violando e adentrando em um espaço de direito que não lhe pertence, e isso também se aplica ao Estado.

Consoante os argumentos acima estabelecidos, não compartilhamos nesse ponto do entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Direitos Humanos Fundamentais, 2.000, pág. 50) ao estabelecer que o sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado. Não somente o Estado é o sujeito que recebe a ordem que está preconizada no verbo “exigir”, essa exigência também é perfeitamente possível de ser feita da iniciativa privada que também deve agir propiciando ao seu semelhante à garantia de seus direitos, claro que numa medida razoável e bem menor do que a do Estado.

Essa limitação dos atos pode ser contextualizada sobre um prisma objetivo quanto a sua aceitação. A denominação se dá como atos objetivos de repercussão social fundamental, que estaria ligado à análise das condutas condizentes com o direito, por isso o aspecto objetivo. Sobre o campo objetivo do ato podemos considerar os atos que são

permitidos pelo direito em todo o seu conjunto, ou seja, atos praticados que não violem os direitos garantidos aos indivíduos, principalmente em sua órbita Constitucional Fundamental.

Se, por exemplo, uma empresa buscando um aumento em seus lucros retira de seus funcionários a cesta básica mensal que costumava fornecer mês a mês, pergunta-se: Tal ato praticado pela empresa é um ato de repercussão social fundamental? A resposta é sim. Agora, a segunda indagação é no sentido de que: Esse ato é permitido pelo direito? Para responder essa pergunta é preciso uma breve análise de algumas questões.

A primeira questão estaria pautada no contexto de que a própria Constituição Federal permite ao empregador mediante acordo coletivo a redução do salário do empregado (art. 7º, inc. VI da CF). Pela lógica de que quem pode o mais pode o menos seria perfeitamente aceitável que a empresa pudesse então retirar dos seus empregados a cesta básica fornecida, desde que amparada por um acordo ou convenção coletiva de trabalho. Sem adentrar nas questões do Direito do Trabalho, o que se pretende é levar o leitor à seguinte análise. Sempre que um ato for praticado e tal ato for apto a gerar efeitos em relação à outra pessoa independente de quem o pratique, ele deve ser analisado por esse prisma objetivo. Se for amparado pela legalidade não há que se falar em violação. Agora se por outro lado, ele estiver violando um direito garantido ao indivíduo, ele deve ser considerado como ilegal, e assim sendo considerado o Estado deve tomar todas as medidas cabíveis para que ele não produza efeitos, ou se já estiver produzindo para que os mesmos cessem o mais rápido possível e se com a conduta o prejuízo já se consumou, deve se busca a sua imediata reparação, ou no mais das vezes tentativa de reparação.

No exemplo levantado acima onde a empresa teria retirado de seus funcionários a cesta básica, sabemos que a pessoa tem direito ao salário mínimo que é garantido em seu plano Constitucional fundamental e vimos também que a própria Constituição Federal permite a redução de tal direito mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Analisando o ato praticado em seu plano objetivo, ou seja, o da permissão do ordenamento jurídico com ato lícito, seria possível a retirada da cesta básica dos empregados diante de que a Constituição garante o direito e ao mesmo tempo a mesma excetua. Temos aqui então duas regras de mesma hierarquia, pois não seria concebível que a Constituição garantisse um determinado direito e a norma infraconstitucional viesse e extinguisse esse direito.

Resumindo, estaríamos aqui lidando com o aspecto objetivo do ato social de repercussão fundamental, levando também em consideração a hierarquia das normas, sendo estas de mesma hierarquia aplicamos a questão da ponderação ao caso em concreto, pois compartilhamos do mesmo entendimento de Robert Alexy⁷, de que normas são divididas em regras, princípios e postulados normativos.

Buscando o equilíbrio tão exaustivamente tratado nas breves considerações históricas, é que almejando um Estado Social de Direito é que o Brasil buscou manifestar expressamente um dos seus mais importantes direitos sociais que é o direito à alimentação. O direito à alimentação antes da redação trazida pela Emenda Constitucional n° 064/2010, garantia o direito à alimentação de uma forma indireta, com a dignidade da pessoa humana.

O direito à alimentação da pessoa humana está entre os direitos sociais juntamente com outros direitos de suma importância que são interligados buscando estabelecer o mínimo necessário para uma vida harmônica em sociedade, buscando favorecer àqueles que são desfavorecidos principalmente pela economia. Ao ler o artigo 6° da Constituição Federal, se percebe a preocupação do constituinte ao buscar assegurar os pilares básicos de uma família formadora da sociedade, e assim dispõe o texto Constitucional:

Capítulo II

Dos Direitos Sociais

Art. 6° São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ao estabelecer os direitos sociais a Constituição Federal ela não elenca quem são os titulares de tais direitos, mas essa questão não leva a grandes problemas analisando pela ótica da limitação, tendo em vista que a Constituição Federal ao tratá-los se vale de

⁷ (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castelhana: Ernesto Gazón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

termos genéricos. Não existe o problema da restrição expressa no texto Constitucional, diferente quando o constituinte trata dos direitos individuais e coletivos estabelecidos no artigo 5º, da Constituição Federal, tema abordado no item 2.2 do presente trabalho.

Para melhor entendermos o que acima foi exposto, vamos para uma breve exposição levantada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2.008, p.91), ao estabelecerem que:

Os demais direitos do art. 6º da CF não estão acompanhados de indicações de titularidade. Devemos entender que titulares são todos aqueles que necessitam de prestações relacionadas à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social. Uma interpretação restritiva, por exemplo, o reconhecimento desses direitos somente a brasileiros, seria inaceitável diante do silêncio constitucional, o qual não inclui indicação restritiva, semelhante àquela que se encontra no art. 5º da CF.

O legislador constituinte utiliza expressões que dificultam a determinação dos sujeitos, como, por exemplo, a expressão “todos” quando trata dos direitos da saúde (artigo 196 da CF). Essa forma genérica de mencionar os sujeitos dos direitos sociais abrange todas as pessoas que de certa forma estão ligadas ao território brasileiro, inclusive independentemente de serem estrangeiros residentes ou não no país.

Essa abstração dos direitos sociais por sua vez possui seu lado positivo e negativo, positivo no sentido de que uma pessoa ao exigir o cumprimento de um determinado direito social dificilmente encontrará em seu desfavor argumentos fortes e incontestáveis de que ele não possua determinado direito. Por outro lado, no aspecto negativo, isso fica num campo abstrato e impreciso para fins didáticos, e pensando nesse aspecto é que buscaremos um melhor entendimento da finalidade do constituinte ao estabelecer os direitos sociais.

Todas as pessoas teriam o direito de exigir do Estado à efetivação de determinado direito social? A resposta a tal pergunta é feita de várias formas, mas entendemos

que não. Analisemos o que nos diz Dmitri Dimoulis e Leonardo Martins (2.008, p. 92), quando afirma que:

Pergunta-se também se se deve distinguir entre titularidade *in abstracto* e titularidade *in concreto*. Esses direitos podem ser exercidos por todas as pessoas que tenham *a priori* a titularidade, ou de se verificar, no caso concreto, o requisito da necessidade do titular para receber a prestação. Um exemplo extremo é dado por um proprietário de luxuosa mansão que venha a exigir moradia do Estado, alegando que a Constituição lhe dá esse direito. A resposta deverá ser que esse direito só é reconhecido *in concreto* a quem efetivamente necessita de moradia. Diante das limitações orçamentárias não se pode justificar pedido de quem possui acesso ao bem ou serviço.

Os direitos sociais possuem um papel importante, pois tratam de direitos que estão ligados ao bem do indivíduo e que são fundamentais para o seu crescimento seja ele cultural, científico ou moral. O Estado ao estabelecer os direitos sociais nada mais está fazendo do que redigir o seu principal objetivo que é zelar pelo bem comum e garantir o mínimo de dignidade e segurança àqueles que estão em seu território.

5 O DIREITO À ALIMENTAÇÃO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 064/2010

Depois de feita uma análise sobre os direitos fundamentais, abordando seus aspectos mais importantes como sua titularidade e também ponderando algumas observações sobre os direitos sociais, cumpre-nos em um último tópico tratarmos principalmente do direito que embasa e motiva o presente trabalho.

O direito ao alimento conforme exaustivamente mencionamos, é considerado como um direito natural, inerente ao ser humano que para ser assim reconhecido independeria de qualquer positivação. Como vivemos em um sistema em que os direitos e garantias são positivados para serem de uma melhor forma apresentados a sociedade e servir de base principalmente para as decisões judiciais é que se faz necessário a prática desse processo legislativo.

Foi pela motivação do positivismo que o legislador brasileiro analisou que seria necessário e adequado haver uma previsão garantindo o direito à alimentação em sua “Lei Maior”, ou seja, na própria Constituição Federal. A “Norma Ápice” de um Estado possui em seu conteúdo os seus principais interesses e objetivos, saindo de um campo da simples política e passando a estabelecer direitos e deveres, recíprocos entre o ente estatal e sua população.

Importante ressaltarmos que a Constituição Federal não foi o primeiro ordenamento jurídico brasileiro a prever o direito à alimentação, pois algum tempo antes o Brasil já havia aprovado no dia 12 de dezembro do ano de 1991 por meio do Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro do mesmo ano o Pacto Internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸, que foi ratificado pelo Decreto 591, de 06 de julho de 1992, que já previa em seu artigo 11, item 01, a seguinte redação:

os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive á alimentação, vestimenta e moradia adequada, 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 sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

⁸ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Foi aprovado pelo Congresso Nacional em 12 de dezembro de 1991, por meio do Decreto Legislativo nº 226, entrando em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992, e promulgado pelo Presidente da República em 06 de julho de 1992 por meio do Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992.

É possível observar que o Direito Internacional já se preocupava numa regulamentação internacional sobre o direito do homem a viver com dignidade, prevendo expressamente no referido Pacto o dever do Estado em criar políticas no sentido de proporcionar ao indivíduo um nível de vida adequado, melhorando assim sua vida e de sua família. Foi nesse mesmo sentido que posteriormente veio o Pacto de São Salvador⁹ fazendo um aditamento à Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰ em seu art. 12, item 01 outra previsão expressa sobre o dever do Estado relacionado à garantia do direito à alimentação, elencando ainda que toda pessoa goza do direito à nutrição adequada, e o desenvolvimento físico, emocional e intelectual regular. Acrescenta ainda o art. 12 em seu item 02 que o Estado possui a incumbência de buscar eliminar a desnutrição, e estabelecer políticas para distribuição e abastecimento de alimentos.

Foi por essa forte onda internacional em busca de garantias nos mais altos ordenamentos jurídicos, que o legislador brasileiro viu a necessidade de estabelecer na Constituição Federal de forma expressa o direito do homem à alimentação. Assim após uma série de debates foi aprovada a Emenda Constitucional n° 064/2010¹¹, que veio inserir em nossa Constituição Federal o direito à alimentação, fazendo uma alteração ao seu art. 6° que passou a vigorar da seguinte forma: *“são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”*. Ainda longe de se resolver o problema, tal ação legislativa demonstra a preocupação do país em demonstrar interesse em erradicar a miséria e estabelecer mecanismos governamentais para proporcionar a população carente garantias ao recebimento de alimento de qualidade e condições suficiente para a nutrição de seu corpo.

Portanto, após a positivação realizada, vários organismos pertencentes ao Estado e vários outros particulares buscaram de certa forma, se aproveitar da repercussão da aprovação da Emenda e estipular projetos no combate à fome, levando ao conhecimento dos

⁹ Pacto de São Salvador foi incluído à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 17 de novembro de 1988 em São Salvador. O Congresso Nacional o aprovou por meio do Decreto Legislativo n° 56, de 19 de abril de 1995, entrando em vigor no Brasil dia 16 de novembro de 1999, e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto n° 3.321 de 30 de dezembro de 1999.

¹⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, é um tratado internacional, que foi criado em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor em 18 de julho de 1978 e serve como base de proteção aos direitos humanos.

¹¹ Emenda Constitucional n° 064/20102, Publicada no Diário Oficial da União em 04 de fevereiro de 2010, modificando o art. 6° da Constituição Federal, incluindo o direito à alimentação como um direito social expressamente previsto.

mais necessitados que o Estado naquele momento passou a reconhecer sem dúvida alguma, o seu maior direito, que é o de sustentar a vida.

Conclusão

Os dados da Organização das Nações Unidas por meio da sua agência chamada FAO apontam que no mundo ainda existem aproximadamente 925 milhões de pessoas que não se alimentam de forma suficiente, não sendo consideradas em estado de saúde regular¹². Dentre essas pessoas, um terço das crianças correspondentes morrem pela desnutrição do organismo¹³. Diante dessa realidade, sabemos que a sociedade justa é o que sempre se esperou, mas ainda não chegou. O direito à vida envolve o direito de permanecer vivo. Por isso, o direito à alimentação é um direito preferencial, pois para gozo de outros direitos é preciso estar vivo. Isso envolve a dignidade da pessoa humana, ou seja, viver dentro de um padrão de condições mínimas para o desenvolvimento perfeito e saudável da espécie humana.

Nutrir o ser humano dando condições de vida é um dever do Estado e um direito natural da pessoa humana, que independe de positividade para ser assegurado, embora no Brasil exista a previsão na Lei Maior. Obviamente que após todo o período negro da história o homem passou a ver a necessidade de codificar as prioridades e interesses do Estado. A lei escrita é uma forma de todos lembrarem que o direito primário existe. Essa positividade possui o condão evitar assim que o mesmo seja violado ou ameaçado de violação.

O Estado Democrático e Social de Direito que nasce no México e na Alemanha busca assegurar os chamados direitos sociais, a fim de que o ser humano possa viver melhor e gozando de seus direitos plenamente, sem nenhum tipo de intervenção que possa restringi-lo ou violá-lo, seja por parte do órgão estatal, ou muito menos por ato do particular. A dignidade

¹² Fonte retirada do sítio: <http://www.onu.org.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-fome-em-2012>. Acessado em: 11 de maio de 2012

¹³ Fonte retirada do sítio: http://www.unicef.org/nutrition/index_33721.html. Acessado em: 11 de maio de 2012.

do ser humano é colocada como ponto máximo do Estado Democrático, que busca colocar o homem como sujeito central do objeto do direito.

Nesse sentido, o que se busca é um aperfeiçoamento do tema e principalmente a conscientização de sua importância para a humanidade. Se há o direito de viver, há também o direito de poder manter a vida. Se o Estado se preocupa com a vida, é preciso também se preocupar com a sua essência, seus pilares que permitem que a mesma exista.

Portanto, sem buscar exaurir toda a repercussão sobre o tema, devemos relembrar o leitor que a inversão de valores na sociedade não pode ser aceita como normal. O homem tem que estar no centro do direito. É preciso um ordenamento jurídico do “ser” e não do “ter”. As políticas públicas devem estar voltadas ao homem médio, analisando assim a realidade brasileira, e não colocar uma máscara como se tudo estivesse pronto e nada precisasse ser feito. Muito mais do que a consciência é necessário à ação dos responsáveis pelo Estado, e a colaboração dos órgãos estatais constituídos para este fim. Não se pode esperar que o outro realize sua obrigação, é preciso que nós cumpramos o nosso dever para motivar o outro também a fazê-lo. E nesse trajeto o homem possa esperar na estação, chegar a tão sonhada sociedade justa; ainda que só venha parte dela, mas que pelo menos venha.

Referências Bibliográficas

DIMITRI, Dimoulis; e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; e NERES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Método, 2008.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal, código civil, código de processo civil, código comercial, legislação civil, processual civil e empresarial**. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.