

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM FACE DA ESCASSEZ DE RECURSOS DO ESTADO

Cleber Sanfelici Otero*
Marcelo Luiz Hille**

SUMÁRIO: Introdução; 2 Dignidade da Pessoa Humana como Núcleo dos Direitos da Personalidade; 3 Direitos Positivos e Negativos; 4 A Escassez de Recursos do Estado como Barreira à Efetivação de Direitos da Personalidade; 5 Escassez de Recursos e os Direitos Fundamentais de Solidariedade; 6. Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico; 7 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destaca a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico nacional, em especial por informar e embasar os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Analisam-se os direitos subjetivos positivos e negativos, bem como a teoria do custo dos direitos, fazendo-se um paralelo com a reserva do possível e contextualização do mínimo necessário. O princípio da dignidade da pessoa humana, amparado pelo texto constitucional pátrio, a exemplo de outros países, mostra-se como norteador da proteção aos mais fundamentais dos direitos, cabendo ao Estado Democrático de Direito a sua efetiva aplicação, mesmo diante das finitas possibilidades de recursos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade; Custo dos Direitos; Reserva do Possível; Mínimo Necessário.

THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON VIS-À-VIS THE STATE'S LACK OF RESOURCES

ABSTRACT: Current investigation underscores the relevance of the principle of the dignity of the human person in Brazilian juridical law, especially by informing and basing fundamental rights and the rights of the personality. Positive and negative

* Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru); Docente do Curso de Graduação em Direito, de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Civil e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar de Maringá - UNICESUMAR; Docente do Curso de Pós-graduação em Direito Previdenciário da Universidade Estadual de Londrina - UEL; Docente do Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil do Centro Educacional Integrado - CEI; Juiz Federal. E-mail: cleberot@yahoo.com.br

** Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar de Maringá - UNICESUMAR; Pós-graduado em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR; Docente do Curso de Graduação da Faculdade Arthur Thomas de Londrina; Advogado. E-mail: marcelo@oliveiraadvogados.adv.br

subjective rights are analyzed and the theory of right costs is investigated through a parallel with the reserve of the possible and the contextualization of the minimum required. The principle of the dignity of the human person, foregrounded on the Brazilian constitutional text, as in other countries, is the basis for the protection of fundamental rights. It is the duty of the democratic state to enforce its application even in the wake of the finite possibilities of public resources.

KEY WORDS: Dignity of the Human Person; Rights of the Personality; Costs of Rights; Reserve of the Possible; Minimum Necessary.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA FRENTE A LA ESCASEZ DE RECURSOS DEL ESTADO

RESUMEN: El presente trabajo destaca la relevancia del principio de la dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico nacional, en especial por informar y basar los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad. Analizándose los derechos subjetivos positivos y negativos, bien como la teoría del coste de los derechos, haciéndose un paralelo con la reserva de lo posible y contextualización de lo mínimo necesario. El principio de la dignidad de la persona humana, amparado por el texto constitucional patrio, a ejemplo de otros países, se muestra como rector de la protección a los más fundamentales de los derechos, correspondiendo al Estado Democrático de Derecho su concreta aplicación, delante, incluso, de las finitas posibilidades de recursos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidad de la Persona Humana; Derechos de la Personalidad; Coste de los Derechos; Reserva de lo Posible; Mínimo Necesario.

INTRODUÇÃO

A dignidade humana encontra-se, atualmente, no centro de muitas discussões no meio jurídico, especialmente pela sua relevância porquanto princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

A sua melhor compreensão é necessária para possibilitar o respeito e a aplicação efetiva tanto pelo Poder Público como também pelos cidadãos, principalmente porque, no caso brasileiro, a dignidade da pessoa humana está estabelecida como norma jurídico-valorativa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Como norma constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana faz refletir a sua orientação sobre todo o ordenamento jurídico, na construção e desenvolvimento tanto do direito público como do direito privado.

A proteção advinda do aludido princípio depende da compreensão das dimensões relativas aos conceitos de direitos subjetivos positivos e negativos, cujo entendimento pode apresentar uma certa divergência em termos teóricos e/ou pragmáticos.

A teoria do custo dos direitos apresenta uma concepção de serem os direitos todos eles positivos, porquanto mesmo a efetivação dos direitos fundamentais individuais - ou seja, direitos de defesa ou negativos, respeitados se houver abstenção suficiente para evitar uma violação - demanda sempre algum tipo de despesa por parte do Estado.

A reserva do possível, costumeiramente alegada para não efetivar direitos positivos ou dependentes de uma prestação estatal, também releva uma preocupação com a escassez do dinheiro, pois os recursos públicos não se mostram suficientes para garantia de todos os direitos fundamentais de uma boa parte das pessoas.

Em contraposição, a teoria do mínimo necessário remete à ideia de condições mínimas para que a pessoa possa ter uma vida digna, independentemente da insuficiência de recursos públicos.

O presente estudo objetiva a análise das teorias e concepções mencionadas, demonstrando um panorama geral a respeito do tema tratado, com a discussão de alguns pontos de convergência e divergência entre tais vertentes doutrinárias, mas ressaltando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para a efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

A proteção dos direitos do ser humano, assim considerados os direitos humanos no plano do Direito Internacional, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade no âmbito interno dos Estados, depende de uma atuação estatal muitas vezes condicionada a gastos públicos.

O custo dos direitos pode aumentar se houver uma gestão adequada e se não existir uma colaboração ampla da própria comunidade e das entidades que atuam nos diversos ambientes econômicos e sociais.

Procura-se identificar de que forma os direitos fundamentais e da personalidade podem receber um tratamento e uma tutela conveniente e se é necessária a implantação de novos mecanismos de controle estatal, que visem a assegurar o

devido respeito aos direitos essenciais das pessoas em detrimento dos interesses exclusivamente patrimoniais.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A dignidade envolve valores relacionados à vida e à humanidade, sendo elevada à categoria de princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros países.

No direito brasileiro, percebe-se um evidente vínculo entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, porquanto o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana fundamenta e orienta a aplicação desses direitos no âmbito do direito público e no âmbito do direito privado, respectivamente, se é que se pode ainda falar em uma divisão de duas ou mais searas jurídicas.

Foi São Tomás de Aquino quem primeiro utilizou a expressão *dignitas humanas*, mas o conceito de dignidade da pessoa humana mais reconhecido no meio jurídico foi concebido por Immanuel Kant.

São Tomás de Aquino ressaltou a capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana (vontade ou livre arbítrio)³ e, principalmente, defendeu a noção de que o fundamento da dignidade encontra-se no fato de que o ser humano, por ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, possui uma substância que subsiste, mesmo se houver a corrupção do corpo, em uma alma racional⁴.

A concepção kantiana, por sua vez, concentra-se na ideia de que a dignidade parte da autonomia ética do ser humano, focando-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. O fundamento da dignidade da pessoa humana é ético, porquanto, se desejamos ser tratados com respeito, também precisamos tratar os nossos semelhantes de igual modo, de tal maneira que o ser humano não pode ser visto nem tratado como um objeto, nem por ele próprio, o que se resume na concepção de que o homem existe como um fim em si mesmo⁵.

³ TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1980, v. II, p. 733 et seq.

⁴ TOMÁS DE AQUINO, 2002 apud DIAS, José Francisco de Assis. *Direitos Humanos: fundamentação onto-teleológica dos direitos humanos*. Maringá: Unicorpore, 2005, p. 242.

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 48, 59 e 65.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, “o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resultam da evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano”⁶. A respeito da importância da dignidade, o autor ainda corrobora:

A dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e a destruição de um implicaria a destruição do outro, assim, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito⁷.

Ante os horrores havidos na Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) veio, logo depois, a prescrever que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos⁸, impulsionando o seu reconhecimento normativo na órbita internacional e interna dos países:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio ao orientar o Direito Internacional e o Interno⁹.

As Constituições do pós-guerra, principalmente na Europa Ocidental, passaram, assim, a reconhecer a dignidade expressamente em seus textos, no intuito de não mais permitir violações de cada ser humano, pelo Estado ou por outras pessoas.

Na esteira desse movimento, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, consagrou o Estado Democrático de Direito e também deu relevante destaque à dignidade da pessoa humana, em seu inciso III, como norma jurídica fundamental:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16.

⁷ *Ibidem*, 2009, p. 17.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova York, 10 de dezembro de 1948. Resolução 217-A(III). Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político¹⁰.

A propósito do tema, destaca Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição¹¹.

A positivação de direitos e, em especial, do princípio da dignidade, possibilita a obrigatoriedade normativa ao respeito da pessoa humana como um todo, buscando atingir a sua plenitude.

O reconhecimento dos direitos que envolvem a proteção ao ser humano se mostra necessário ao fortalecimento da pessoa diante do Estado. Um indivíduo, capaz de exercer plenamente os seus direitos e as suas obrigações, detém condições de se sustentar, prover a sua família, gerar riqueza e, em última análise, contribuir para o desenvolvimento social e econômico do próprio Estado.

Ao ser defendido o princípio da dignidade, busca-se o respeito à vida, à integridade física e à integridade moral do ser humano.

Cabe, assim, ao Estado Democrático de Direito prover meios para que sejam asseguradas as garantias mínimas para a existência digna de todo ser humano, mediante o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade, o acesso à saúde e à educação, entre outros.

Por tal razão, chega-se a se defender a existência de uma maior valoração do princípio da dignidade da pessoa humana, que estaria num patamar de superprincípio ou supraprincípio:

A magnitude do princípio da dignidade humana justamente está refletida no fato de que, em sendo um fundamento da República, é um verdadeiro supraprincípio, o qual orienta e conduz toda a leitura e

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Alexandre de Moraes (Org.). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Cf. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2013.

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 4, 1999, p. 23-47.

interpretação dos demais princípios, garantias e direitos contidos na Constituição, vinculando, além do Poder Público como um todo, os particulares¹².

Com efeito. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental norteador da aplicação das demais normas jurídicas em conformidade com um ideal de justiça que deve sempre se voltar para o respeito às pessoas.

Fernanda Borghetti Cantali conclui a respeito do referido princípio: “O princípio da dignidade humana é considerado um princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano”¹³.

Igualmente, os direitos da personalidade também encontram fundamento de orientação no princípio da dignidade da pessoa humana, ora para a regência das relações envolvendo particulares.

Por outro lado, a falta de reconhecimento da dignidade afeta também o respeito e a noção exata sobre a própria personalidade, o que novamente mostra a dignidade como elemento essencial dos direitos da personalidade.

Ou seja, ao se ter uma vida digna, se torna possível perceber todos os aspectos da personalidade, necessários ao reconhecimento pleno do ser humano.

Acerca da personalidade, Fernanda Borghetti Cantali é enfática: “A personalidade não é um direito, é um valor”¹⁴.

Essa dimensão ético-valorativa da personalidade também é apontada por Diogo Costa Gonçalves, ao defender que apenas merecerá tutela a realidade voltada aos fins da realização humana, à construção do homem como um ser mais, um ser solidário¹⁵.

Ao tratar dos direitos da personalidade, Adriano de Cupis eleva a importância das atribuições do Estado, em especial de seu Poder Legislativo, quanto aos parâmetros para definição e proteção da personalidade do ser humano: “O ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade”¹⁶. E complementa: “A personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”¹⁷.

¹² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 89.

¹³ CANTALI, op. cit., 2009, p. 88.

¹⁴ CANTALI, op. cit., 2009, p. 72.

¹⁵ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 87.

¹⁶ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 20.

¹⁷ DE CUPIS, op. cit., 1961, p. 21.

De fato. Não há dúvida de que uma coisa é a pessoa e a personalidade, ao passo que os direitos respectivos são inerentes à proteção da pessoa e das manifestações decorrentes da personalidade.

Merece destaque a posição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges no tocante à evolução da noção dos direitos da personalidade na doutrina brasileira:

A noção de pessoa e, conseqüentemente, de sujeito de direito era tida como meramente formal, sem conteúdo, pois significava nada mais que a situação de um ente a quem o ordenamento jurídico reconhecia a potencialidade de participar de relações jurídicas, a potencialidade de adquirir direitos e deveres. O conceito de personalidade jurídica esteve, dessa forma, ligado a um papel que o homem pudesse vir a exercer no mundo jurídico, a uma função que ele pudesse vir a ocupar em dada relação jurídica.

Assim, o homem, ao ser dotado de personalidade jurídica, não era considerado como ser humano dotado de dignidade, mas apenas como parte numa relação, um dos pólos num vínculo tecnicamente previsto que ligava um lado a outro, atribuindo a esses pólos direitos e deveres técnicos (jurídicos). Dessa forma, as pessoas, juntamente com os fatos e os objetos eram nada mais que a matéria-prima das relações jurídicas. E, na condição de matéria-prima, eram, por conseqüência, valoradas como meio¹⁸.

O entendimento atual sobre a personalidade é no sentido de que seria um valor jurídico ou um princípio jurídico, sofrendo alteração o conceito no decorrer do tempo: “Na verdade, aquela definição de personalidade (e de pessoa) não coincide com as noções mais recentes de personalidade jurídica, desenvolvidas pelos juristas da teoria da personalidade a partir de meados do século XX”.¹⁹

Assim, trata-se de conceito dinâmico, que se adapta às novas realidades e necessidades das pessoas, as quais precisam da proteção a novos direitos para o exercício pleno da personalidade.

Para a autora, os direitos de personalidade teriam sua base no princípio da dignidade da pessoa humana, aproximando-se as respectivas noções sobre personalidade e dignidade:

O sentido de dignidade enquanto princípio básico do ordenamento jurídico se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, respeito às características e sentimentos da pessoa humana, distinção da pessoa humana em relação aos demais seres. É um sen-

¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

¹⁹ *Ibidem*, 2007, p. 19

tido subjetivo, pois o conteúdo da dignidade depende do próprio sujeito, depende de seus sentimentos de respeito, da consciência de seus sentimentos, das suas características físicas, culturais, sociais. Na atual concepção jurídica de pessoa humana, basta ter a qualidade de ser humano para o ordenamento jurídico reconhecer a qualidade de digno. Adquire-se, juridicamente, dignidade com o simples fato de ser humano, mesmo ainda não tendo nascido²⁰.

Discute-se, a partir dessa orientação fundada na dignidade da pessoa humana, se haveria até mesmo a existência de um direito geral de personalidade, pelo qual seriam considerados não apenas os direitos tipificados como direitos de personalidade na legislação, mas também, além destes, todo desdobramento jurídico a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Seja como for, ainda que não se fale de um direito geral da personalidade, mesmo os direitos tipificados como direitos de personalidade teriam fundamento na dignidade da pessoa humana, devendo ser efetivados em conformidade com a valoração deste princípio.

Tem-se notado, no Direito brasileiro, uma certa preferência pela doutrina que compreende a existência de um direito geral da personalidade, ainda mais como reflexo da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cada vez mais aceita na doutrina e na jurisprudência²¹, principalmente quando encontra embasamento na dignidade da pessoa humana.

Os Estados modernos então assumem compromissos, muitos até positivados, para assegurar condições mínimas de sobrevivência e mais, de manutenção de uma vida digna a cada ser humano. Na Constituição brasileira de 1988, chega-se mesmo a estabelecer, como objetivo fundamental, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. Atribuem-se condições diferenciadas àqueles desprovidos de capacidade econômica ou em situações sociais desfavoráveis.

Para a preservação da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet chega a asseverar a importância do Estado Social ou Estado do Bem-Estar, entre outras denominações, porquanto a sociedade necessita de medidas afirmativas do Estado:

Todas, porém, apresentam como pontos em comum, as noções de certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por

²⁰ Ibidem, 2007, p. 22.

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 236-255.

objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna. Neste contexto, para justificarmos a nossa opção dentre as variantes apontadas, entendemos que o assim denominado 'Estado Social de Direito' constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social²².

Mesmo na ação de medidas afirmativas estatais, no entanto, a dignidade da pessoa humana não deve atuar como justificativa para uma postura extremista.

Tanto a dignidade como os direitos fundamentais devem ser compreendidos e aplicados como forma de impedir fundamentalismos, além de ser obstáculo a posturas arbitrárias, que resultem em violação da pessoa humana.

Denota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é da maior relevância para preservação o Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser protegido e amparado pelo Poder Público, seja por meio de políticas prestacionais, seja pelo seu amplo reconhecimento nas suas mais variadas facetas, permitindo, ainda, a sobrevivência e a vida digna do ser humano.

3 DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Para melhor entendimento dos direitos da personalidade, surge a necessidade de uma breve análise em torno dos direitos fundamentais.

A palavra direito tem vários significados, tanto na língua portuguesa, quanto em outros idiomas, podendo significar ciência jurídica, conjunto de normas positivas ou situação jurídica em particular.

Ao contrário do que ocorre em outros idiomas, na língua inglesa, todavia, o vocábulo Direito pode apresentar sentidos diferentes: *rights* (direitos subjetivos) e *law* (direito objetivo).

A maior compreensão da importância do Direito para o homem defronta com a definição do conceito de direito subjetivo, que pode ser entendido como um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer. Ou seja, pode-se dizer que o direito subje-

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17

tivo envolve sujeito, objeto e poder sobre o objeto.

Existem diversas teorias sobre a natureza do direito subjetivo, dentre as quais sobressaem as teorias de Savigny, Ihering e Jellinek: sucintamente, na teoria da vontade de Savigny, o poder de querer e agir do homem, com base nos direitos naturais, é inerente ao ser humano; na teoria do interesse de Ihering, o direito subjetivo se liga ao interesse de seu titular, protegido por remédios jurídicos que formam uma “casca” em torno deste interesse; na teoria mista ou eclética de Jellinek, o interesse juridicamente protegido é que atribui ao seu titular o poder de querer algo²³.

George Jellinek verificava, ainda, a existência de direitos subjetivos e deveres das pessoas segundo a teoria do *status*, considerando-se a existência de quatro diferentes *status* de acordo com os feixes de relações entre o indivíduo e o Estado.

A propósito, Suzana de Toledo Barros assim explica, de forma resumida, os *status* definidos por Jellinek: o *status* negativo corresponde à esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas; o *status* passivo constitui o campo no qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado, é a esfera de obrigações; o *status* positivo dota o indivíduo de capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas; e, no *status* ativo, o cidadão recebe competências para participar do Estado, com o fim especial de formar a vontade estatal, como no sufrágio²⁴.

Por sua vez, Isaiah Berlin divide os direitos fundamentais em positivos e negativos: os direitos positivos ou liberdades positivas seriam prestações obrigacionais do Estado, ou os denominados direitos sociais, tais como o direito à educação, à saúde, à previdência, dentre outros; os direitos negativos ou liberdades negativas revelariam uma abstenção do Estado, equivalendo aos direitos individuais, como, por exemplo, o direito de ir e vir ou o direito à propriedade²⁵.

A respeito dos direitos positivos e negativos, Flavio Galdino menciona a classificação comumente observada dos direitos fundamentais a partir da necessidade ou não de prestação positiva por parte do Estado para sua efetivação:

Observa-se, então, por importante, que o critério em que se baseia a citada classificação (positivo/negativo) analisada funda-se no pressuposto de que existem direitos subjetivos cuja efetivação independe completamente da atuação positiva do Estado, ou seja, independe de qualquer prestação pública, daí serem chamados de direitos ne-

²³ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 213-214.

²⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 135.

²⁵ BERLIN, apud GALDINO, op. cit., 2007, p. 221.

gativos.²⁶

Uma melhor análise e compreensão desses direitos positivos e dos direitos negativos permite, no entanto, a visualização e a constatação de que, na verdade, a integralidade dos direitos poderia ser considerada como de direitos positivos, porquanto, de algum modo, todos os direitos demandam recursos públicos para serem efetivados.

Assim, seriam direitos positivos tanto os direitos que demandam prestações obrigacionais estatais como também os direitos que comumente são tidos como de abstenção de comportamento por parte do Estado, muito embora também gerem custo para o Estado.

4 A ESCASSEZ DE RECURSOS DO ESTADO COMO BARREIRA À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

A estruturação de um Estado (Social) Democrático de Direito demanda recursos variados para atingir os seus objetivos, com a intervenção na sociedade para proteção aos direitos fundamentais e da personalidade de cada indivíduo.

Holmes e Sunstein, em teoria a respeito do custo dos direitos, referem-se ao amadurecimento e à superação da tipologia de direito subjetivo positivo e direito subjetivo negativo²⁷. Conforme defendem, todos os direitos seriam positivos, pois demandariam algum tipo de prestação pública para sua efetivação, como, por exemplo, o combate a incêndio feito pelo Poder Público para preservar patrimônio particular.

Segundo a teoria, os direitos só existiriam onde há arrecadação suficiente pelo Estado para permitir a efetivação de tais direitos. A intervenção estatal seria, então, uma precondição de funcionamento dos mercados livres e privados.

Pode-se citar o caso da propriedade privada, cuja criação e manutenção depende de agentes públicos, tais como juízes, legisladores, bombeiros, policiais, entre outros, ou seja, servidores pagos pelo erário.

Como todos os recursos são arcados pelo Poder Público, poder-se-ia afirmar que a propriedade privada inexistiria sem a ação pública. O mesmo ocorre com outras liberdades, ditas negativas, tais como a liberdade de expressão, a liberdade de

²⁶ GALDINO, op. cit., 2007, p. 224

²⁷ *Ibidem.*, 2007, p. 220.

contratar ou o direito de voto, as quais necessitam da estrutura pública para serem preservadas.

Na doutrina de Holmes e Sunstein, reconhecem-se apenas direitos positivos, mas não direitos negativos, tendo em vista que todos os direitos subjetivos, segundo eles, necessitam ser custeados pelo Estado para serem efetivados²⁸.

Deste modo, todos os direitos custam, pois ao menos demandam recursos necessários para a manutenção da estrutura judiciária e policial, que possibilita, em última análise, a sua efetivação.

Flavio Galdino, por sua vez, destaca, entre os vários modelos teóricos dos direitos positivos e negativos, o modelo da verificação do limite de recursos²⁹. Consoante tal teoria, a efetividade dos direitos sociais dependeria da reserva do possível.

Em outras palavras, o custo tem caráter fundamental e limita a aplicação do direito positivo. As despesas públicas, então, devem limitar-se à receita obtida pelo Estado e, mesmo com previsão expressa em texto constitucional, as prestações públicas podem esbarrar devido a impossibilidades materiais.

Por tal razão, a aferição dos custos permite maior qualidade nas escolhas públicas em relação aos direitos fundamentais a serem amparados, com um planejamento orçamentário a ser bem realizado.

Destaca-se que os recursos são providos principalmente por meio da arrecadação de tributos pelo Estado.

Para Ricardo Lobo Torres, “o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade e constitui o preço da liberdade”³⁰.

A permanência das liberdades depende da arrecadação de impostos para edificar uma estrutura estatal que seja apta a garantir o devido respeito e a efetividade dos direitos individuais.

Para a concretização dos direitos sociais, por sua vez, a carga tributária aumenta, pois os impostos podem ser majorados ou outros tributos podem ser criados, inclusive novas contribuições sociais.

Ao tratar das ações afirmativas do Estado, Zulmar Fachin salienta:

As discriminações que tenham objetivo de suprimir direitos das pessoas não devem ser admitidas, à luz da Constituição Federal. Elas têm um sentido negativo. Devem-se admitir, no entanto, discrimina-

²⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of right**: why liberty depends on taxes. New York - London: W. W. Norton & Company, 1999, p. 22 e 35-48.

²⁹ Idem.

³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 3.

ções positivas, ou seja, tratamentos diferenciados que permitem as pessoas usufruírem desses direitos³¹.

Há, sem dúvida, pessoas que não detêm, por si, a capacidade de exercer plenamente todos os seus direitos fundamentais, tanto que Norberto Bobbio chega a dizer que “A sociedade de livres e iguais é um estado hipotético, apenas imaginado”³².

Quando o Estado interfere na sociedade, por políticas públicas ou por outros meios, questiona-se, então, se o ente público deteria condições de arcar com os custos para proteção dos direitos de toda a sua população e, em especial, daqueles em situação menos favorável sob o aspecto social ou econômico.

Ao deparar a dignidade da pessoa humana com as políticas sociais, Ingo Wolfgang Sarlet define:

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, condição dúplex que aponta para uma paralela e complexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. A dignidade gera direitos fundamentais contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa da previsão constitucional decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando também por meio de medidas positivas o devido respeito e promoção³³.

O aludido autor observa com presteza a questão da escassez de recursos em face das necessidades de políticas sociais:

Como dá conta a problemática posta pelo custo dos direitos, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” (que não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais), a crise da efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público³⁴.

³¹ FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 259.

³² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 8.

³³ SARLET, op. cit., 2009, p. 135.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 348.

Apesar de o Estado apresentar um orçamento considerável, não restam dúvidas de que os recursos são finitos, tanto no prisma financeiro, como em relação aos recursos humanos ou estruturais, o que demanda a necessidade de um eficiente planejamento para direcionar as verbas públicas da forma mais adequada possível.

Ao seu tempo, José Joaquim Gomes Canotilho analisa a capacidade limitada do Poder Público de prover todas as necessidades da coletividade:

Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale na prática, a nenhuma vinculação jurídica, sustentando que os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõe de vinculatividade normativo-constitucional; e que as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controle judicial quanto esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos³⁵.

Observa-se, portanto, que cabe ao Estado Democrático de Direito uma intervenção, por meio do Poder Judiciário, em caso de inércia do Poder Executivo e do Poder Legislativo, no intuito de proteger a dignidade da pessoa humana.

Pela chamada teoria da reserva do possível, tenta-se sustentar a existência de parâmetros para orientar as ordens judiciais para a efetividade de direitos fundamentais, principalmente em vista da escassez de recursos do Estado.

O emprego da doutrina da reserva do possível faz limitar as providências do Estado ao que ele pode efetivamente cumprir.

De fato, além das previsões legais e constitucionais, há necessidade de que o Estado detenha orçamento suficiente para prover os direitos fundamentais.

Quando se fala em direitos capazes de garantir a dignidade da pessoa humana, há que se ter restrições à ideia da reserva do possível, visto que o Estado deve encontrar meios alternativos para assegurar os direitos fundamentais, mesmo diante da limitação de recursos.

Fabiana Okchstein Kelbert alerta para o caráter prestacional dos direitos sociais, os quais, para a sua efetivação, demandam recursos estatais “especialmente nesse ponto é que a reserva do possível assume maior importância, uma vez que não há como negar que a escassez de recursos efetivamente se apresenta como obstáculo

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481

à realização de todos os direitos sociais a todas as pessoas³⁶.

Conclui-se pela ponderação de valores frente à reserva do possível, pois não se pode admitir que sejam atingidas as condições mínimas para sobrevivência da pessoa humana, já que, mesmo em face dos limites verificados pela escassez de recursos públicos, a manutenção de uma vida digna precisa ser respaldada pelo Estado:

Assim, a questão do mínimo existencial diz respeito a um mínimo em conteúdo que deve ser realizado ou protegido, de modo que sobre ele não recaiam os limites impostos pela reserva do possível, o que se torna problemático quando estiver em causa a existência física do indivíduo³⁷.

O princípio da dignidade humana e do mínimo existencial estariam em contraposição à ideia da reserva do possível, garantindo-se que seja assegurada a liberdade do indivíduo e uma vida digna, as quais devem ser socorridas pelo Poder Judiciário, caso seja preciso:

O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos³⁸.

Observa-se que o mínimo existencial assume uma ótica de preservação das liberdades do indivíduo, porquanto seria “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”³⁹.

Os direitos positivos são garantidos pelo Estado, por variados meios:

³⁶ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.18.

³⁷ KELBERT, op. cit., 2011, p. 102.

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 263.

O *status positivus libertatis* se realiza de diversas formas, ou seja, pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível ou também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, pela entrega de bens públicos⁴⁰.

Com efeito. A reserva do possível não pode ser utilizada como argumento pelo Estado para não oferecer prestações e serviços quando está em jogo o mínimo necessário para as pessoas viverem e sobreviverem com respeito e dignidade.

É interessante a posição de Norberto Bobbio a respeito do referencial ético que se mostra fundamental nas ações afirmativas do Poder Público, que deveria ser melhor observado no trato da coisa pública e, principalmente, quando diz respeito à preservação de direitos fundamentais:

Não basta constatar a mistura do político com o jurídico, deve-se também fornecer instrumentos que possibilitem avaliar qual poder é capaz de gerar exercício jurídico com aceitação coletiva. Este poder é o poder ético. É importante ressaltar que a intersecção entre o ético, o político e o jurídico é algo de extrema importância nesse processo de investigação de uma doutrina politizada do Direito, sendo ela positiva ou negativa⁴¹.

Assim, tanto no desenvolvimento da ideia de quantificar o custo para efetivação dos direitos fundamentais, quanto na doutrina de que o Erário poderia arcar apenas com o financeiramente possível, é indispensável que o legislador, o julgador ou o administrador público exerçam suas atividades com ponderação e razoabilidade, sob pena de violação de diversos aspectos da dignidade da pessoa humana.

5 ESCASSEZ DE RECURSOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SOLIDARIEDADE

Os direitos de solidariedade – direitos fundamentais de terceira dimensão – manifestam-se não apenas em face dos indivíduos em si, mas como proteção dos grupos humanos (família, povo, nação) em razão de interesses difusos e coletivos, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e de não discriminação (mudança de sexo)⁴².

Pode-se, até mesmo, mencionar a existência de um direito à dignidade ge-

⁴⁰ Ibidem, 1999, p. 264.

⁴¹ BOBBIO, op. cit., 2002, p. 10.

⁴² SARLET, op. cit., 2004, p. 56-57.

ral, ou seja, à melhor qualidade de vida e, inclusive, à morte digna.

Em determinadas circunstâncias, esses direitos englobam aspectos relevantes da personalidade, em especial no referente ao respeito que todas as pessoas merecem quanto à manutenção de uma vida digna e à autodeterminação:

Simplesmente, o homem não acontece, não subsiste e muito menos se desenvolve isoladamente. A natureza, por isso, integrou-o num ambiente natural e social onde lhe é possível a existência corporal e o desenvolvimento espiritual, através do concurso de outros homens e da existência de meios ambientais e coisificados.

[...].

Assim, e por um lado, a tutela da personalidade humana exige não apenas a protecção dos seus bens interiores mas também o resguardo e a preservação do seu espaço vital, ou seja, das condições externas, sociais e ambientais, essenciais à sua génese, à sua sobrevivência e aos seu desenvolvimento, bem como ainda a defesa das manifestações e objectivações exteriores dessa personalidade no mundo circundante e que a ela se mantenham unidas e, finalmente, a salvaguarda do direito de participação de cada personalidade nos bens colectivos⁴³.

Por vezes, ante o desenvolvimento tecnológico a afetar atributos da personalidade de indivíduos, há uma certa dificuldade de identificá-los como direitos de terceira geração, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos fundamentais de terceira dimensão, como leciona de Pérez Luño, podem ser considerados uma resposta ao fenómeno denominado de “poluição das liberdades”, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nesta perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (que já foi considerado como direito de terceira geração pela corrente doutrinária que parte do critério da titularidade transindividual), bem como o direito de informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação, etc., mas que – em virtude de sua vinculação com os direitos de liberdade (inclusive de expressão e comunicação) e as garantias da intimidade e privacidade – suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais. De qualquer modo, também com relação aos direitos da assim chamada terceira dimensão importa reconhecer a procedência da lição de Ignacio Pinilla ao destacar a diversificação (e, portanto, a

⁴³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 184.

complexidade) destes direitos⁴⁴.

A orientação valorativa presente no princípio da dignidade da pessoa humana também informa os direitos de solidariedade e, em certas situações, assegura o respeito que deve haver ao mínimo necessário, inclusive com a imposição da obrigatoriedade de dispêndio de recursos pelo Estado para que possam ser protegidos, prestados e efetivados.

Assim ocorre, por exemplo, no caso de haver a efetiva possibilidade ou a real ocorrência de danos decorrentes de mudanças climáticas ou de outros fatores modificadores das condições ambientais que normalmente afetam as pessoas mais próximas do evento.

Ora, não apenas danos já ocorridos, mas também os que estão na iminência de acontecer:

Os riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente *futuro*. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador do risco”. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje. [...].⁴⁵

Se houver o risco efetivo à vida e à dignidade das pessoas, o Estado deve intervir para impedir uma tragédia e, inclusive, criar mecanismos legais para estabelecer que, em situações extremas, particulares também atuem de forma minimizar o sofrimento alheio.

Valemo-nos, mais uma vez, do magistério de Ingo Wolfgang Sarlet:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito. Por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre particulares. [...].⁴⁶

Se a solidariedade não se mostra espontânea, cabe ao Estado promovê-la

⁴⁴ SARLET, op. cit., 2004, p. 57-58.

⁴⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 39.

⁴⁶ SARLET, op. cit., 2009, p. 111.

e, até mesmo, determiná-la em face do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme prevê o art. 3º, inciso I, da Constituição brasileira de 1988.

O Estado é chamado a intervir por meio de um processo político de tomada de decisões, que envolve, em face da necessidade, a escolha de onde irá atuar, a forma como agirá e onde irá investir o dinheiro público a fim de evitar que os danos ocorram ou, se ocorridos, como poderão ser reparados.

Logo, muitas vezes, conquanto o avanço tecnológico seja almejado e incentivado, ele poderá ser impedido pelo controle estatal ou da sociedade, principalmente se houver a constatação de que poderá vir a causar um dano considerável a um interesse coletivo ou difuso.

Nesse aspecto, em face da existência de uma nova cultura política, também os meios de comunicação podem exercer um papel essencial na formação da opinião pública, seja em prol ou em detrimento de uma ação indesejada por parte do Poder Público, seja dos interesses privados⁴⁷.

O direito ao meio ambiente sustentável exige um maior esforço dos Estados para a realização de economias a fim de gerar a inclusão das pessoas, mas sem poluir de forma tão deletéria, sob pena de se colocar em risco a própria sobrevivência do ser humano e da vida de muitas espécies no Planeta Terra.

A destruição das florestas e de outros ecossistemas, a exagerada ocupação urbana, bem como a poluição e o lixo produzido em larga escala e sem qualquer reciclagem causaram e ainda geram um desequilíbrio ecológico, que deixa o ser humano vulnerável em seus direitos essenciais.

É paradoxal a condição humana, pois a transformação do mundo para obter um ambiente mais confortável vem acompanhada de riscos que poderão afetar direitos fundamentais e os direitos da personalidade, principalmente a vida.

O emprego abusivo da tecnologia pode ameaçar os direitos fundamentais, inclusive os considerados de terceira dimensão, além de ferir os direitos da personalidade, como a honra, a imagem, a privacidade e, por vezes, até mesmo a intimidade.

Não apenas pessoas determinadas, mas muitas pessoas podem ter seus direitos violados em face da divulgação de dados e de outros aspectos que envolvam a imagem e a honra, em virtude de uma atividade cuja permissão, em princípio, até seria aceita para fins lícitos ou por interesse público efetivamente relevante, mas que

⁴⁷ BECK, op. cit., 2010, p. 275-301.

se torna abusiva e indevida.

Da mesma forma, um grupo de consumidores pode ser atingido por um comercial com caráter discriminatório, desenvolvido para ser veiculado de forma ampla em meios de comunicação.

Esses aspectos exigem a maior presença estatal por meio da atuação de entes e órgãos para coibir as práticas abusivas, partam elas do próprio Estado ou de particulares.

Assim, o acesso ao Poder Judiciário precisa ser facilitado e ampliado para que tanto as pessoas como as entidades possam, respectivamente, propor ações de caráter individual ou coletivas para a defesa de direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, assim como os direitos da personalidade.

6 DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO

Na pós-modernidade, com o aumento das relações entre os Estados e a aceleração de um mercado global, o Direito estatal está, cada vez mais, acompanhado de um conjunto de normas produzidas por organismos internacionais e, mais recentemente, também por entidades privadas.

O reconhecimento dos direitos humanos, por meio de tratados no âmbito do Direito Internacional, pressiona os países a criarem novas estruturas para efetivá-los como direitos fundamentais, comprometendo, muitas vezes, o orçamento estatal.

Por outro lado, sistemas privados de gerenciamento da atividade privada agora também produzem um regime normativo paralelo, com a edificação de um direito de fato sem conflitar com o positivado pelo Estado, por meio da padronização de procedimentos, a eliminação de barreiras administrativas, a redução de custos de produção e o ganho de eficiência para empresas e instituições financeiras⁴⁸. Muitas vezes, no entanto, esse direito paralelo pode contrariar o direito estatal.

Com efeito. A expansão de empresas multinacionais, que atuam em uma infinidade de setores econômicos e com linguagem e códigos diferenciados, dificulta o controle estatal de suas atividades, as quais, por sua vez, podem afetar os direitos fundamentais e da personalidade, bem como as próprias ações governamentais.

⁴⁸ FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

As atividades das multinacionais podem exigir tanto um dispêndio de dinheiro público para atrair instalações em seu território, como para amenizar os efeitos decorrentes das operações das empresas, seja em relação à poluição, no que tange às condições de vida dos trabalhadores, no referente ao domínio do mercado, etc.

A nova sistemática empresarial produz um conjunto de normas para diferentes setores da economia mundial, sob a perspectiva de uma regulamentação composta por uma grande variedade de regimes regulatórios e em interconexão entre diferentes campos normativos, em constante mudança, por meio de um modelo flexível e adaptável às exigências dos sistemas sociais e econômicos, cada vez mais complexos:

As normatividades espontaneamente forjadas em espaços infranacionais decorrem das necessidades reais de diferentes setores sociais e econômicos cujos interesses substantivos e expectativas normativas já não encontram a acolhida necessária na ordem jurídica estatal. E, no âmbito especificamente empresarial, expande-se uma normatividade própria, com jurisdição não sobre territórios, mas sobre mercados e cadeias produtivas funcionalmente diferenciadas; é uma normatividade que opera por meio de um amplo corpo de práticas, usos e costumes, códigos de conduta ou boas práticas, memorandos de entendimentos e princípios mercantis forjados nas redes transnacionais de comércio com o objetivo de regular o acesso a mercados, balizar e disciplinar as transações e propiciar critérios, métodos e procedimentos para a resolução de litígios, por meio de mecanismos de mediação, conciliação e arbitragem, por exemplo (Slaughter: 2004 e 2005; Black: 2008 e 2010; e Backer, 2010)⁴⁹.

Agora, em face da velocidade das mudanças no setor mercantil internacional, os Estados deixam de exercer o papel de único regulador e passam a uma atuação de coadjuvantes, especialmente porque são dependentes de saberes especializados, de recursos financeiros e de decisões políticas compartilhadas⁵⁰.

De fato, por si só, o Estado contemporâneo da pós-modernidade não consegue mais exercer a fiscalização e o efetivo controle da atividade econômica, principalmente se houver o envolvimento de grandes empresas com expansão comercial em âmbito global, cujas regras próprias podem competir com as normas estatais na produção de um conjunto normativo que visa ao interesse econômico, mas afeta os direitos essenciais do ser humano.

⁴⁹ FARIA, op. cit., 2011, p. 57-58.

⁵⁰ *Ibidem*, 2011, p. 71.

Nesse cenário, o Estado encontra-se em uma situação paradoxal, pois está obrigado a assegurar direitos humanos reconhecidos no plano internacional e os direitos fundamentais e da personalidade no âmbito interno, mas, ao mesmo tempo, não consegue obter um efetivo controle das atividades empresariais praticadas em seu território, as quais, muitas vezes, causam danos a esses direitos.

Torna-se, assim, necessária e relevante a criação coordenada mundialmente de um novo modelo regulatório para as atividades empresariais desenvolvidas em múltiplas localidades no globo terrestre.

A regulamentação conjunta entre os países não deverá impedir o desenvolvimento mercantil, mas deverá estabelecer determinados limites e controle em nível global às empresas, especialmente para evitar a degradação da condição humana e do meio ambiente, seja quando ocorra a utilização vil de mão-de-obra barata das pessoas pobres em países em desenvolvimento, seja pela extração altamente poluente de recursos ambientais ou sem a devida filtragem dos recursos tóxicos produzidos pela indústria ou, ainda, se ferirem os direitos do ser humano.

Enquanto não houver essa regulamentação, que deve ocorrer por meio de um consenso mundial entre governos e as grandes entidades mercantis privadas, os Estados terão que arcar com custos crescentes para garantir a dignidade humana de uma multidão de pessoas lesadas pela atuação de organizações corporativas, muitas vezes sem a responsabilidade delas pelos danos causados, apesar da alta lucratividade obtida.

A expansão econômica das empresas deveria vir acompanhada de responsabilidade social.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina do custo dos direitos não deve representar óbice à efetivação dos direitos subjetivos, mas servir para que seja realizado um eficaz planejamento pelo Poder Público na escolha de quais direitos serão efetivados em determinado momento, considerando que os recursos públicos são arrecadados em caráter permanente e é necessário definir prioridades da forma mais clara possível.

Em análise às teorias expostas, conclui-se que os direitos denominados negativos ou individuais (liberdade, propriedade, etc.) não são mais importantes do

que direitos ditos positivos sociais (saúde, educação, segurança, etc.) ou de solidariedade (meio ambiente e outros).

A opção pela efetivação do direito independe de sua caracterização como individual, social ou difuso, pois todos os direitos subjetivos poderiam ser preteridos, em determinado momento, pelas chamadas “escolhas trágicas” do Poder Público, visto que os recursos financeiros são limitados.

A escassez de recursos do Estado, sejam financeiros ou de outra ordem, obriga-o à valoração e à escolha acerca de qual direito subjetivo deve ser efetivado. Por isso, os direitos subjetivos não podem ser considerados negativos, visto que também teriam sempre um certo custo, concorrente com o custo de outros direitos do ser humano.

Esse reconhecimento do custo é um meio de promover a conscientização e a responsabilidade no exercício dos direitos.

Entende-se que a dignidade da pessoa humana seria circunstância de que se cuida a própria condição humana da pessoa e que, em face desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico-constitucional, dela decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais.

A dignidade da pessoa humana constitui um conceito dinâmico e sempre passível de concretização. A própria discussão em torno de seu sentido teórico e prático revela o quanto a dignidade cumpre sua função de referencial vinculante para o processo decisório no meio social.

É imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, agindo o ente público com razoabilidade com relação aos recursos escassos do Estado.

Considerando-se a maior facilidade de acesso às comunicações e informações, bem como a capacidade de consumo de parte da população mundial, urge falar numa correspondente e crescente globalização dos direitos humanos e da dignidade como fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

A possibilidade de uma humanização da globalização econômica encontra um forte suporte na ideia de uma globalização jurídica a partir do referencial da dignidade humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.

Cabe ao Poder Público realizar um planejamento eficaz para o uso de seus recursos na tentativa de atender e garantir, do modo mais amplo possível, os direitos que se orientam a partir da dignidade da pessoa humana, a fim de possibilitar a

manutenção do Estado Democrático de Direito.

Já no concerto mundial, os Estados precisam proceder a uma regulamentação internacional, de forma coordenada com as corporações, visando a garantir o devido respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos, ao meio ambiente e a outros direitos difusos, para evitar o uso irresponsável do poder econômico.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Alexandre de Moraes (Org.). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2013.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, José Francisco de Assis. **Direitos humanos: fundamentação onto-teleológica dos direitos humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. New York, London: W. W. Norton & Company, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova York, 10 de dezembro de 1948. Resolução 217-A(III). Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 4, p. 23-47, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. Tradução de Alexandre Corrêa. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1980, v. II.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Recebido em: 30 de setembro de 2013

Aceito em: 10 de outubro de 2013