

Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas (*)

GUSTAVO TEPEDINO (**)

SUMÁRIO: 1. *Apresentação do problema: insuficiência da dogmática tradicional e das técnicas do direito privado para a tutela dos Direitos Humanos. Os novos confins do direito público e do direito privado;* 2. *Alguns casos paradigmáticos. A crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar. Superação do individualismo e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nas relações inter-subjetivas;* 3. *Globalização, atividade econômica privada e a proteção dos direitos humanos.* 4. *Em busca da proteção integral da pessoa humana na perspectiva civil-constitucional.*

1. Apresentação do problema: insuficiência da dogmática tradicional e das técnicas do direito privado para a tutela dos Direitos Humanos. Os novos confins do direito público e do direito privado

Muito já disseram os especialistas sobre o percurso histórico da proteção dos direitos humanos, no momento em que, ao final do Século XX, contabilizam-se, em trágico balanço, massacres, guerras, genocídios, fluxos e refluxos de autoritarismo, dominações internacionais, imperialismo e neo-imperialismo, o desapareço pela convivência harmônica entre os povos ⁽¹⁾. Por quanto interessa ao tema aqui proposto, pode-se afirmar que, durante o longo e tormentoso processo de consolidação dos instrumentos de

(*) Aula inaugural do ano acadêmico de 1988 da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no dia 22 de março de 1998, proferida em evento organizado conjuntamente por aquela Instituição de Ensino, o Conselho Estadual de Direitos Humanos e o Ministério Público Federal.

(1) Sobre o tema, especialmente no que tange à conceituação, origens, fundamentos e principais doutrinas dos direitos humanos, **Celso Albuquerque Mello**, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997. V., ainda, para o exame da evolução histórica da proteção dos direitos humanos, **Clémerson Merlin Clève**, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Sistemas Regionais Americano e Europeu* in *Temas de Direito Constitucional*, Curitiba, Editora Acadêmica, 1993.

proteção dos direitos humanos, quer no âmbito do direito internacional, mediante a celebração de tratados e convenções, quer no plano interno, no que concerne aos Textos Constitucionais e às Declarações de Direitos Fundamentais, a matéria manteve-se essencialmente contida nas balizas do direito público.

Vale dizer, a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do Século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na *summa divisio* herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirado pelas idéias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil assegurava a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, concebida a partir do século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. Cuida-se, pois, de duas faces da mesma moeda. A sublimação do indivíduo no direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado da esfera privada ⁽²⁾.

Eis as linhas mestras que, perfeitamente compatíveis com as necessidades da sociedade pré-industrial, mostram-se no entanto abaladas pela crescente demanda da sociedade tecnológica, onde a economia massificada e os avanços científicos perturbam a demarcação antes cristalina dos territórios do direito público e do direito privado. O dirigismo contratual, de um lado, e a formulação de novos meios – processuais e substanciais – de controle e de participação social corroboram este fenômeno de superposição dos espaços público e privado, suscitando uma redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual. Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções de índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade ⁽³⁾.

⁽²⁾ Sobre o tema, fazem-se sempre estimulantes as páginas clássicas de Michele Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 391 e ss.

⁽³⁾ V. Antonino Procida Mirabelli di Lauro, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli, ESI, 1993, especialmente o segundo capítulo, *Riparazione integrale*, p. 103 e ss., com ampla bibliografia. O processo de objetivização da responsabilidade civil em diversos países

Diante dessas circunstâncias, verifica-se igualmente a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado, consubstanciadas na doutrina dos direitos da personalidade. Afinal, a tipificação (de cunho monista ou pluralista) dos direitos da personalidade, concebida sob o paradigma dos direitos patrimoniais, com sua meticulosa taxionomia, a definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para a sua proteção, mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico ⁽⁴⁾.

2. Alguns casos paradigmáticos. A crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar. Superação do individualismo e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nas relações intersubjetivas

Os exemplos das deficiências acima expostas são inúmeros, todos eles confrontando a atividade econômica privada com a tutela dos direitos fundamentais. Examinem-se alguns casos emblemáticos. O primeiro deles foi registrado na recente experiência francesa ⁽⁵⁾. O Prefeito de *Morsang-sur-Orge*, valendo-se do seu poder de polícia, interditou o espetáculo, em cartaz numa certa discoteca, constituído pelo arremesso de um homem de pequena esta-

mostra-se indiscutível, sobretudo em setores como o meio ambiente. Cf. **Barbara Pozzo**, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità - esperienze giuridiche a confronto*, Milano, Giuffrè, 1996. A insuficiência dos mecanismos subjetivos da responsabilidade aquiliana foi acentuada, nos anos 60, por **Stefano Rodotà**, *Il problema della Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1967, sendo notáveis os esforços de certa corrente doutrinária no sentido de racionalizar a matéria, ainda que em perspectiva estritamente econômica. V., nesta direção, a contribuição fundamental de **Guido Calabresi**, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1975.

⁽⁴⁾ Ao propósito, apresenta-se fundamental a obra de **Pietro Perlingieri**, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, ESI, 1972. A necessidade de construir critérios interpretativos capazes de integrar as diversas fontes normativas incidentes sobre a atividade econômica privada é proposta por **Stefano Rodotà**, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, onde se analisa, magistralmente (no capítulo segundo, *Buona fede e correttezza nel quadro dell'integrazione*, p. 112 e ss.) o papel das cláusulas gerais para uma revisão crítica da teoria dos negócios jurídicos. Ainda em tema de cláusulas gerais, na perspectiva de superação da técnica regulamentar, v. **Maria Costanza**, *Profili dell'integrazione del contratto secondo buona fede*, Milano, Giuffrè, 1989, com amplas referências bibliográficas.

⁽⁵⁾ A preocupação com a integração das normas de direito público e de direito privado na França tem-se acentuado na última década. V., por todos, **Marc Frangi**, *Constitution et Droit Privé - Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, com minuciosa seleção de julgados e ampla bibliografia relativa ao direito francês.

tura – um anão – pelos clientes, de uma lado a outro do recinto, em certame com objetivos de entretenimento ⁽⁶⁾.

A decisão da Prefeitura, que pretendia debelar a visível humilhação a que era submetido o anão, teve fundamento no art. 3º da Convenção Européia de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. O problema é que o próprio anão, litisconsorciado com a empresa interessada, recorreu ao Tribunal Administrativo, obtendo êxito em primeira instância, ao argumento de que aquela atividade não perturbava “a boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas”, aspectos em que se circunscreve o poder de polícia municipal. Em outras palavras, a tutela da dignidade humana, só por si, segundo a jurisprudência francesa até então vigente, não integrava o conceito de ordem pública. O pedido fundamentava-se, ainda, no fato de que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês ⁽⁷⁾. O caso acabou sendo submetido, em grau de recurso, ao Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa que, alterando o entendimento dominante, reformou a decisão do Tribunal de Versailles, assentando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (e que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana” ⁽⁸⁾.

Observou-se, ainda no exame da mesma hipótese, que o Conselho de Estado, ao valer-se de princípio inculcado na Convenção européia, adotou

⁽⁶⁾ A descrição do caso e todos os elementos dele extraídos foram colhidos da arguta análise do Professor **Joaquim Barbosa Gomes**, *O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa*, in *ADV-COAD, Seleções Jurídicas*, 1996, n. 12, p. 17 e ss.

⁽⁷⁾ Salienta o mesmo autor que o caso representou “uma limitação clara à liberdade individual e à liberdade de iniciativa, mais conhecida naquele país como ‘*liberté du commerce et de l’industrie*’”, tendo o anão alegado que “aderira ‘voluntariamente’ ao programa, mediante remuneração (...) Por outro lado, na condição de desempregado e ainda por cima inferiorizado no mercado de trabalho em razão da própria deficiência física, aquela atividade era para ele nada mais do que um meio de sobrevivência como outro qualquer. Proibi-lo de exercê-la significava, portanto, do seu ponto de vista pessoal, a privação do gozo de um direito inalienável: o direito ao trabalho” (*O Poder de Polícia, cit.*, p. 19).

⁽⁸⁾ **Joaquim Barbosa**, *ob. cit.*, p. 17. Vale conferir o texto original: “*Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie de pouvoir de police municipale peut, même en absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte à la dignité de la personne humaine*” (RDP, 1996, p. 564). **Joaquim Barbosa** sublinha ainda a importância da decisão que provocou uma reviravolta na jurisprudência anterior, construída pelo próprio Conselho de Estado, a partir do caso Benjamim, de 1933, que consagrava a excepcionalidade da intervenção do poder de polícia; “*la liberté est la règle, la restriction de police l’exception*”.

orientação em sentido análogo à tendência do Conselho Constitucional da França, o qual, na ausência de norma expressa, decidiu, em 1994, "ao examinar a arguição de inconstitucionalidade de uma lei versando sobre doação e utilização de elementos e partes do corpo humano, 'elevant' o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de '*principe à valeur constitutionnelle*'. E o fez valendo-se não de uma disposição da Constituição em vigor (de 1958), mas de uma declaração de princípios inserida na Constituição do pós-guerra (1946)" ⁽⁹⁾.

Tais considerações servem a demonstrar, sem possível discussão, que a proteção dos direitos humanos, nos dias de hoje, reclama análise interdisciplinar, concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada.

O segundo caso a ser trazido à baila refere-se à transexualidade. À falta de expressa previsão legal, doutrina e jurisprudência mostram-se resistentes à admissão da intervenção cirúrgica de alteração do sexo e, mais grave, contrárias à retificação do registro civil para a mudança do sexo e do nome do transexual, mesmo após a cirurgia, normalmente realizada no exterior. Além dos inúmeros inconvenientes sofridos por transexuais com projeção na imprensa ⁽¹⁰⁾, vale relatar hipótese em que o descompasso entre a realidade fática e a legislativa (*rectius*, interpretativa) propiciou verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana.

Após dez anos de vida conjugal na Dinamarca, com um marido francês e um filho adotado segundo a legislação francesa, um brasileiro transexual, chamado Juracy, veio ao interior da Bahia para visitar a família. Decidiu, então, com o marido, adotar uma criança abandonada, José, com 6 anos de idade, "à moda brasileira", ou seja, registrando-a como filha do casal. Juracy foi presa pela polícia federal no momento em que pretendia obter o passa-

⁽⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 20.

⁽¹⁰⁾ O caso mais notório parece ser o de Luís Roberto Gambine Moreira, conhecido como Roberta Close, submetido à cirurgia de alteração de sexo em Londres, em 1989. Em 1992, através de substancial sentença de 58 laudas, cuidadosamente proferida pela Juíza Dra. Conceição Mousnier, da 4ª Circunscrição de Registro Civil, após perícia médica, foi-lhe autorizada a alteração de nome e alteração de sexo, nos termos do pedido, para que passasse a se chamar Roberta, com indicação do sexo feminino. O Ministério Público recorreu, tendo então a 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade, através dos Desembargadores Geraldo Batista, Luís Carlos Guimarães e Carpena Amorim, reformado a sentença, para manter o nome e o sexo masculino na Certidão de Nascimento de Roberta Close. O Recurso Extraordinário que se seguiu foi inadmitido, assim como improvido foi o agravo de instrumento interposto contra a sua inadmissão, deixando assim a Suprema Corte de examinar a matéria. Conforme amplamente divulgado pela imprensa, a referida artista mudou-se para a Suíça, onde constituiu família, casando-se e assumindo integralmente a sua condição de mulher.

porte para José, tendo-lhe sido imputada a prática dos crimes de uso de documento falso (art. 304, C.P.), promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior (art. 239 da Lei nº 8.069/90) e falsidade ideológica (art. 299, C.P.), além de ter sido questionada pelo Ministério Público a adoção de uma criança por um casal de homossexuais.

A partir daí, a vida da família transformou-se em verdadeiro pesadelo, no qual se produziram danos irreparáveis. Juracy foi recolhida ao pavilhão masculino do aterrorizante presídio de Água Santa, no Rio de Janeiro, onde foi submetida, certamente, à mais vil degradação. Seus filhos, o maior deles um adolescente estudioso, responsável e poliglota, segundo consta nos autos, foram recolhidos a um asilo de menores. O pai, também denunciado, foi posto em liberdade mediante o pagamento de fiança, afirmando em juízo desconhecer inteiramente, assim como o filho adolescente, a transexualidade de Juracy.

Ambos os réus foram absolvidos no processo criminal, tendo a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, mantido a sentença, rejeitando o recurso interposto pelo Ministério Público, através de acórdão assim ementado:

“Criminal - Uso de Documento Falso - art. 304 do CP.

I - Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para menor.

II - Constatação de que a mãe do menor, constante do registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de nascimento.

III - A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais que se submeteram a cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alterarem a certidão de nascimento, gera situações como a dos autos, por inexigibilidade de outra conduta.

IV - Se a jurisprudência tem entendido que inexistente o delito se a falsa identidade visa a esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original.

V - O artigo 304 do CPB exige, além do dolo, a intenção de obter vantagem ou causar prejuízo, o que inócorre no presente caso”.

VI - Recurso Improvido" (11).

O terceiro caso a ser destacado, na esteira das mesmas considerações até aqui desenvolvidas, alude à possibilidade de se exigir do réu, na ação de investigação de paternidade, que se submeta ao exame de D.N.A., mesmo contra sua vontade.

A jurisprudência, tendencialmente, tem tomado posição pela impossibilidade do constrangimento físico do réu, servindo a recusa como prova, em favor do autor, do vínculo de paternidade, a ser sopesada pelo magistrado no conjunto probatório. Alguns autores têm se manifestado no mesmo sentido, em homenagem ao "direito individual, fundamental, constitucional, natural da pessoa à sua integridade corporal. Violaria o direito constitucional à intimidade (art. 5º, n. X) constranger-se alguém a fornecer material ou substância para um exame biológico" (12).

A matéria foi submetida de recente ao Supremo Tribunal Federal, em *Habeas Corpus* impetrado contra a obrigatoriedade do exame determinada pelo juiz monocrático no Rio Grande do Sul, em decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. A Suprema Corte, por maioria apertada, manifestou-se pela concessão da ordem, em acórdão redigido pelo Ministro Marco Aurélio, assim ementado:

Investigação de Paternidade - Exame DNA - Condução do Réu "Debaixo de Vara". Discrepa, a mais não poder, de e garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório "debaixo de vara" para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a dou-

(11) Os elementos acima apresentados constam da apelação criminal n. 92.18299-0/RJ, julgada em 8 de março de 1993, tendo sido Relatora a Dra. Tânia Heine e vencido o Dr. Clélio Erthal.

(12) Zeno Veloso, *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 110.

trina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.

No controvertido julgamento restaram vencidos os eminentes Ministros **Francisco Rezek**, **Sepúlveda Pertence** e **Ilmar Galvão**, tendo sido Relator o primeiro deles, com voto primoroso em que coteja, de um lado, os direitos à intangibilidade e à intimidade, aqui atingidos pelo dever de oferecer um fio de cabelo para o exame e, de outro, os direitos à investigação de paternidade e à elucidação da verdade biológica, concluindo pelo prevalecimento destes últimos. E remata: “A Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado”⁽¹³⁾.

Ao comentar criticamente o acórdão, observou-se, argutamente, em doutrina, que a hipótese caracterizaria abuso de direito por parte do réu: “o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade”⁽¹⁴⁾.

O quarto e último caso posto à colação, particularmente inserido na problemática dos direitos humanos, diz com a prisão civil por dívida, expressamente rejeitada pelo art. 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 678/92, que dispõe:

“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que, por não prevalecer a norma internacional em face da Constituição Federal, conforme o en-

⁽¹³⁾ Ac. S.T.F., n. 71373-4-RS, de 10.11.94 (D.J.U., 22.11.94, p. 45686).

⁽¹⁴⁾ **Maria Celina Bodin de Moraes**, “Recusa à Realização do Exame de D.N.A na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade”, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas* (Org. Vicente Barretto), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 194.

tendimento há muito pacificado naquela Corte ⁽¹⁵⁾, a norma transcrita deve se curvar à Constituição de 1988, a qual, por sua vez, assim como a Carta anterior, autoriza a lei ordinária a regular a prisão civil nos casos de depositário infiel. Veja-se a ementa do acórdão da lavra do Relator para o acórdão, **Ministro Moreira Alves**:

"Habeas Corpus. Prisão Civil do Depositário Infiel - Alienação fiduciária em face da atual Constituição. Cabimento da prisão em face do art. 5º, LXVII/CF. Pacto de São José - Norma infraconstitucional que não pode contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII no que diz respeito à prisão civil do depositário infiel - Norma geral que não derogou as normas infraconstitucionais especiais sobre a prisão civil do depositário infiel. HC indeferido

(16)

À arguta objeção de que, sendo o texto internacional equiparado à lei ordinária, teria o condão de revogar, por ser aquele posterior a esta, a prisão do depositário infiel, argumentou o **Ministro Moreira Alves** que a lei geral não revoga a lei especial, rematando: "ainda que se considere este Tratado como lei ordinária, é de sabença também comum, que está na Lei de Introdu-

⁽¹⁵⁾ Sobre o ponto, v. a minuciosa retrospectiva crítica da jurisprudência do STF empreendida por **Jacob Dolinger**, "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo", in *Revista Forense*, vol. 334, 1996, p. 71 e ss. V., ainda, o passo incisivo do voto do Relator no acórdão passado em revista, quando afirma: "Todos sabemos - e hoje, então, com muito mais evidência do que em face da Constituição de 1969- que os tratados do Direito Brasileiro estão equiparados às leis ordinárias, não têm supremacia sobre a Constituição e hoje, com muito mais razão, por um fato singelíssimo, o de que, como Suprema Corte do País, temos competência para julgar as questões em que haja desrespeito à Constituição e o STJ, que é um Tribunal hierarquicamente inferior ao nosso, tem como competência, em recurso especial, julgar as contrariedades ou as negativas de vigência a Tratados. Não é possível que, se o tratado se sobrepujasse à Constituição, a Suprema Corte julgue as suas questões e não as dos tratados." Na mesma direção, vale examinar o recente julgamento do Recurso Extraordinário n. 172720-9, R.J., julgado pela 2ª turma do STF em 6 de fevereiro de 1996, sendo Relator o **Ministro Marco Aurélio** (D.J. 21.02.97, ementário n. 1858-04). No acórdão, relativo a extravio de bagagens, a Corte consagrou a responsabilidade por danos morais excedente à indenização tarifária fixada pela Convenção de Varsóvia, salientando-se, no voto do **Ministro Rezek**, especialista na matéria, "o fato de que a garantia constitucional da indenizabilidade do dano moral é algo que prevalece sobre obrigações internacionais de nível ordinário (no caso, os velhos textos de Varsóvia e Haia)".

⁽¹⁶⁾ *Habeas Corpus* n. 72.131 - RJ., julgado em Sessão plenária de 23 de novembro de 1995, sendo vencidos os **Ministros Marco Aurélio** (Relator), **Francisco Rezek**, **Carlos Velloso** e **Sepúlveda Pertence** (Presidente). A ementa e os votos orais, sem revisão, foram gentilmente cedidos pelo **Ministro Relator**, antes de sua publicação.

ção ao Código Civil (art. 2º, § 2º), que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. E aqui, isto é em demais evidente. Este é um Tratado de princípios gerais que não são nem princípios de natureza legal ordinária”.

Assim decidindo, a Suprema Corte, posto que por apertada maioria, confirma uma perigosa tendência, incentivada pelas sucessivas crises econômicas que paulatinamente reformulam os institutos e as práticas jurídicas, no sentido da difusão da prisão civil por dívida, veiculada pela alienação fiduciária em garantia, como sanção ordinária aposta aos empréstimos em dinheiro ⁽¹⁷⁾. Não é por acaso que, após a impressionante expansão da alienação fiduciária em garantia, de modo a alcançar bens fungíveis e bens que já pertenciam ao patrimônio do devedor no momento da celebração do financiamento (e não apenas os bens objeto do financiamento), tratou o legislador de regular a alienação fiduciária para o financiamento de bens imóveis. E a prisão civil por dívida, que se pensava abolida da civilização ocidental desde a *lex Poetelia Papiria*, de 326 a. C. ⁽¹⁸⁾, parece passar de exceção à regra, a despeito da eclosão de Tratados, Convenções, Pactos e Constituições que proclamam a tutela dos direitos humanos.

A tais casos concretos poder-se-iam acrescentar outros, atinentes à bioética, à inseminação artificial, a conflitos envolvendo as novas tecnologias e às redes de informática. Servem todos a corroborar, em síntese estreita, a tese aqui sustentada no sentido de que a proteção dos direitos humanos não mais pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível mesmo aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer a uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando por isso mesmo um controle social com fundamento nos valores constitucionais. Por outro lado, como acima enunciado, no campo das relações privadas, a usual técnica regulamentar mostra-se avessa à proteção dos direitos humanos, pois que incapaz de abranger todas as hipóteses em que a pessoa humana se encontra a exigir tutela.

A Constituição da República, ponto de equilíbrio entre as diversas forças políticas nacionais, oferece parâmetros para o exercício do necessário con-

⁽¹⁷⁾ Sobre o tema, em particular sobre a expansão subjetiva e objetiva da utilização da alienação fiduciária em garantia, com minuciosa retrospectiva jurisprudencial, seja consentido remeter a **Gustavo Tepedino**, “Efeitos da Crise Econômica na Execução dos Contratos”, in *Revista da Faculdade de Direito (UERJ)*, Ed. Renovar, vol. 4, 1994, p. 195 e ss.

⁽¹⁸⁾ O interessante contexto em que se concebeu a *lex poetelia* é relatado magistralmente por **Pietro Bonfante**, *Storia del diritto romano*, vol I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 213.

trole da atividade econômica privada. Seja por seu caráter compromissório, seja pela maior estabilidade do processo legislativo necessário à sua revisão, seja por sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, deve ser utilizada sem qualquer cerimônia pelo operador, aproveitando-se da opção do constituinte pela intervenção nos institutos do direito civil, como propriedade, família, atividade empresarial, relações de consumo ⁽¹⁹⁾.

No que tange especificamente à proteção da pessoa humana, mantém-se despercebida, as mais das vezes, pelos civilistas, a cláusula geral de tutela fixada pela Constituição, nos arts. 1º, nº III; 3º, nº III e 5º, § 2º.

Segundo o art. 1º, nº III, a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nos termos do art. 3º, III, constituem-se objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Finalmente, pelo art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos na Constituição (com aplicação imediata, consoante o § 1º) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Tais preceitos, inseridos como foram no Título I, compõem os princípios fundamentais da República, os quais, segundo a técnica adotada pelo constituinte, precedem topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais. Vale dizer, a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas ⁽²⁰⁾.

Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.

⁽¹⁹⁾ V., na perspectiva do texto, **Maria Celina Bodin de Moraes**, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", in *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993, p. 21 e ss.

⁽²⁰⁾ Dentre os constitucionalistas, a tese da Constituição como compromisso e a necessidade de sua aplicação imediata nas relações de direito privado é sustentada por **Clémerson Merlin Clève**, em sua conferência "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)", proferida no Seminário Nacional sobre o Direito Alternativo promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, in *Seleções Jurídicas ADV-COAD*, 1994, n. 1, p. 45 e ss. V., ainda, para um pormenorizado exame dos métodos e princípios de interpretação constitucional, **Luís Roberto Barroso**, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, especialmente, p. 97 e ss.

3. Globalização, atividade econômica privada e a proteção dos direitos humanos

As preocupações acima manifestadas tornam-se ainda mais inquietantes quando se pensa no inelutável processo de globalização que norteia a economia mundial e que se apresenta permeado por duas tendências contraditórias: de uma lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania nacional, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas consequências em termos hermenêuticos, no que tange aos direitos humanos na atividade econômica privada ⁽²¹⁾.

Verifica-se, em primeiro lugar, um choque de fontes: o ordenamento interno, quase sempre intervencionista, destinado a garantir a igualdade substancial no cenário nacional, fruto de formações legislativas do pós-guerra e, no caso brasileiro, consagrado pela Carta de 1988; e as fontes externas, supranacionais, que se pretendem liberalizantes no intuito de facilitar a formação dos mercados e das transferências de capital e trabalho. Ocorre que tal contraste normativo não pode significar um aniquilamento dos valores internos que asseguram a estabilidade social e o respeito à tábua axiológica nacional ⁽²²⁾.

Em segundo lugar, percebe-se a tentativa de se suplantar, através da normatização supranacional, as conquistas sociais internas, as quais acabariam por representar barreiras não-tarifárias à unificação dos mercados globalizados. O exemplo típico deste fenômeno é o nosso Código de Defesa

⁽²¹⁾ As diversas repercussões, no plano ético e jurídico, do processo de globalização econômica são examinadas nos estudos de Agostinho Ramalho, Jacinto Coutinho, Wilson Ramos, Manoel Eduardo Gomes e Luiz Edson Fachin, *Direito e Neoliberalismo - Elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba, Edibej, 1996.

⁽²²⁾ Tal preocupação é particularmente sentida em Pietro Perlingieri, *Diritto comunitario e legalità costituzionale - per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ESI, 1992, o qual salienta, em passo lapidário (p. 19-20): "La pluralità delle fonti implica la loro armonizzazione. Il mito delle più ampie unificazioni legislative ed anche quello dell'applicazione uniforme del diritto deve fare i conti con la realtà, sempre risorgente nella storia e sempre vincente, della diversità dei localismi. Il realismo cioè induce a sottolineare la necessità di un coordinamento secondo una gerarchia di fonti e di valori formalizzati ed una ripartizione di competenze stabilita e garantita. Il 'sistema giuridico' complessivo terrà in conto le peculiarità nazionali e regionali, le diversità che esistono in una comunità di popoli".

do Consumidor, que impõe restrições à atividade econômica dos fornecedores bem mais rígidas do que aquelas a que são submetidos os empresários dos demais países do Mercosul.

Sublinhe-se, em terceiro lugar, o risco de se subestimar e comprimir as realidades culturais internas, no âmbito das quais se encontram consagrados altos níveis de demandas coletivas, novos direitos, conquistas sociais importantes.

Prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos. Os direitos sociais e a expansão do exercício da cidadania passam a ser vistos como custo econômico da produção, no panorama da competição internacional, sem levar em conta as desigualdades sociais de certos países, nos quais – mercê de processo histórico e político que os exclui do rol dos chamados países desenvolvidos – há de se destinar portentosa soma orçamentária às políticas públicas destinadas à efetivação da justiça distributiva (como, de resto, determina a Constituição de 1988) para que se possa garantir um mínimo de dignidade social.

Cria-se, desse modo, um falso dilema entre os investimentos em fatores que ofereçam competitividade internacional e os investimentos sociais, que propiciam o pleno desenvolvimento da pessoa humana, a efetivação da cidadania, a consolidação dos direitos do homem.

A busca da competitividade, nesse contexto, acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.

Tal cenário se agrava na medida em que a absorção de Tratados internacionais de proteção à pessoa humana e de garantias sociais é vista com desconfiança pela mídia, exatamente pelos custos que representa, ou seja, pelo perigo de que o ingresso de novos princípios fundamentais represente um entrave à maximização dos resultados econômicos.

Aponte-se, ainda, no plano do direito privado, permeado pela mesma lógica de mercado, uma perigosa e equivocada tendência a reduzir a pessoa humana – e portanto a sua tutela – a simples sujeito de direito, através de expediente técnico que, em verdade, desconsidera a diversidade axiológica, nos termos do ditado constitucional, entre a pessoa humana e a empresa privada. Exemplo disso é a construção doutrinária em matéria de ressarcimento por danos morais, indistintamente aplicada às pessoas físicas ou jurí-

dicas, além da teoria dos direitos da personalidade das pessoa jurídicas, bem como, no plano da retórica, a eloqüente referência à *empresa cidadã*, expressão utilizada recentemente no discurso oficial.

4. *Em busca da proteção integral da pessoa humana na perspectiva civil-constitucional*

Em conclusão, pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica e, mais genericamente, nas relações de direito privado, consolida-se na interpenetração dos espaços público e privado, fazendo-se a cada dia mais urgente, na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a “despersonificar” o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica.

Faz-se imprescindível, diante disso, que a absorção dos Tratados de proteção aos direitos humanos não seja levada a cabo à luz de parâmetros econômicos ou meramente mercadológicos; e que, na compatibilização das fontes normativas, possa ser preservada a tábua de valores culturais, jurídicos e éticos nacionais, consagrada nos Textos constitucionais e na história jurisprudencial de cada país ⁽²³⁾.

Impõe-se, finalmente, uma nítida separação conceitual, no plano interpretativo, entre os valores sociais e os valores econômicos que presidem o ordenamento; entre a pessoa jurídica e a pessoa humana; entre a lógica de mercado e a lógica existencial, concernente ao cidadão, para o qual há de se voltar, em última análise, toda a ordem jurídica contemporânea.

(23) Para o exame dos diversos aspectos relativos à mais que complexa integração normativa supranacional, v. os atos de importante congresso internacional reunidos em *Diritto Privato Comunitario – Fonti, Principi, Obbligazioni e Contratti* (coord. Vito Rizzo), Napoli, ESI, 1997, 2 vols.

(*) **Gustavo Tepedino** é Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
