

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - Mestrado**

Dione Beatriz Duarte Nogueira

**O NOVO CONCEITO DE PROPRIEDADE NO PROCESSO DA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Santa Cruz do Sul, fevereiro de 2009.

Dione Beatriz Duarte Nogueira

**O NOVO CONCEITO DE PROPRIEDADE NO PROCESSO DA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Pós - Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul, fevereiro de 2009.

Dione Beatriz Duarte Nogueira

**O NOVO CONCEITO DE PROPRIEDADE NO PROCESSO DA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós- Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

*Pós - Dr. Jorge Renato dos Reis*

Professor Orientador

*Dra. Fabiana Marion Spengler*

*Dr. João Marcelo de Lima Assafin*

*Ao meu pai Carlos Nilsson Duarte, meu melhor amigo, companheiro de todos os momentos, homem de uma educação, compreensão e harmonia que mesmo ausente apenas fisicamente, mas cujo exemplo e amor eterno me acompanham sempre, - com muita gratidão e imensa saudade.*

*À minha família - força e compreensão:*

*À minha mãe dedico em especial este trabalho, exemplo de mulher, por todo apoio, amor e incentivo e pela imensa lição de vida que é acreditar na conquista de um ideal, de um sonho, que sem a sua ajuda essa conquista não seria realizada – a minha eterna gratidão.*

*À minha filha Bruna, pelo companheirismo, amor e compreensão por todo esse período de dificuldades, ausências e privações. – o meu eterno amor.*

*À minha irmã Leila, que sempre me estimulou nos piores momentos de cansaço, e principalmente, por ter acreditado que seria possível alcançar chegar até aqui – o meu carinho e confiança.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço especialmente ao Professor e orientador Pós- Dr. Jorge Renato dos Reis, pela confiança, incentivo, apoio e compreensão, sem nunca ter deixado de estar ao meu lado. Exemplo a ser seguido pela postura pessoal e profissional, grande mestre na arte de ensinar e por ter me proporcionado um grande crescimento, tanto pessoal como intelectual.

A todos os professores, principalmente em nome de: ao Prof. Dr. Inácio Helfer, pela relevante contribuição no aperfeiçoamento do conhecimento filosófico; e ao Prof. Pós- Dr. Clóvis Gorczewski, com toda a sua eficiência, pela colaboração e forma ímpar de como desperta interesse pelos Direitos Humanos.

Aos colegas do curso de Mestrado pelo companheirismo, coleguismo e carinho.

À incansável, dedicada e eficiente profissional secretária do Mestrado em Direito, Rosana Maria Fabra, pelo carinho, apoio e incentivo, e ao Auxiliar Administrativo André Luiz Maurer, pela disponibilidade e carinho despendido.

*Para aprender a sabedoria e a instrução;  
Para compreender as palavras sensatas,  
Adquirir as lições do bom senso:  
Justiça, eqüidade e rectidão.*

(SALOMÃO)

## **RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo demonstrar que foi através das mudanças instituídas pelos paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, que o instituto do direito de propriedade sofreu transformações. A inclusão do direito civil na Constituição jurídico-positiva, estabeleceu fundamentos de validade, mas principalmente de princípios que dela devem ser seguidos. A primazia axiológica dos princípios e a propagação dos seus efeitos permitem que eles ingressem no Direito Privado impondo mudanças substanciais no instituto da propriedade, com a inserção de novos valores sociais, os quais vão impregnar esse direito com seus ideais de solidariedade. Foi a partir da Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento da função social da propriedade como princípio normativo, que se impôs substancial modificação no sistema jurídico, importando em mudanças significativas na interpretação do instituto da propriedade, devendo-se, a partir de então, reconhecer que o direito de propriedade deve ser exercido em função da sociedade. Nesse caminho, utilizou-se da abordagem do método hipotético-dedutivo, o qual possibilita a abertura para novas abordagens jurídicas



realizadas através de interpretações inovadoras. Para tanto, no tocante à técnica, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, contemplando doutrina nacional e estrangeira, em especial aqueles autores que oferecem uma abordagem direcionada à linha de pesquisa do constitucionalismo contemporâneo, fornecendo subsídios teóricos para o estudo do direito privado constitucionalizado e função social da propriedade. A partir de tais considerações, pretende-se demonstrar que os fatores paradigmáticos analisados, impuseram as transformações no novo conceito do direito de propriedade, principalmente através da constitucionalização do Direito Privado que se realizou com a incidência dos princípios constitucionais, os quais refletem os valores e a ideologia da sociedade, e, ainda, promovem uma unidade ao sistema, que passa a refletir então, um novo modo de olhar e interpretar o direito de propriedade, mudando o referencial, enfim, em consonância com os valores consagrados na atual Constituição Federal, em especial o seu fundamento maior, a pessoa humana.

**Palavras-chave:** Constitucionalização do Direito Civil. Direito de Propriedade. Função Social.

## **ABSTRACT**

This study has the objective to demonstrate that the property right changed as a consequence of the modifications implemented by the Law Democratic, Social, and Liberal State. The inclusion of the Civil Law in the Constitution established not only fundamentals of validity but also the principles that must be observed. These principles axiomatic primacy and its effects permit they are included in the Private Law provoking significant changes in relation to the property presenting new social values that will bring solidarity to this law. The Federal Constitution of 1988 when the social function of the property was recognized as a normative principle brought important changes to the juridical system. Thus the interpretation of the property institute must be implemented according to the society. The hypothetical deductive method was employed to use new juridical approaches through new

interpretations. Brazilian and foreign authors were consulted specially those who follow the contemporary constitutionalism research approach. They offer theoretical support to the study of the private law that is constitutionalized and also to the social function of the property. Based on these considerations was demonstrated that the analyzed paradigmatic factors resulted in changes to the new Property Law concept specially through the constitutionalization of the Private Law that occurred based on constitutional principles. These principles reflect the society values and also its ideology which determine a new interpretation of the property right changing the reference of the values of the current Federal Constitution that is finally in consonance with its most important fundament that is the human being.

**Key words:** Civil Law Constitutionalization, Property Right, Social function

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....

10

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

	PRIVADO.....	14
1.1	O Paradigma do Estado Liberal.....	14
1.2	O Paradigma do Estado Social.....	20
1.3	O Paradigma do Estado Democrático de Direito.....	26
1.4	A Proteção Constitucional da Liberdade e da Autonomia Privada .....	29
1.5	Do Direito Privado, do Código Civil à Constituição (Constitucionalização do Direito Privado).....	37
2	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SUA INCIDÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES PRIVADAS.....	49
2.1	Os Princípios Constitucionais e o Positivismo.....	49
2.2	Os Princípios Constitucionais e o Pós-positivismo.....	55
2.3	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Privado.....	64
2.4	A Força Normativa da Constituição.....	70
2.5	Da Constituição ao Direito Privado: fim da incomunicabilidade e seus reflexos sobre os Direitos Fundamentais.....	76
3	A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	84

3.1	A Superação da Visão Patrimonialista do Direito de Propriedade.....	84
3.2	Aspectos Evolutivos Conceituais da Propriedade.....	90
3.3	O Direito de Propriedade nas Constituições Brasileiras e no Código Civil.....	97
3.4	Parâmetros Capazes de Aferir a Função Social da Propriedade a partir do Direito Contemporâneo.....	104
	CONCLUSÃO.....	1
		17
	REFERÊNCIAS.....	1
		22

## INTRODUÇÃO

Em decorrência das desigualdades próprias dos povos, da vida dos homens, que por si só é desigual; uns têm muito, outros têm o nada, uns têm o poder, outros a submissão, por tudo isto, é almejado o equilíbrio. Equilíbrio entre indivíduo e a sociedade, equilíbrio entre o ter e o ser; equilíbrio que deverá permear todo o direito.

Por este caminho deve trilhar o instituto da propriedade, instituição jurídica que tanto reflete as diferenças humanas. Buscando seu ponto de equilíbrio, o instituto propriedade, tocado pelo valor social, apresenta-se, nos dias de hoje, configurado pelo princípio da dignidade humana, desenraizado dos ideais individualistas de outrora e impregnado pelo princípio da função social, como

cerne de uma sociedade justa.

Por certo que a virada paradigmática que atingiu o direito contemporâneo, transportou-o para o caminho da realização de valores atinentes à tutela da pessoa, tendo por principal lema a reaproximação entre o corpo de normas jurídicas e os valores morais, éticos, políticos ou humanos que permeiam as sociedades, rompendo de vez com o enclausuramento, no qual o direito de propriedade era mantido por largo tempo, vinculado às amarras do individualismo.

Assim, ante a influência advinda da transição do Estado Liberal para os Estados Social e Democrático, o direito brasileiro buscou a superação das dificuldades, daí, reflexivas, em grande parte, por força do distanciamento entre Direito Público e Direito Privado, rompendo as barreiras, de forma que o Direito Constitucional foi abarcado pelo Direito Privado, com respaldo dos princípios constitucionais; instituiu-se uma nova era na cultura sócio-político-jurídica, realizadora de alterações no direito de proprietário, com o balizamento da função social da propriedade.

Visualizando a função social da propriedade como instrumento de efetivação da constitucionalização do Direito Privado, este trabalho procura atender aos desafios postos pelo Programa de Mestrado em Direito da UNISC, com área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, em especial na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo.

Assim, objetiva-se demonstrar que foi através das mudanças instituídas pelos paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, que influenciaram a aproximação do Direito Público e Direito Privado, que o instituto do direito de propriedade sofreu transformações, acabando por recepcionar a função social.

O método adotado para esta pesquisa é o método hipotético – dedutivo, o

qual estabelece que as teorias sejam testadas através de hipóteses alternativas e falseáveis. No tocante à técnica, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, contemplando doutrina nacional e estrangeira, em especial aqueles autores que oferecem uma abordagem direcionada à linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, fornecendo subsídios teóricos para o estudo do Direito Privado constitucionalizado e função social da propriedade. Dá-se especial destaque, entre os autores estrangeiros a Robert Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho, Ronald Dworkin; entre autores nacionais, Luís Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento.

Nesse viés o estudo prévio da noção da dogmática principialista torna-se fundamental para se edificar uma compreensão da constitucionalização do Direito Privado; por esse caminho, passa-se à análise das transformações decorrentes da publicização e da desfragmentação deste direito, passando a Constituição a ocupar o centro do sistema jurídico, de forma a unificar o Direito Privado. Diante deste novo paradigma, buscando-se visualizar a produção de seus reflexos e sua posição de amparo à força normativa da Constituição; neste ponto visualiza-se a denominada reconstrução do Direito Privado constitucionalizado.

O problema fundante que se coloca para o presente trabalho é o de aferir em que pontos os princípios constitucionais e a mudança de paradigmas do direito contemporâneo influenciaram a estrutura do Direito brasileiro, perquirindo-se sobre quais os efeitos para o Instituto da Propriedade, da ascensão dos princípios constitucionais sobre o Direito Privado, determinando o processo que se denominou de constitucionalização do Direito Privado.

Para responder a tal questionamento, o presente trabalho é estruturado em três capítulos, onde o capítulo um, denominado de: “A Constitucionalização do Direito Privado”, traz uma análise das bases que deram sustentáculo às mudanças no sistema constitucional, os paradigmas dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito, uma apreciação da proteção constitucional da liberdade e

da autonomia privada, promovendo, ainda, uma breve avaliação da translação entre o Direito Privado - Código Civil e a Constituição Federal.

Em seqüência, o capítulo dois, nominado como: “Os princípios constitucionais e a sua incidência sobre as relações privadas”, trata do reconhecimento dos Princípios Constitucionais na Teoria positivista e no Pós-positivismo, o alcance do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Privado, o alcance da força normativa da Constituição, finalizando com a análise do fim da incomunicabilidade entre a Constituição e Direito Privado, bem como seus reflexos sobre os Direitos Fundamentais.

E finaliza-se com o capítulo três, que se nominou como: “A função social da propriedade e as transformações no direito de propriedade”, o qual parte de considerações em torno da superação da visão patrimonialista do direito de propriedade, da função social da propriedade como princípio constitucional, do direito de propriedade nas Constituições brasileiras e no Código Civil e encerra-se com o estudo dos parâmetros capazes de aferir a função social da propriedade a partir do direito contemporâneo.

Em síntese, trata o presente trabalho do estudo dos fatores paradigmáticos que impuseram as transformações no conceito do direito de propriedade, principalmente através da constitucionalização do Direito Privado que se efetivou através da incidência dos princípios constitucionais, na seara do instituto do direito de propriedade. A origem histórica, evolução e conceito são analisados sob a égide dos textos constitucionais brasileiros até o vigente, incluindo a legislação infraconstitucional e o Código Civil de 2002. Nunca esquecendo que o direito de propriedade passou por transformações históricas, pois, inicialmente detentor de um tradicional caráter absoluto, inviolável e sagrado, assume uma concepção altruísta, mudando o referencial, passou a ser medido pelos interesses coletivos e não mais simplesmente pela ótica do proprietário, instruído pelo princípio constitucional da socialidade.

Certo é que o direito nasce das realidades do mundo dos fatos, as quais se impõem mesmo contra os códigos, ainda que muitos relutem em aceitar a sua natural força motriz. Como suporte fático o espaço-temporal é variável, a revisão dos conceitos (normas) tem de seguir na mesma proporção. Impossível pensar o direito como algo pronto e acabado; ao contrário, tem de ser visto como um sistema em construção, móvel, aberto e permeável à natural evolução dos fatos e às constantes mutações axiológicas.

Daí a imprescindibilidade de se considerar a realidade social contemporânea na edição da norma constitucional, por reflexo no Direito Privado, em seqüência, nos institutos jurídicos atinentes a este último, o instituto da propriedade privada. E, como foco primordial, o novo conceito do direito de propriedade a partir de suas transformações através da construção dos paradigmas referenciados no direito contemporâneo.

## **1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**



A fim de facilitar a compreensão do tema, procede-se a uma breve análise das transformações político-sociais que influenciaram o Direito Constitucional e, conseqüentemente, ecoaram no Direito Privado, através de uma construção principiológica constitucional. Como conseqüência, a constitucionalização do direito civil, compreendida como implantação constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, estabeleceu a fase principal do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito privado, com a superação da visão individualista e patrimonialista que integrava o seu conceito.

### **1.1 O paradigma do estado liberal**

O primeiro paradigma constitucional da modernidade corresponde ao que se convencionou chamar de Estado Liberal, que, segundo o contexto da época, século XVIII, evocava três princípios fundamentais: igualdade, liberdade e propriedade.

O Estado Liberal institucionalizou-se após a Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII, constituindo o primeiro regime jurídico-político da sociedade, que realizava novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas e do outro a realeza e a nobreza. A Revolução Francesa caracterizou-se como a revolução da burguesia, classe que fora dominada e ignorada como força política, e que despertou para a consciência de suas liberdades políticas, tornando-se a classe dominante através da abolição de todas as associações intermediárias entre Estado e o indivíduo, suprimindo os quadros sociais que integravam o feudalismo.

Os ideais da Revolução Francesa, representados pela concepção liberal do Estado de Direito, serviram de suporte para sua positivação na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, referendando os ideais do Estado Liberal, reconhece o princípio de que o poder emana do povo, e por ele deve ser exercido.

Aqui, vê-se consagrado o princípio da soberania popular, a partir do qual passa a integrar o Estado de Direito o entendimento de que neste Estado deve prevalecer o regime democrático como correlação necessária de que o poder emana do povo, e, conseqüentemente, as discussões passam a ocorrer num novo patamar, de participação do povo nos processos políticos.

Esses caracteres revelam uma sociedade que se viu, pela primeira vez, deslumbrada com a declaração da igualdade de todos, ou seja, com o fim dos privilégios de nascimento e o surgimento da liberdade de cada um delimitar os rumos de sua vida. Esta sociedade alcança, assim, o reconhecimento de uma aspiração voltada para todos tornando-os iguais e autônomos, brotando, desta forma, uma nova perspectiva de Estado, na qual o povo recebe um novo papel, como fonte de todo e qualquer poder. Como conseqüência, vê-se amparado o entendimento de que a liberdade do indivíduo é ilimitada, e que a faculdade do Estado para interferir na mesma, era limitada.

Neste mesmo sentido é o ensinamento de Leal, quando refere que:

Tal posição diferenciada da Administração pública com relação à dos sujeitos privados pode ser tida, por conseguinte, como uma conseqüência do princípio da liberdade enquanto referencial máximo desta ordem, pois a proteção dessa mesma liberdade exige que as intervenções da autoridade se admitam somente como exceção, significa dizer, somente quando venham previstas pela lei. Assim, nesta trilha, a ausência de previsão legal consiste em impedimento para a ação dos órgãos estatais, trazendo implícita, na via oposta, uma autorização para a ação dos particulares.

É interessante observar que o liberalismo apresentou-se como uma reação ao Estado, ou melhor, como uma força antiestado. O aspecto central de seus interesses era o indivíduo e suas iniciativas, devendo a atividade estatal ficar limitada à manutenção da ordem e da segurança, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal, mantendo a liberdade econômica dos indivíduos.

Necessário compreender então, que no ideário deste paradigma, os direitos

fundamentais foram concebidos como modo de impor limites à atuação do Estado, visando a liberdade do povo. Estabelece-se, destarte, um verdadeiro obstáculo entre a sociedade civil e o Estado, e entre a esfera público/privada, dominando a compreensão de que os interesses individuais deveriam prevalecer aos interesses do Estado, ou seja, era reconhecida a superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado.

Uma das principais características do Estado Liberal é a defesa do princípio da igualdade, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa. Ressalte-se, que a igualdade aplicada é tão-somente a formal, na qual se buscava a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Logo, sob o norte de tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social.

Dworkin, indagando acerca do princípio da igualdade liberal afirma que os "liberais éticos insistem em que a justiça é uma questão de recursos, não de bem-estar", assim, questiona: - "Mas que porção de recursos é uma porção justa? A igualdade liberal responde: uma porção igual para todos".

O Estado liberal, segundo Bonavides, humanizou a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. "Estado de uma classe, a burguesia, fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes".

A partir do entendimento de que o homem é o fundamento do Estado, ocorre uma verdadeira inversão na perspectiva dos direitos do cidadão e dos deveres do Estado, que passa a ser dirigido especialmente pelo princípio da organização, sendo que este é a base que dá origem ao princípio da separação dos poderes. A divisão de poderes de Montesquieu significou fundamentalmente a forma de dar proteção aos direitos de liberdade, e nesse sentido, os teóricos do

constitucionalismo da época, acreditavam na solução do problema de limitação da soberania do Estado, ou seja, a filosofia política do liberalismo acreditava que separando a soberania na pluralidade dos poderes, manteria a salvo a liberdade, e principalmente como forma de garantir ao indivíduo proteção contra o Estado.

Nesse cenário, o Estado Liberal cria os direitos de primeira geração, representando um marco histórico com grande repercussão social, gerando influências em todos os setores da sociedade, especialmente no Direito. Tais direitos geram por consequência uma modificação importante na condição do indivíduo, tido até então como mero súdito, elevando-se agora a cidadão, sujeito de direitos civis e políticos tutelados pelo Estado, compreendendo entre outros, a liberdade, vida, propriedade e segurança.

No século XIX, o liberalismo jurídico consagrou a unicidade do direito, passando a ter como fonte única o Estado, onde o essencial era garantir as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. A igualdade neste período era considerada a partir da idéia abstrata de pessoa, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, tomando por base a autonomia da vontade e a iniciativa privada, entretanto, operava-se neste sentido evidente paradoxo, em face da prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser.

Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado de Legalidade, ou Estado Legislativo, o que constitui uma redução deformante do Estado de Direito. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.

No contexto do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual, levando-se em consideração que o Estado reduziria ao mínimo sua ação para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma satisfatória, evidenciando-se, assim, que sociedade e Estado eram tidos como universos distintos, dirigidos por lógicas diferentes e

incomunicáveis, correspondendo aos domínios bem delimitados aqui de Direito Público e Direito Privado. O Direito Público passa a ser visto como aquele que disciplina o Estado, seu funcionamento e estruturação, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava a sociedade civil e o mundo econômico, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Tão forte é o desenvolvimento dicotômico entre estes dois ramos, que a idéia da existência de um ordenamento, assim compreendido como ápice de uma cadeia taxiológica, passa a condição de menor importância ou mitigada. A perda de uma referência fundante desencadeia-se de tal forma, que direito público e direito privado, aparentemente, nada têm em comum, suas dinâmicas, pragmáticas e dogmáticas, são distintas, não se tocam, não interagem, não se relacionam. O direito agora não é mais direito, senão direito público ou direito privado, que como tal se desenvolvem ao longo dos séculos XIX e XX.

É nesse ambiente que se evidencia a distinção rígida entre Estado e sociedade, estabelecida com a finalidade de imunizar a esfera das relações econômicas do poder político, tornando legítima a exploração econômica capitalista. Estas características levaram à estruturação das relações privadas, a partir de uma concepção de propriedade absoluta e da ampla liberdade contratual.

Sob a influência deste paradigma é criado o positivismo jurídico, que em nome da segurança jurídica, identifica o Direito à lei estabelecida pelo Estado, surgindo neste momento os códigos elaborados à época, implicando na ordenação completa da sociedade, não havendo possibilidade de o aplicador do Direito não encontrar ali a regra adequada à solução do caso. A partir destas idéias, o Código Civil desempenhava o papel exclusivo de regulamentar as relações privadas, que, tendo como centro a propriedade e o contrato, intencionava garantir a segurança e a previsibilidade nas relações jurídicas estabelecidas na sociedade.

Nesse contexto, verifica-se um sistema desenvolvido pelos liberais, que mantinha o juiz atrelado exclusivamente à lei. Deste modo, a interpretação limitava-se ao esclarecimento de aspectos obscuros. Assim, sob o norte deste

paradigma constitucional, a atividade do juiz era percebida como uma atividade meramente mecânica, proveniente de uma leitura das normas que deveriam por si só ser esclarecedoras.

Há que se referir, por necessário, o ensinamento de Canotilho, ao esclarecer que foi no final do século XIX, que estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado:

o Estado de direito é um Estado liberal de direito. [...] Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas [...], remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais – liberdade e propriedade – só pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular (doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei). A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao império da lei [...] transformando-se em “órgão do Estado”.

Observa-se também, que no domínio económico e dos contratos, mantinha o Estado uma neutralidade, ignorando as desigualdades económicas e sociais, baseado numa ética individualista, a qual, considerando todos os indivíduos formalmente iguais, só contribuiu para o aumento da concentração do poder económico e do desnível social, atendendo aos interesses da burguesia ascendente. Compreendeu-se, principalmente, que os direitos positivados não atendiam de forma eficaz a garantia real de liberdade e igualdade. A principal reivindicação era no sentido de tornar efetivos os direitos consagrados constitucionalmente, como meio não apenas de garantia da igualdade formal, mas como proteção aos menos favorecidos.

Entretanto, a inércia e o descompromisso do Estado Liberal diante das questões sociais, contribuíram para expandir o capitalismo, agravando a situação da classe trabalhadora, que vivia sob condições precárias. Aliado a isso, soma-se os fatores da consagração da Revolução Industrial, que relegava o trabalhador

submetendo-o a condições humilhantes, além de conduzi-lo a se organizar com o objetivo de resistir à exploração, originando-se, então, revoltas operárias que buscavam o reconhecimento de condições mínimas de trabalho. Este movimento configurava a possibilidade de uma ruptura violenta do Estado Liberal.

Assim, a partir da segunda metade do séc. XIX, as crescentes demandas sociais e as visíveis contradições do Estado Liberal acabaram gerando profundas disparidades sociais, que, junto à crescente complexidade das relações econômicas, fizeram crescer as contradições políticas e econômicas do Liberalismo, ou melhor, entre o interesse na preservação do Estado e a necessidade de intervenção do Estado na economia de mercado, nascendo, assim, o Estado Social.

## **1.2 O paradigma do estado social**

O Estado Social, também chamado de Estado de Bem-Estar apresenta como características principais: a intervenção do Estado na economia; a aplicação do princípio da igualdade material e a realização da justiça social. Compreende-se aqui, em especial, que este modelo de Estado reconhece um novo entendimento acerca do princípio da igualdade, considerando, então, que a igualdade, sob o enfoque meramente formal, não atendeu as necessidades sociais, abrindo espaço para uma nova realidade, convertendo-se em elemento material, ou seja, o princípio da igualdade deverá realizar-se efetivamente mediante a igualdade social, que se opera fundamentalmente através da lei.

Esse novo Estado, que recebe ainda a denominação de *Welfare State*, apresenta-se como uma solução mediadora entre o socialismo e o capitalismo, cujo processo representou uma ampliação de direitos anteriormente negados para a maioria da população, diante do mercado competitivo vigente na época. Representa também um processo de aproximação entre Estado e sociedade, uma vez que foi rompida a credibilidade no sentido de que a ordem social e econômica

seriam capazes de produzir a justiça na forma de auto-regulamentação, produzida até então por parte do mercado. Criou-se, assim, uma relação de proximidade e interdependência entre Estado e sociedade, caracterizando-se também tal relação pela intervenção do Estado a favor dos mais fracos economicamente.

Nesse sentido, convergem os ensinamentos de Bonavides:

O Estado Social propriamente dito deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, volvidos, de último, ao seu leito normal. [...] É Estado Social onde o Estado avulta menos a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno .

Além disso, pode-se constatar que o Estado Social significou, sob a ótica do sistema capitalista, a busca de uma relação mais humanizada envolvendo o capital e o trabalho, com vistas a assegurar garantias efetivas de uma vida mais digna ao trabalhador. Esta era uma forma de atenuar os danos sociais causados pela industrialização que oprimia a classe operária.

Diante deste novo quadro, surgem os direitos de segunda geração, passando a exigir do Estado uma atuação positiva, com o objetivo de garantir direitos sociais, econômicos e culturais, também àquela parcela da população tão explorada e privada dos seus direitos e que reivindicava melhores condições de vida e trabalho, compreendendo, dentre outros, o direito à saúde, ao lazer, à educação, à moradia, ao trabalho, ressaltando o horário de trabalho regulamentado, como ainda, férias e salário mínimo.

Dessa forma, com o advento desta segunda geração de direitos fundamentais, impôs-se ao Estado o cumprimento de prestações, as quais tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva da igualdade no plano dos fatos. Neste



contexto, o Estado, além de respeitar os direitos fundamentais de primeira geração, passa a ofertar prestações positivas em atendimento aos movimentos sociais e políticos do final do século XIX e primeira metade do século XX, ou seja, com a finalidade de que o homem atingisse a igualdade era necessário que o Estado prestasse direitos mínimos e concretos, com o intuito de a igualdade passar a ter um sentido material.

Na verdade, o Estado Social promoveu a abertura para o desenvolvimento do redirecionamento das funções do Estado e, especialmente, reaproximou o direito da sociedade, através do reconhecimento de novos direitos concedidos às camadas sociais populares, bem como estimulou a transformação e a necessária transposição do Estado e do direito tidos anteriormente como repressores, em prol dos trabalhadores e das classes menos favorecidas. Eis as razões para afirmar que o Estado Social representa, na realidade, uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais.

Considerando, então, esta nova perspectiva, o poder público distancia-se da sua posição anterior, assumindo um papel de efetiva participação no que se refere à preocupação, não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar dos cidadãos, eis que, já não bastava mais o reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Dessa forma, o Estado passa a intervir de forma ativa nas questões sociais, abandonando aquela posição de outrora, a qual restou inexitosa, frente ao argumento de não poder intervir na esfera dos direitos individuais consagrados constitucionalmente.

Nesse sentido, o Estado busca desempenhar um novo papel, de Estado promotor do bem-estar dos cidadãos, através de bens e serviços que passam também a ser assegurados à maioria da sociedade pertencente à classe social menos favorecida, e que se vê pela primeira vez diante de um tratamento diverso,

ou seja, considerando a realidade de que devem ser tratadas desigualmente aquelas situações desiguais. Assim, acentua-se a intervenção do legislador no campo privado, bem como o surgimento de normas de ordem pública limitando a autonomia privada em detrimento de interesses coletivos.

O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o “qualitativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”. [...] Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais.

Há toda evidência, de que o Estado e a sociedade, frente à realidade que se demonstrava fragilizada e depauperada, sofreram um processo de aproximação proveniente da perda de capacidade de auto-regulação por parte do mercado, o qual necessitava do aporte do Estado para regular suas ações. Assim, o Estado Social passou a intervir na economia, regulando preços, combatendo o desemprego, assegurando direitos do trabalho, educação e previdência, provendo também necessidades individuais, colocando todas as classes sociais na dependência de seu poderio econômico, político e social, ou seja, amplia sua influência em área que anteriormente pertencia à iniciativa privada. Assim, vê-se a criação de uma relação de interdependência entre sociedade e Estado.

Diante disso, sustenta-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, ou seja, à garantia daquelas prestações indispensáveis para a sobrevivência da vida humana, uma vez que sua efetivação depende dos obstáculos ou limites reais impostos pela realidade econômica e política reinante e muitas vezes insuperável. Frente a estas dificuldades, durante boa parte do século XX, foi negada pela doutrina dominante a possibilidade de realização de tutela judicial dos direitos sociais e econômicos, consagrados nas Constituições.

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista:

Que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas .

Todas essas alterações de atuação do Estado refletiram-se sobre as constituições, passando estas então a assumir funções mais audaciosas, ocupando-se de uma multiplicidade de questões, tanto na direção das instâncias políticas, como da própria sociedade. Neste sentido, a Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando a economia e o mercado, valendo-se, para tanto, de normas de conteúdo programático, que ordenavam fins e objetivos a serem alcançados pelo Estado, sem, contudo, especificar de que modo os mesmos deveriam ser atingidos.

Contudo, as promessas feitas pelo Estado não conseguem ser cumpridas, frustrando expectativas e fomentando o descrédito nas Constituições. Somado a isto, o Estado, após a sua expansão desordenada encontrava grandes dificuldades para se desobrigar das imensas tarefas que assumira, considerando-se a explosão de demandas reprimidas, e também graves obstáculos operacionais, na medida em que os direitos sociais, em razão da sua natureza prestacional, carecem de recursos públicos, que são escassos, bem como, em razão da globalização econômica resultante de um processo crescente, constatado a partir da metade do século XX, que como consequência debilita o Estado, no sentido de que este vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na economia.

O neoliberalismo surge no ápice da discussão do déficit público, dos problemas de falta de recursos para manter o *Welfare State*, com a divulgada opção de redução de custos pela diminuição da ação estatal, sendo repassado à sociedade como alternativa ao aumento da carga tributária, isto é, a problemática sobre a opção de sobrecarregar na tributação ou diminuir as prestações sociais. Este modelo político e econômico foi gestado nos países ricos, desenvolvidos e

onde o Estado promocional já se efetivou, e que passa a ser prescrito aos países pobres como o modelo perfeito e definitivo para a salvação dos problemas sociais e a redenção econômica.

Como consequência da adoção do modelo neoliberal, o Estado perde parcela significativa de sua soberania, sob a influência das instâncias de poder supra-estatal e de esferas não estatais, como as comunidades supranacionais do gênero União Européia, e organismos financeiros internacionais, entre os quais o FMI, por sua interferência na política interna estatal dos países, via economia, além das grandes empresas multinacionais.

Indaga-se, sobretudo, se este enfraquecimento do Estado, como principal instância de condução, de direção da sociedade, não estaria acarretando uma nova forma de regulação social, advinda por meio do poder dos proprietários, dos meios de produção, causadores da globalização da economia, mobilização e internacionalização das empresas comerciais. Ao que se acrescentaria a mobilidade dos capitais nesse processo, com o avanço tecnológico que proporciona a transmissão de dados e informações, interferindo e limitando a regulação de políticas sócio-econômicas dos Estados, promovendo ao mesmo tempo o aprofundamento das tensões locais e a globalização da questão social.

Somado a isso, no modelo neoliberal, a economia opera livre de controles políticos internos, em um cenário onde o peso da administração e legislações nacionais perdeu a influência nas decisões das empresas transnacionais. Melhor dizendo, o sistema exerce pressão sobre os governos nacionais para estimular a modernização de suas economias em nome de uma competitividade internacional, acarretando, assim, uma evidente redução das fontes de recursos a serem aplicados nas políticas sociais. Daí o motivo da importância essencial do papel de direção do Estado para a retomada e reconstrução do seu desempenho, com a finalidade de conduzir, realizar os direitos sociais, como sua incumbência no âmbito da sociedade.

Assim, acelera-se de modo desordenado a exclusão social, revelando-se ainda mais perversa do que no contexto do Estado Liberal, que primava pelo individualismo e pela igualdade formal, mas que frente às forças produtivas necessitava da mão-de-obra para a sua produção, e que, neste período, com os avanços tecnológicos, o trabalhador não qualificado, torna-se dispensável.

No Brasil, a implementação do modelo neoliberal apenas aprofundou os conflitos sociais, tornando ainda mais problemática a falta de efetivação dos direitos sociais, sendo que sem os quais é impossível falar em qualidade de vida e em solidariedade.

Torna-se visível, deste modo, que a globalização neste contexto contribuiu para o processo de esfacelamento do Estado Social, na medida em que vai destruindo o seu poder de subordinar de forma soberana os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida das comunidades políticas, crescendo cada vez mais as variações externas sobre a economia nacional e sobre as quais o Estado encontra-se em situação de enfraquecimento quanto à atuação dos seus poderes.

Nesse sentido, com a redução das prestações sociais, e não sendo mais possível garantir a efetividade dos direitos sociais, gerando por consequência a revalorização do individualismo do modelo neoliberal, é atingido um dos marcos do Estado do Bem-Estar, a noção de solidariedade, o que implica no enfraquecimento do próprio conteúdo dos direitos sociais, estando associada a este fenômeno a ampliação das desigualdades econômicas e sociais, instaurando-se, assim, a crise do Estado Social, dando surgimento ao Estado Democrático de Direito.

### **1.3 O paradigma do estado democrático de direito**

Verifica-se que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito não caracteriza, necessariamente, um Estado

Democrático. A participação da população nos destinos do Estado, na formação da vontade estatal, passa a ser vista como essencial na realização dos direitos fundamentais, e mesmo na sua ampliação. E, para tais fins, surge o Estado Democrático de Direito, que, na conformação compreendida por Silva: “Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

Nesse quadro, o Estado Democrático de Direito revela a idéia da busca da justiça social, implicando na participação efetiva dos cidadãos nas esferas econômica, política e cultural. Implicação esta, proveniente do conceito novo criado pelo Estado Democrático de Direito, que, na leitura de Silva:

leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois aí a Constituição já o está proclamando e fundando.

Silva, servindo-se dos ensinamentos de Canotilho, pela importância que retrata, elencou os princípios do Estado Democrático de Direito: a) o princípio da constitucionalidade – o Estado fundado em uma constituição rígida, oriunda da vontade popular, dotada de supremacia, vinculando os poderes e atos deles emanados; b) – princípio democrático – como expressão de democracia representativa e participativa, pluralista e que assegure a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais; c) – sistema de direitos fundamentais – que passam a compreender não só os individuais e sociais, como os coletivos e culturais; d) – justiça social – como princípio da ordem econômica e social, tendo por escopo mecanismos redutores, corretivos das desigualdades; e)- princípio da igualdade; f)- princípio da divisão de poderes e da independência do Juiz; g) – princípio da legalidade; h) – princípio da segurança jurídica.

Resta claro, a partir de tais entendimentos reconhecidamente

esclarecedores, que o trabalho essencial do Estado Democrático de Direito está na busca da superação das desigualdades sociais e é para tais fins que o regime democrático é instaurado, com o objetivo de realizar a justiça social. Desta forma, para que tal tarefa gigante do Estado possa efetivamente ter resultados é necessária uma visão desta nova configuração do Estado, a partir de novos conteúdos transformadores da realidade.

Por isso, o Estado Democrático de Direito cria os direitos fundamentais de terceira geração, reunindo-se, nessa nova fase, direitos de fraternidade ou de solidariedade, compreendendo os direitos naturalmente coletivos, isto é, os direitos difusos e os coletivos especificamente, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais ou metaindividuais, que compreendem, dentre outros, os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e o direito de comunicação.

Ressalta-se que o fator de distinção marcante nesta esfera de direitos fundamentais reside no fato de se afastarem daquela concepção individual do direito, isto é, do indivíduo como seu titular, passando a reconhecer-se a titularidade coletiva ou difusa, geralmente indefinida ou indeterminável, o que vem a revelar a necessidade de novas técnicas de garantia e proteção.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude .

Necessário compreender então, que o surgimento desses novos direitos, de dimensões inteiramente novas, pertencentes a agrupamentos, à comunidade, é proveniente de novas reivindicações do ser humano, geradas pelo impacto tecnológico, pelos efeitos nefastos da Segunda Guerra Mundial e o conseqüente

processo de descolonização, introduzindo a necessidade de um novo estágio de desenvolvimento, percebendo-se, assim, novas carências, e a necessidade de enfrentamento coletivo desses novos problemas, buscando-se soluções que beneficiem a coletividade, objetivando garantir e assegurar uma vida digna para todos, papel este a ser desempenhado pelo Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento o princípio da Dignidade de Pessoa Humana, que impregna todos os direitos fundamentais.

Contém particular relevância nessa nova ordem, o papel desempenhado pelo elemento democrático, que, nas lições de Leal,

Se baseia na premissa de que a sociedade deve participar ativamente na formação da vontade geral do Estado, ao invés de se restringir esta atuação no âmbito de uma participação política representativa, configurando-se, assim, o Estado Democrático de Direito, num processo que, segundo García-Pelayo, se caracteriza mais pela socialização do Estado do que pela estatização da sociedade.

Assim, torna-se imprescindível o entendimento de que este elemento democrático gera reflexos também na concepção de Constituição, que vai ser compreendida como o resultado e como valor máximo dos valores escolhidos pela comunidade, e não mais como simples instrumento de garantia contra a atuação do Estado. Tais valores são representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que vem a revelar o ideal de justiça social.

Revela-se, deste modo, e particularmente no Brasil, que o ordenamento jurídico está fixado nos alicerces de uma Constituição fundada em princípios e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que possui um amplo rol de direitos fundamentais, tornando-se essencial promover a força normativa que a mesma representa, de forma a projetá-la sobre todas as esferas da vida humana e do ordenamento jurídico, a fim de promover a justiça social .

#### **1.4 A proteção constitucional da liberdade e da autonomia privada**



Ao se conjecturar a trajetória principiológica atinente ao Direito Privado, verifica-se que, na moderna civilização ocidental, avulta de maneira indiscutível o princípio da autonomia da vontade. Certo, que tal princípio elencava força desde o pensamento voluntarista da longínqua Idade Média, transparecendo, da mesma forma, nas doutrinas contratualistas, que freqüentam a base filosófica da política do período moderno.

Levando-se em consideração que no período do Estado Liberal, liberdade e individualidade eram valores fundamentais, o Direito seria, então, um tanto hermético e auto-suficiente. Hoje, na concepção social, o Direito tem perfil flexível, contido na base constitucional de valores, ou axiológica, e que há de estar a serviço da vida.

Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do Direito Privado, em seus variados planos.

No entanto, quando se questiona “o sistema de ações que provêm desde o direito romano, em seu período clássico, e conservou-se, ainda, nos direitos decorrentes da *common law*”, pode-se considerar a amplitude do abrigo dos direitos e liberdades humanas como um fenômeno novo. Certo é que, com o tempo, surgiram jurisdições encarregadas de decidir sobre as violações aos direitos e liberdades, apontando a dignidade humana, como fonte autônoma dos direitos e liberdades, com o objetivo de torná-los efetivos.

Destarte, a partir do momento em que a Constituição é vislumbrada como um sistema de valores fundamentais - com princípios de justiça social e direitos econômicos e sociais, nos termos de Baracho, “nasce a identificação das teorias dos direitos fundamentais”, tais direitos são “direitos de liberdades do indivíduo perante o Estado, que concebe os direitos e liberdades como direitos de defesa,

destacando-se o *status negativus* da liberdade, perante ou contra o Estado”.

Para que o discurso de direitos fundamentais seja um discurso de liberdade, é essencial que ele se baseie em uma concepção de dignidade humana pluralista e aberta. Do contrário, correr-se-ia o risco de se ter a exclusão de direitos, liberdades e garantias em razão de um absolutismo valorativo decorrente da Constituição.

Assim, há de se assegurar a cada membro da sociedade a aptidão de tecer seu projeto vital, amparado por condições possíveis de liberdade, tanto objetiva, como subjetiva. Talvez a liberdade deva ser visualizada, contemporaneamente, como um direito humano que abarca um cunho social, um conceito que depende de outros e ao mesmo tempo condição essencial para possibilitar tantos outros mais.

Nesse sentido manifesta-se Canotilho dizendo que as liberdades (ex.: liberdade de informação, expressão, etc), “costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva”, identificando-se “com direitos a ações negativas; seriam direitos de defesa”. Ainda, como as liberdades resultam do enunciado constitucional, “tem de haver algum traço específico, típico das posições subjetivas”, elucidando, esse “traço específico é o da *alternativa de comportamentos*, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento”.

Afinal como ensina Alexy, “*quien designa a algo como ‘libre’, por lo general, no sólo lo describe sino que expresa también una valoración positiva y crea en los escuchas un estímulo para compartir esta valoración*”.

É preciso, neste ponto, ressaltar a importância da análise da autonomia privada e da liberdade em face do estudo proposto, considerando-se que as mesmas, do ponto de vista do direito privado, eram tidas como sinônimos, traduzindo-se uma pela outra quando se referiam apenas à igualdade formal.

No Estado Democrático de Direito, o custo da ausência de liberdade do indivíduo é muito alto para ser tolerado, sem que haja sequer a busca

pela conciliação entre o máximo de liberdade com o máximo de proteção à pessoa. O não reconhecimento de que os direitos fundamentais relacionam-se de forma estrita com a autodeterminação dos indivíduos poderia sacrificar o ideário democrático, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais, cuja função primordial é a de proteger as liberdades, tanto privadas como públicas.

Tem-se que a liberdade seja um dos pontos definidores do homem. “Como animal racional, o homem é dotado de inteligência e vontade. A liberdade é, justamente, a decorrência necessária da racionalidade humana. Trata-se de traço constitutivo do ser humano.” É pela inteligência que o homem avalia a realidade; já pela vontade, o homem quer os bens que intelectualmente captou como bons para si. “A liberdade é a autodeterminação da vontade, na busca daquilo que a inteligência aponta como passível de ser apetecido”.

Ou ainda: "Quanto mais um homem age por si mesmo, mais ele se forma. A ação formadora é, propriamente, a ação naturalmente e livremente orientada", a qual “dependerá da cultura de cada povo, de sua formação para a liberdade” , como suporte ao livre arbítrio.

Segundo Martins Filho a liberdade é a “possibilidade de eleição e de opção pelo bem que nos completa e aperfeiçoa”, devendo, desta forma, saber:

distingui-lo daquilo que nos é nocivo, ainda que aparentemente possa satisfazer algum dos nossos instintos. A liberdade, portanto, não está no simples fato de escolher, pois, se assim fosse, não haveria que se falar em valores bons ou maus, pois todos seriam equivalentes. Há que escolher, mas escolher bem!.

Para Canotilho, o “conceito de ‘liberdades’ permanece ainda bastante obscuro na doutrina”, estando tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado”. O autor português visualiza o termo “liberdade, no sentido de *direito de liberdade*”, significando “direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, (...). trata-se da liberdade pessoal“ .

Ao tentar-se definir o termo liberdade, considerar-se-á um conceito

inatingível pela característica extensão do tema. Por contingência, afastando-se deste trabalho dissertativo conceituações de liberdade de caráter meramente filosóficas, embora não menos importantes, permite-se dizer que o ordenamento constitucional brasileiro prima pela influência do iluminista Montesquieu, para o qual liberdade nada mais seria do que “o direito de fazer tudo quanto as leis permitem” , uma vez que a Constituição Federal Brasileira dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A liberdade, vista sob grande ângulo, encontra sua base constitucional, enquanto direito fundamental expressamente escrito e resguardado, no *caput* do art. 5º da Carta constitucional. É evidente, portanto, sua inclusão em nosso sistema jurídico, inclusive enquanto direito de personalidade.

O Direito Constitucional das liberdades, no mundo contemporâneo, “decorre de uma profusão de fontes que estabelecem as garantias dos direitos e liberdades, cujos princípios são, normalmente, enunciados”. A atual teoria constitucional vem tentando equacionar-se em torno de duas idéias desiguais de liberdade: “a liberdade do cidadão, de participar na formação da vontade do Estado, tornando-se co-autor do destino da sua coletividade”, e a liberdade “equivalente à fruição pacífica da independência individual,” vinculada à idéia de autonomia privada.

Desde o início da era das codificações a liberdade era tida como absoluta, e as restrições se limitavam apenas a proteger as liberdades dos demais indivíduos. A autonomia privada se insurgia contra a ordem pública e os interesses da coletividade, os quais apenas em raros setores considerados estratégicos prevaleciam sobre os interesses privados, sendo que tal concepção, denominada de liberalismo jurídico, reconhecia o direito privado como o centro disciplinador jurídico, e o direito público como mero servidor de proteção dos interesses dominantes da esfera privada.

Entretanto, através das transformações sociais e econômicas e dos novos paradigmas ideológicos ocorreu uma alteração na configuração jurídica da liberdade contratual, estabelecendo uma série de restrições ou, como denomina a dogmática contemporânea do Direito Civil, “uma funcionalização social do contrato, portanto, da liberdade contratual”.

Assim, a autonomia privada é considerada como princípio fundamental do Direito Privado, indicando a sua importância e abrangência na estruturação deste direito, a partir de tal reconhecimento, manifestando-se como um poder de “auto-determinação e de auto-vinculação dos particulares”. A partir deste entendimento, é preciso ressaltar que é no âmbito dos negócios jurídicos, especialmente através dos contratos, um dos principais institutos do direito privado, que a autonomia privada se manifesta mais concretamente como representação da liberdade de contratar.

Quando falamos em autonomia privada, fazemo-lo em sentido amplo. A autonomia privada é aqui entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual. É importante demarcar este conceito, pois há autores que falam em autonomia privada num sentido mais restrito, de autonomia negocial. No Direito Privado, em especial, esta conotação restritiva é a mais freqüente.

Isto quer dizer que, dado o significativo aumento das limitações à autonomia privada e como representação singular desta - a liberdade contratual - manifestaram-se de diferentes formas, de modo especial através de normas imperativas, das cláusulas gerais e os contratos de adesão, e deste modo, tem-se então, que a autonomia privada encontra limites ditados por normas imperativas.

Com efeito, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos, bem como, o entendimento de que a atuação da ordem pública dava-se apenas para limitar a livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo alterado pelo projeto constitucional, com especial destaque nas normas que tutelam a dignidade humana, ocupando a mais alta hierarquia e representando o fundamento do ordenamento constitucional.

Mas se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também nos parece indubitado que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 88, esta tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica. Por outro lado, considerando a noção de *pessoa* subjacente à ordem constitucional brasileira, é fácil inferir que a proteção da autonomia privada, em cada caso, não pode prescindir de considerações a propósito das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito no mundo da vida.

Nessa linha de pensamento, fica evidente, que a “autonomia privada é um pressuposto da democracia”, pois sem ela não há probabilidade da formação de um “debate franco de idéias, que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública”. Mas o valor da autonomia privada está atrelado à proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que não se trata de mero instrumental para a democracia.

Como se analisou anteriormente, o centro de gravidade do Direito Privado, que no passado era o Código Civil, deslocou-se para a Constituição, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a aplicação das normas ordinárias, como podem incidir diretamente sobre relações jurídicas entre particulares, “conformando-as à sua axiologia centrada na dignidade da pessoa humana, com óbvios reflexos sobre a concepção jurídica de autonomia privada vigente no direito positivo” .

Na medida em que a ordem jurídica do Estado confere ao indivíduo o direito de dispor sobre os seus direitos e de contrair obrigações, em regime de ‘autonomia privada’, este direito de autodeterminação deve ser largamente respeitado, devendo a tutela dos direitos fundamentais ser reduzida em igual medida. Em situações onde o indivíduo participa livremente na conformação das suas próprias relações jurídicas, é precisamente o respeito da sua autonomia privada e da sua dignidade que obriga a sujeitá-lo, por princípio, às vinculações voluntariamente contraídas por ele. Só o Estado paternalista se empenharia em proteger, em ampla medida, os cidadãos contra eles próprios.

Com relação às liberdades econômicas, conforme Daniel Sarmento parece possível lastrear a dimensão apropriada à autonomia privada na cláusula da livre

iniciativa, pois esta “pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução dos seus objetivos e de fazer circular a riqueza” .

Veja-se que o primado da vontade individual refletia-se nos dois pilares jurídicos da doutrina liberal: o direito de propriedade e a liberdade contratual. A propriedade revelava-se como um direito subjetivo absoluto de seu titular, mas à proporção que foi crescendo o Estado interventor, limitou-se este direito, inserindo-se tal contenção na tendência conhecida por “publicização do direito”.

Conjetura-se, ainda, no tocante às liberdades de caráter econômico, que envolvem a autonomia negocial, o uso da propriedade e de outros bens e direitos patrimoniais, inquestionável a sua sujeição ao desempenho de uma função social, ligada à promoção dos valores de justiça, liberdade real e solidariedade, inscritos na ordem constitucional.

Daí a importância do reconhecimento, na ordem constitucional brasileira, da função social da propriedade, da posse, dos contratos e da empresa, não como meros limites externos a tais institutos, invocáveis apenas excepcionalmente, em situações patológicas, mas como elementos delimitadores do próprio conteúdo e da essência daquelas categorias dogmáticas, que devem ser usados no dia-a-dia do tráfico jurídico”.

Por sua vez a “autonomia negocial” foi “relativizada pelo texto magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade”, bem como “instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social”.

Ao percorrer os caminhos da historicidade do país, o experimento da liberdade encontra um ponto alto na Constituição de 1988, em face da interação, obtida através de uma construção constitucional principialista com o Direito Privado, restando agora, como diz Daniel Sarmento, “concretizar as promessas emancipatórias da ‘Constituição Cidadã’, levando a liberdade à vida cotidiana de todos os cidadãos”.

### **1.5 Do direito privado, do código civil à constituição (constitucionalização do direito privado)**

O papel desempenhado pelo Direito Privado no modelo do Estado Liberal, estava centrado na garantia do cumprimento das regras do sistema vigente, estabilizando as relações econômicas com base nos seus dois principais institutos, a propriedade e o contrato, sendo ambos considerados essenciais para a configuração da autonomia da vontade e na iniciativa privada, traduzindo como consequência deste modelo a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impossibilitando assim a valorização da dignidade humana e da igualdade material.

É importante observar que uma das principais características do Estado Liberal é a defesa do princípio da igualdade, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa, ressaltando-se que a igualdade aplicada era tão-somente a formal, na qual se buscava a submissão de todos perante a lei, logo, sob a égide de tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social.

Há de se ter em vista que o Estado Burguês advinha de uma economia agrária, na qual a riqueza materializava-se na propriedade, sobretudo da terra. O direito privado, de um modo geral, era “saudado como ‘autêntico baluarte da liberdade’, pois o contrato, nele regulamentado, possibilitava o acesso de todos à propriedade, porquanto dotados de autonomia”. Ainda, “esta autonomia da vontade, confundida com a liberdade, era o corolário da igualdade formal”.

Os códigos privados eram considerados o centro maior do sistema jurídico, ou seja, disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, sem qualquer intervenção de parte do Estado, especialmente na área econômica, sendo esta



presidida pela autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada, mantendo-se o Estado numa posição de neutralidade, ignorando as desigualdades econômicas e sociais, baseado numa ética individualista. Assim, os códigos eram avaliados como verdadeiros obstáculos à interferência do Estado, sendo que as normas constitucionais tratavam das relações privadas apenas para tutelar a autonomia privada quanto a prováveis interferências estatais, ou seja, o direito constitucional e o direito civil neste período seguiam caminhos diversos, cada um na sua esfera de incidência.

Posteriormente, diante desse quadro, surgem, consistentes movimentos sociais alicerçados pelo surgimento das lutas operárias, resultando em um novo modelo estatal, denominado de Estado Social, também chamado de Estado de Bem-Estar ou de *Welfare State*, que trouxe conseqüências também ao mundo jurídico, inclusive ao direito civil. Como efeito, assumiu-se formalmente o esgotamento e a insuficiência do modelo codificado para atender à nova realidade, despontando um processo de grande intervenção legislativa, com a edição de inúmeras normas referentes a políticas públicas, refletindo a preocupação com o social e com a tutela de interesses da coletividade, contendo valores e direcionamentos que não se identificavam com o liberalismo do Código Civil de 1916 em vigor naquele período.

Nessa perspectiva, a doutrina passa a abordar o fenômeno da descodificação, quando é vislumbrada a insuficiência do Código Civil para regular determinadas relações jurídicas privadas, que passaram a necessitar de uma legislação especial, tanto em virtude de não estarem disciplinadas no código, ou diante da inadequação de suas normas.

Por via de conseqüência, a recepção dessas novas fontes de direito operou uma verdadeira transformação hermenêutica, uma vez que as regras de interpretação transferiram-se do que estava instituído pelo sistema da codificação para o âmbito das leis especiais, e conseqüentemente contribuindo para a

fragmentação do Código Civil. Entretanto, a descodificação não se limita apenas à multiplicação de leis especiais fora do âmbito do Código, refletindo um fenômeno de maior profundidade, uma vez que as leis especiais ou microssistemas contêm e promovem objetivos e valores bem diversos daqueles que guiavam a codificação. Assim, diante dessas divergências significativas, o Código Civil deixa de ser considerado o centro do Direito Privado, como lei geral regulamentadora das relações privadas, capaz inclusive de dirigir a interpretação das suas normas, em face destas irreversíveis divergências.

Dessa forma, com a desfragmentação do Direito Privado, a Constituição, que na esfera do Estado Social passou também a disciplinar as relações econômicas e privadas, transforma-se no centro que unifica o ordenamento civil, e que diante deste novo paradigma passa a ocupar uma posição hierárquica superior, bem como, através da abertura das suas normas, que, ao versarem também sobre relações privadas, permitem que se atribua à Constituição o comando de Lei Maior, promovendo uma mudança de perspectiva na medida em que projeta a formação de uma nova sociedade, mais justa, solidária e com dignidade para todos.

Nessa conjuntura, opera-se a denominada constitucionalização do Direito Privado, importando na recepção constitucional de matérias que anteriormente eram disciplinadas pela legislação civil, gerando uma necessária releitura do Código Civil e de seus institutos centrais, em face dos novos valores constitucionais, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a transformação que se opera com a constitucionalização do Direito Privado é muito significativa, isto é, o Direito Civil que regulamentou a atividade econômica individual passou a regulamentar também a vida social, por influência direta da ordem constitucional.

Certo é que muito se tem falado na chamada "constitucionalização" ou "publicização" do Direito, não faltando quem já julga o fenômeno, como decadente

ou que a “publicização” do Direito Privado estivesse a revelar (em especial no Direito Civil) uma tendência ao desaparecimento deste ramo do direito.

Nesse ínterim, a título de esclarecimento do tema proposto, convém proceder a distinção entre publicização e constitucionalização, pois durante longo tempo cogitou-se de que ambos os termos teriam o mesmo significado. Todavia, são situações distintas. Como ensina Ráo, por vezes a “instituição ou o grupo de normas ou a norma passa de um ramo a outro, dá-se, então, a ‘*publicização*’ do direito privado”. E lembra que, para designar a nova corrente de idéias, criou-se o “neologismo *publicização* do direito, que os políticos substituem por denominação outra, tal a de ‘socialização do direito’, como se o direito somente agora se revelasse uma ciência social” . Ainda, Ráo coloca a seguinte técnica usada pelos inovadores:

O ‘direito social’ designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos e organizam a vida econômica segundo os princípios da justiça distributiva. Ora, para se alcançar esse resultado, preciso é recorrer-se a uma força superior a todos, ou seja, à força do Estado; e se esta força intervém nas relações privadas, o direito privado não pode deixar de ceder o passo às regras do direito público. A *publicização* é, pois, o meio de tornar social o direito.

Conforme Lobo, a indicada publicização “compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX”, o que se deu com a criação dos microssistemas jurídicos, retirando do Código Civil, matérias que passaram a ser tratadas de forma protetiva por legislação específica, por exemplo: lei de locações, lei de usura e lei de condomínios, etc., Conseqüentemente, “tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos”. Mas, a existência de “mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada”, especificando-se, da “relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais”, pois não é este o “campo próprio do direito público”.

É certo que o Estado social aboliu o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados, tanto no que se considerava direito público, quanto no direito privado.

Diz-se da superação da velha dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, que há de se ter em “em mente o grau de intervenção do Estado (legislador ou juiz) em certas relações, para considerá-las publicizadas”. Desta forma, segundo Lobo, deve-se visualizar a publicização como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, já, a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos ditames de validade constituídos constitucionalmente. Mas se cogita da necessidade do Direito Privado não perder sua especificidade, isto porque ele torna possível a múltipla diferenciação na sociedade, constituindo um valioso equilíbrio ao assistencialismo, além de reforçar o sentido de auto-responsabilidade do indivíduo.

No entanto, Facchini Neto coloca a necessidade da realização de uma “sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental”.

Assim, como preleciona Canotilho, o “direito público visa a prossecução do bem comum”, conseqüentemente, denota-se a “convergência de aspectos publicísticos e aspectos privatísticos em muitas relações jurídicas”, tornando-se preferível “adaptar um sistema pluralístico de relações jurídicas a um simples dualismo direito público/direito privado”. Destarte, convém se avançar “além da ‘publicização’” do Direito Privado, “esfacelado em microssistemas”.

É necessário reconhecer, no entanto, que as disposições inseridas na Carta Constitucional “alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século”.

Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).

Mas, torna-se evidente que as novas tendências do Direito Privado, em especial do Direito Civil brasileiro remetem, conforme Edson Fachin, “à análise um paradoxo: de um lado, a recuperação discursiva da “publicização” de espaços classicamente privados, e de outro, o processo em marcha de *privatização do Estado*”; e complementa, “envia ao debate sobre os novos rumos do cerne do direito privado clássico, sua crise e transformação”.

Diz-se, com certa exacerbação, que o Direito Privado passou a ser o “Direito Constitucional aplicado”, pois nele se “detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor”. O “Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva”. Afinal, romperam-se as amarras com o liberalismo, neste campo jurídico que se altera profunda e constantemente, trata-se de percorrer novos horizontes, por onde vários outros mecanismos deverão ser construídos para dar vazão às efervescências sociais, respeitando as características de um mundo em constante expansão.

Não obstante, citando Jorge Reis, o Direito Privado antecedeu o Direito Constitucional, além de ter sido acatado como um direito autônomo, apesar de estar adjungido ao sistema jurídico, que, por sua vez, tem como supedâneo e subordinação à norma maior – a Constituição. Desta forma a legislação infraconstitucional gravita (em torno e sob) a constelação do Direito Constitucional.

Nesta linha de pensamento, Facchini Neto coloca a necessidade da realização de uma “sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem

separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental”.

Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).

Os analistas da superação da velha dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, “têm em mente o grau de intervenção do Estado (legislador ou juiz) em certas relações, para considerá-las publicizadas”. Certo é, que o “princípio da efetividade dos direitos fundamentais, cuja ‘força de irradiação’ [...] faz com que o Direito Privado, com os seus institutos, se torne de certa maneira uma província do Direito Constitucional”, mesmo assim, persistem “claras distinções entre tais ramos jurídicos”.

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extra codificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.

A Constituição é “uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta”, alterando o “espírito informador do Direito, e mudando os princípios gerais”. Segundo Bonavides, “fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições”.

Na verdade, e ancorado sob esta base, o Direito Privado, atual, adota uma

permanente “perspectiva constitucional”, enquanto que a Constituição tem “disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado”. Além de ter “em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito privado”.

De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva. Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma ‘constitucionalização do Direito Civil’.

Convém lembrar que a nomenclatura, “*constitucionalização do Direito*”, conforme Barroso é de “uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos”. A idéia de constitucionalização do Direito, analisada, referencia o “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.

Necessário compreender, pois, que é principalmente através dos princípios constitucionais que vai se produzir o processo de constitucionalização do Direito Privado, que, através deles, vai receber as influências de novos valores sociais em permanente evolução, e, ainda, importa em modificações substantivas relevantes na forma de se conceber os principais conceitos e institutos do Direito Privado.

Pode-se afirmar que “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado”, incabível, portanto, “ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional”. Por essa razão, todo o *standard* normativo infraconstitucional deve se encaixar ao modelo axiológico constitucional, não bastando, de acordo com Cortiano Junior, que “o legislador inferior passe a expedir normas que vão ao encontro da ordem constitucional”. É fundamental que mesmo as normas “ditas inferiores já existentes” sejam reconhecidas, “interpretadas e aplicadas de acordo com o preceito constitucional. A Constituição

passa a se constituir como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado”.

É importante destacar, no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado, que a noção de direitos fundamentais se originou em um período no qual se consolida uma ordem de idéias que destaca a autonomia privada frente ao Estado. Entretanto, o processo histórico evolutivo acabou por positivizar nas Constituições aqueles direitos tidos como básicos, nas quais os direitos do homem se positivaram como direitos fundamentais como centro do Direito Público e, como núcleo central do Direito Privado, as codificações civis.

Certo é que, através de um processo transformador evidenciado a partir da modificação do paradigma liberal para a proteção do paradigma social, modificou-se a concepção de direitos fundamentais e as possibilidades de realização das necessidades de grande parte da sociedade, que de há muito buscava os ideais socializantes, e como decorrência desse processo, atualmente, os direitos fundamentais são munidos de tamanha importância, que desempenham o papel de núcleo do direito constitucional, refletindo-se por todo o ordenamento jurídico.

Importante referir a compreensão de Silva, no sentido de que a função social consiste num princípio ordenador da propriedade, bem como representa o fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento, e até mesmo de sua garantia, refletindo-se sobre seu próprio conteúdo.

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais.[...] Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

No mesmo sentido o entendimento de Reis, quanto ao “âmbito da efetividade dos direitos fundamentais”,



o legislador constituinte estabeleceu que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Tal regramento, sem dúvida, tem suscitado inúmeras divergências de posicionamento doutrinário e jurisprudencial, já que a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais requer algumas definições preliminares.

Nesse caso, estas divergências deixam claro que a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais é questão que envolve construções doutrinárias não se resumindo como pretendia o legislador a um entendimento majoritário neste sentido.

O que importa, neste momento, é ter presente que para os adeptos da teoria da eficácia (vinculação) mediata (indireta) – para além das hipóteses em que uma vinculação direta decorre de expressa previsão do Constituinte – os direitos fundamentais, em que pese serem aplicáveis às relações jurídico-privadas, dependerão de uma mediação pelo legislador e/ou pelos órgãos judiciais. [...] Da mesma forma, assume relevo o argumento de que se deverá distinguir a decisão fundamental em prol de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, da decisão sobre a competência de constatar e determinar, no caso concreto, o grau de eficácia de determinado direito fundamental.

Por fim, mesmo que sem realizar o aprofundamento que a importância da eficácia dos direitos fundamentais requer, pode-se extrair até aqui que nenhuma das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser afastada, os problemas vão se centrar em definir, no caso concreto, as situações em que ocorrerá a incidência direta das normas constitucionais, e nos casos em que a aplicação deverá ocorrer através da mediação legislativa.

Assim, o atual Direito Privado recepciona uma constante “perspectiva constitucional” em diferentes níveis. Convém salientar, que a “Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos”, bem como “direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas”.

Por essa razão, a ampliação do espaço constitucional, por si só, não bastou para elevar a “Constituição à posição de centro gravitacional do Direito Privado”.

Somente com o “reconhecimento da ‘força normativa’ de toda a Constituição, em especial dos seus princípios”, é que concebeu o “ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional”.

Nesse sentido, atualmente os princípios constitucionais são reconhecidos como verdadeiros parâmetros normativos dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, bem como indicam a ideologia da sociedade e seus fins, dando unidade ao sistema, minimizando tensões normativas e ainda servem de norte para o intérprete.

No próximo capítulo, realiza-se uma abordagem sobre o tema dos princípios constitucionais, como alavanca da atual posição da Constituição, como vértice axiológico do sistema aberto de normas, sendo que neste ambiente, a Carta Magna passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, de modo a realizar os valores nela consagrados, em especial a dignidade da pessoa humana.

Uma Constituição como a do Brasil, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera público-privada, outorga à cidadania um *status* formal e material de sujeitos da própria história, co-responsáveis pela construção cotidiana de um projeto de vida.

## 2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA INCIDÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES PRIVADAS

Um dos aspectos mais distintivos da fundamentalidade material e formal das atuais constituições, melhor dizendo, de sua aspiração de assumir eficazmente o *locus* de norma suprema do ordenamento jurídico, acontece na interação entre Constituição e Direito Privado, mais diretamente, na influência dos princípios constitucionais na ordem jurídica privada. Pois, como afirma Bonavides, “fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições”.

Para Canotilho, a superioridade normativa do Direito Constitucional, “implica o *princípio da conformidade* de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais”. Ainda, pela lição de Canotilho, formula-se o referido princípio da seguinte maneira: “nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior (princípio da hierarquia)”, assim, nenhuma “norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade)”.

Verificar-se-á, a partir de então, a configuração da Constituição como norma jurídica ou sua força normativa, exercida através dos princípios e sua irradiação sobre as relações privadas. Mas, para tanto, torna-se necessária uma breve análise das correntes positivistas e pós-positivistas do direito, como vertentes da teoria dos princípios.

## 2.1 Os princípios constitucionais e o positivismo

Ao interpretar o processo de entendimento do direito como elemento organizador da sociedade, pode-se afirmar que este não habita no passado, mas em um futuro em aberto, tornando-se cada vez mais uma ferramenta de mudança delineada da realidade. Portanto, a norma jurídica vai além da sua forma escrita, assim como o direito transcende sua positivação. Neste viés, o direito perpassou por três fases distintas, cuja interdependência é clara: jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Antes de adentrar-se na análise do positivismo jurídico, convém registrar, como nota de amparo, breve apreciação da primeira fase - do Jusnaturalismo. Na fase jusnaturalista ou fase metafísica, o Direito era visto com uma origem transcendente, ou seja, como oriundo de um direito natural, que Barroso resume como:

O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.

O Jusnaturalismo reconhece a existência de um sistema de normas de conduta diverso daquele ditado pelo Estado, o qual compõe um Direito Natural, extra-histórico, eterno e imutável, que encontra em si mesmo seu fundamento de validade, posto que anterior e superior ao Direito Positivo. Nesta etapa de alargamento do pensamento jusfilosófico, os princípios são tidos em alto nível de abstração, de postulados éticos de justiça, com bases tanto na razão humana quanto na lei divina e sua normatividade é “basicamente nula e duvidosa”.

Certo é, que os direitos naturais, conforme Barroso, “cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma

generalizada aos ordenamentos positivos”, no princípio do século XIX, são impelidos para a margem da história pela onipotência positivista”.

Segundo Bobbio, "com a promulgação dos Códigos, principalmente do Napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava seu triunfo”, pois, ao transpor o “Direito racional para o Código”, tornava-se inadmissível outro direito a não ser este. “O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”.

Surgia o positivismo. Nesta fase, tinha-se a pretensão de criar uma Ciência Jurídica com objetividade científica e características similares das conferidas às Ciências Exatas. Apartava-se, assim, o Direito da Moral, de modo a inseri-los em compartimentos estanques para fins científicos.

Após breves notas introdutórias acerca do Jusnaturalismo, passa-se, desde logo, ao positivismo jurídico, como fruto de uma idealização do conhecimento científico. É exatamente por este viés que ascende o ideário de uma leitura basicamente científica do Direito.

A visualização do direito como ciência, no ocidente, iniciou-se no século XX, tendo como referência o pensamento do Hans Kelsen – em especial a partir de 1934, com a publicação de sua Teoria Pura do Direito, que representa um divisor de águas no pensamento jurídico e influenciou a maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais.

Com a promulgação dos primeiros códigos da era moderna, em “busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos”, inicia-se um movimento de transposição do direito racional para os textos legais.

Tem-se então o Positivismo jurídico. O estreito vínculo que surge entre Direito e lei assinala a busca por referências sólidas, intangíveis, que caracteriza as sociedades modernas do Século XIX. O movimento pela codificação, com a

elaboração de corpos legislativos herméticos, oferece resposta a semelhantes anseios, disponibilizando fontes sistematizadas, de onde se esperava poder retirar, em cada hipótese, solução para todo e qualquer conflito.

Por sua vez, o positivismo adotou a idéia da capacidade do homem de arquitetar o mundo que o cerca, conforme a razão, conseqüentemente, o direito passa a se relacionar nomeadamente com o processo de construção normativa sob a égide imutável do princípio da legalidade e respectiva aplicação na sociedade.

No positivismo, a lei é “vista como expressão superior da razão”, possuindo, o “direito na perspectiva clássica”, as seguintes características: “caráter científico, pretensão de completude, emprego da lógica formal, pureza científica, racionalidade da lei e neutralidade do intérprete”. Para a dogmática positivista o “Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade”.

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

Em relação aos princípios, na fase positivista, sua função era meramente subsidiária, entrando no código como “válvula de segurança”, não gozando de normatividade, mas os “princípios gerais do Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento”. O valor dos princípios vem, conclui Bonavides, citando Flórez Valdés, “não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis”.

Para Bonavides, o juspositivismo, fazendo dos princípios “meras pautas programáticas supralegais”, na ordem constitucional, tem apontado, a “sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.

Conclui-se que não era reconhecida a normatividade dos princípios neste sistema jusfilosófico, no entanto, perante a probabilidade de desmoronar o dogma da completude do aparelho normativo, caso não se preenchessem as lacunas que ocorressem - o que era tão caro ao juspositivismo - optou-se pela adoção de uma aplicação diferida dos princípios, excepcionalmente, como solução às lacunas, devendo a norma conferir competência ao julgador para tanto.

Dessa forma, na fase positivista, não eram os princípios que gozavam de normatividade, mas a norma que conferia competência ao julgador para aplicá-los. Assim, para os positivistas, os princípios tinham função puramente garantidora da inteireza dos textos legais, servindo tão somente para suprir os vácuos normativos que, por acaso, as leis não lograram completar.

Bobbio, bem sintetiza o pensamento da fase positivista:

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade.

O positivismo, nas palavras de Barroso, “pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato”, com destaque na realidade observável e não na reflexão filosófica, apartou-se o Direito da Moral, de modo a inseri-los em compartimentos estanques para fins científicos. Certo, é que “resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito”.

O amplo impacto do positivismo e o culto disfarçado aos seus dogmas

validou, ainda que sob outras roupagens, o surgimento de autoritarismos dos mais diversos. Por esta visão é que juristas como Luís R. Barroso e Ana P. Barcelos, e muitos outros, traçam paralelos entre a queda do positivismo na Europa e a derrota do Nazismo e do Fascismo.

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um carácter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Corrente importante até hoje no meio jurídico, o positivismo não permanece a salvo de críticas e questionamentos. Fica evidente que a queda do positivismo jurídico vem a calhar com uma época em que o homem passou a valorizar os direitos sociais, em especial no pós-guerra, atribuindo uma dimensão imperativa de se solucionar conflitos involuntariamente às leis, pois não é sempre que a norma atende a vontade social. Nesta trilha, conforme Barroso, pode-se afirmar que tanto a superação histórica do jusnaturalismo, como o fracasso político do positivismo moldaram um conjunto amplo e inacabado de ponderações acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Como reação ao positivismo jurídico exacerbado, num ímpeto de superação, surge uma terceira fase - do pós-positivismo - na qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, introduzindo a nova hermenêutica, a teoria dos direitos fundamentais, e, em especial, a atribuição valorativa aos princípios do direito. Por tais motivos, segue-se a verificação linear entre os princípios e a fase pós-positivista.

## **2.2 Princípios constitucionais e o pós-positivismo**

Desde o início do século XX, com as grandes guerras mundiais, revoluções e regimes totalitários, forjou-se o imperativo de transcender o contorno formalista do positivismo jurídico. Por certo que as verdades metafísicas e racionais que



escoraram, durante séculos, as formas de saber e de racionalidade dominantes, não mais atendiam as inquietações e as necessidades do estágio da chamada pós-modernidade (pós-positivismo).

Os modelos culturais e normativos que justificaram o mundo da vida, são ineficazes e não acolhem mais ao universo complexo e dinâmico das atuais sociedades, que passam por profundas transformações sociais e por instabilidades. Segundo Lefort, pode-se dizer que o que ocorre é o término dos “marcos de referência da certeza”, que refletem crises de legitimidade e crises na produção e aplicação da justiça. Certamente, nenhuma doutrina encontrável na história do pensamento se circunscreve com rigidez no tempo e no espaço, havendo tendências predominantes e não constatações terminais.

Se há algo, com efeito, que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de ‘formalismo’, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana.

É nessa proporção que se deve entender o abandono da concepção do Direito ancorado em fundamentos absolutos, substituída por uma concepção não-fundacional. Desta maneira, o Direito deveria ser vislumbrado a partir de seu papel na sociedade, ancorado em princípios e regras, viabilizando as discussões sobre valores supra-positivos, enquanto base da unidade do sistema jurídico. Por certo que o constitucionalismo moderno e a teoria dos direitos fundamentais são reflexos dessa virada teórica no estudo do direito.

Sendo, “uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas”, o pluralismo, por sua vez o constitucionalismo passa a ter uma “dimensão comunitária”, ao abraçar o entendimento de Constituição como “ordem concreta de valores”, destarte, os “valores compartilhados por uma comunidade política” devem estar conectados à “ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição federal”.

Por sua vez, o caminho constitucional trilhado pelos princípios até o patamar de força inconcussa, alcançado com o advento da doutrina jusfilosófica usualmente denominada de pós-positivismo, é longo, passando pelas fases do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, evolução merecedora de conferência, senão veja-se:

“A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação” , que se traduz no pós-positivismo, o qual se inaugura com a

hegemonia axiológico normativa dos princípios, que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos fundamentais de estalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico.

Salienta-se que o “pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista” e como marco traz a “ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais” .

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Ensina Barroso que os princípios, "na trajetória que os conduziu ao centro do sistema", conquistaram "o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata" .

Convém lembrar que o achado científico dessa nova espécie de norma

jurídica, denominada de princípio, deve-se ao jusfilósofo norte-americano Dworkin, o qual lançou um ataque geral ao positivismo jurídico a partir das lacunas do Direito verificadas especialmente nos casos difíceis (solução dos *hard cases*), casos em que não há regra que se enquadre na premissa menor (no ideário positivista significa uma lacuna no ordenamento jurídico) deve ser então, tal regra, encontrada pela autoridade pública (juiz) através do seu discernimento pessoal, devendo ir além do Direito para resolver o caso.

Seguindo a mesma trilha, o jusfilósofo alemão Robert Alexy, elaborando a teoria de Ronald Dworkin, acentuou que os princípios são mandados de otimização, ou seja, que devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Ao se esboçar uma opinião acerca dos princípios, revela-se a importância do assunto e das múltiplas dimensões que o mesmo comporta, ante o índice de questões suscitadas sobre estes. Como explana Bonavides, "sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo".

Nessa linha de pensamento, diz-se que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. Os princípios, ainda, são uma "fonte material básica e primária, com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume", com "virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los", terminando por se "converter, sem sombra de dúvida, numa 'superfonte', porquanto, refere ainda, 'podem ser fonte das mesmas fontes'".

Os princípios constitucionais, segundo Barroso, são "o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins".

São, também, “as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”.

Para Silva, os princípios acenam como ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, “são como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira ‘núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais’”. Mas, os princípios, que “começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

Por sua vez, Dantas, esclarece que princípios “são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal”, mas que, “antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”. Princípio jurídico é:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dê sentido harmônico.

Assim, o princípio “exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito”. Afinal, a novidade da teoria pós positivista do Direito se refere exatamente à construção de elementos normativos vinculados à colocação de princípios na própria prática jurídica.

Canotilho atribui aos princípios “um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes”, bem como à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. Possuindo um “grau de abstracção relativamente elevado” e na aplicação do caso concreto, os princípios, “por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras”.

Ultima-se ao dizer que os princípios são indispensáveis ao desenvolvimento da ordem jurídica positiva, pois, “contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige,” Assevera-se, que os princípios constitucionais fundamentais integram o Direito Constitucional positivo, apresentando-se sob a forma de normas fundamentais que coordenam as valorações políticas do legislador:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo .

A hegemonia dos princípios significa a extensão da órbita pública do Direito, compondo uma necessária proposta de interpretação fundada necessariamente na relação entre o direito e seu vínculo com as práticas sociais básicas.

Nesse ínterim, convém proceder a uma rápida diferenciação entre regras e princípios, utilizando a proposição de Dworkin, o qual localiza tal distinção na seara da natureza da orientação que oferecem, de forma que as regras “são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os atos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

De forma diversa, funcionam os princípios, “mesmo aqueles que mais se assemelham as regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. Pelo contrário, sua função é a de enunciar “(...) uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita de uma decisão particular”.

O autor alemão Alexy refere-se às regras jurídicas como “mandamentos definitivos”, no que se diferenciam dos princípios, “mandamentos de otimização”.

Esta diferenciação deixa que os princípios de Direito sejam observados em graus variados, em função do contexto em que são aplicados, diferentemente das regras, que devem ser integralmente aplicadas, uma vez verificadas as premissas delas abstraídas.

Para Virgílio da Silva, a teoria do desenvolvimento de mandamento de otimização, foi o mais importante subsídio de Alexy para a distinção entre princípios e regras.

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios são mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacers exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.*

No tocante à busca da normatividade dos princípios, “a mais alta de todo o sistema”, Bonavides resume, ao afirmar que não há distinção entre princípios e normas, tendo em vista que os princípios “são dotados de normatividade”, e, por sua vez, “as normas compreendem regras e princípios”, desta forma “a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie” .

Os princípios jurídicos como princípios constitucionais possuem a mais elevada normatividade do sistema jurídico, e este entendimento se consolidou através da superação daquela postura, que conferia aos princípios apenas uma posição secundária diante dos atos de integração da ordem jurídica, ou melhor, os princípios eram considerados somente nas hipóteses de lacunas do sistema jurídico na superada idealização do positivismo.

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.

Atualmente, os princípios constitucionais são reconhecidos como verdadeiros parâmetros dos valores abrigados no ordenamento jurídico, bem como, refletem a ideologia da sociedade e seus fins, dando unidade ao sistema, minimizando tensões normativas e ainda servem de norte para o intérprete. Assim, o constitucionalismo moderno promove o retorno aos valores, aproximando novamente a ética e o direito.

A partir dessas colocações, é possível concluir que ao intérprete pertence a atribuição de identificar os elementos próprios de regras e princípios, afiançando sua máxima realização, seu “conteúdo de dever-ser”, pois não apenas os textos normativos ou as normas jurídicas deles extraídas determinarão os elementos a serem privilegiados.

Assim, passam a habitar um mesmo referencial, tanto os princípios como as regras, sendo, ambos, partículas de aplicabilidade normativa, ou seja, regras conceituadas e válidas, sem a presença de qualquer hierarquia teórica entre si. Acompanhando Bonavides, pode-se afirmar de forma conclusiva que:

a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com os valores éticos, foi acompanhado pelo direito brasileiro, em todas as suas fases, demonstrando a necessidade de superação das dificuldades, resultantes das transformações advindas do colapso da modernidade e por força das crescentes pressões pela construção de um modelo mais vigilante à satisfação dos anseios sociais.

Dessa forma, os princípios constitucionais passam a ser, segundo a leitura de Barroso, “a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”.

Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas, bem como, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.[...] A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional.

No caso do estudo que se segue, o exame dos princípios percorrerá um caminho de reflexão que visa à sua aplicabilidade, como aporte a uma hermenêutica principiológica. Comunga-se com Eros Grau, quando insiste na importância dos princípios, em razão de que as possibilidades de realização de justiça material não residem - ou não residem - no próprio direito, em seus princípios.

Nesse traçado vislumbrar-se-á, dentro da teoria dos princípios, a dogmática principialista como aporte a uma hermenêutica principiológica, que dá aporte à atual posição da Constituição como vértice axiológico do sistema aberto de normas, de forma a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas, também, um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, realizando os valores nela consagrados, em especial a dignidade da pessoa humana.



## 2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana no direito privado

A partir das considerações, anteriormente realizadas, e com o objetivo de contribuir para a ampliação do entendimento da incidência dos princípios constitucionais sobre as relações privadas, é imprescindível realizar uma abordagem inicial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo o pensamento de Loureiro, “a dignidade humana se tornou uma ladainha repetida nos foros internacionais, quando se afirma mesmo uma ‘transcendência horizontal’ expressa na tese do homem como o último domínio do sagrado”, pode-se conjecturar sobre a dificuldade e a valia argumentativa da definição da dignidade humana, mas cabe acompanhá-lo, quando adverte: “Não sei muito bem o que é a dignidade humana, mas conheço bem, muito bem, o que é a humilhação”.

Assim, entende-se por dignidade humana o “valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos”. Loureiro, realça, ainda, dois pontos:

a) ao lado dos deveres de respeito, que obrigam todos e dos deveres de protecção a cargo do Estado, sublinha-se a existência de obrigações de prestação stricto sensu, de forma a assegurar um mínimo de existência, garantindo o horizonte possibilidades de uma vida digna; b) a par de uma perspectiva da alteridade, em que se situam as obrigações, pessoais e institucionais, de respeito, protecção e prestação, há ainda um eixo da ipseidade, em que a dignidade expressa-se na autonomia, num processo de construção da identidade pessoal, permitindo o livre desenvolvimento da personalidade, traduzindo-se, desde logo, num “direito a ter direitos”, e na qualidade de sujeito jurídico.

Advém do princípio da constitucionalidade a exigência que todos os atos praticados o sejam de acordo com seus princípios, sob pena de nulidade, anulabilidade, ineficácia ou inexistência. Aduz-se, assim, que toda a legislação infraconstitucional torna-se constitucionalizada, conforme se analisou no capítulo

anterior, extinguindo a idéia de um Direito Privado autônomo em relação ao Direito Constitucional.

Os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, conforme Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, o qual é, sucessivamente, citado como um *princípio-matriz* de todos os direitos fundamentais, colocam a pessoa em um patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal. O Direito Privado, mais precisamente o Código Civil de 1916, ao expressar tal ordem de valores, tinha por norte a regulamentação da vida privada unicamente sob o ponto de vista do patrimônio do indivíduo.

Paulo Bonavides pontifica que, uma vez superadas as concepções “jusprivatistas”, que conferiam aos princípios função supletiva ou subsidiária dentro do ordenamento jurídico, a preponderância das concepções “juspublicísticas” e a conseqüente proclamação da normatividade dos princípios, conduziram à sua valoração e eficácia “como normas-chave de todo o sistema jurídico” . Com efeito, como destaca Espíndola:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para esse núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

Seguindo essa linha de pensamento, no tocante às alterações provocadas pela Carta Constitucional de 1988 e sua incidência sobre o Direito Privado, Gustavo Tepedino, aduz:

Dito diversamente, a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, a Lei de Locações, de 1991, todos esses universos legislativos

apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora.

Dessa forma, conclui-se que o centro do sistema jurídico passou a ser, ao invés do Código Civil, a Constituição, a qual unifica em torno de si todo o complexo de normas que compõe o ordenamento jurídico, expressando uma ordem material de valores, “na qualidade de *lex superior*”.

Por certo, não se pode esquecer, que os mandamentos constitucionais são normas que uma vez lançadas funcionam como limites ou diretrizes ao intérprete, vinculando a todos aos seus ditames, pois são normas hierarquicamente superiores, passando à égide da nova ordem os direitos fundamentais da pessoa, os direitos sociais, os direitos políticos, os direitos econômicos.

Nessa seqüência, a Constituição Federal deu apoio ao Código Civil como *ius civile*, como uma sobrevida para tutelar o aprofundamento da dignidade humana, fazendo-o em face de o processo constituinte tratar do indivíduo como seu maior fundamento - uma tendência de socialização do Direito.

Em continuação, no âmbito do Direito Privado abandona-se a antiga “concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram o século”. A codificação civil atual abdica da marca relevante ligada à “propriedade, contrato, testamento e família”. O Direito passa a proteger, através de uma visão contemporânea, não apenas tais “figuras pelo que elas representam em si mesmas”, mas, tutelar determinados “valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si”.

Como visto, os princípios constitucionais, em vez de apregoar tal conformação, têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, falando-se, portanto, em uma “*despatrimonialização*” do direito civil, como conseqüência da sua

constitucionalização. Visualizando o fenômeno por outro ângulo, “poder-se-ia falar, em uma *repersonalização* do direito civil”, no sentido que se projeta “repor ‘o indivíduo e seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*’”.

Nessa trilha, o ponto mais importante do enfrentamento da questão referente à proteção da pessoa humana não “vincula-se apenas à ‘redescoberta’ da pessoa pelo direito, mas principalmente à ligação da proteção da pessoa aos valores que lhe são inerentes como garantia e fundamento de seu devir”.

A pessoa humana não é [...], apenas um dado ontológico, mas traz encerrada em si uma série de valores que lhe são iminentes. A dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, e portanto merece a maior proteção possível. Aliás a conjugação personalidade dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem. Essa ligação é, assim, indissolúvel. A tábua sistemática de proteção à dignidade humana, dentro do direito privado, configura-se justamente nos chamados direitos da personalidade.

Com a elaboração “dogmática dos Direitos de Personalidade, *pari passu* à aceitação normativa das concretas diferenças existentes entre as concretas pessoas”, fica claro que “a fundamental complexidade que recobre a noção de pessoa”, não só visualiza a captação das formas e do meios pelos quais poderá ocorrer e ser garantido o “livre desenvolvimento de sua personalidade: é também essa complexidade conceitual que estará a proporcionar as diferentes medidas de intensidade conectadas aos Direitos Fundamentais” além do mote referente à “questão da multiplicidade dos seus efeitos, passando-se a distinguir vários tipos de direitos fundamentais, com conseqüências variáveis”.

Sarlet, ao focalizar a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, como demanda de primeira grandeza na ordem constitucional, decompõe o significado nuclear do princípio em três categorias: “Não há como negar que os direitos à vida, liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares de dignidade da pessoa humana” .

A dignidade humana, para além de ser também um valor, configura-se como sendo – juntamente com o respeito e a proteção da vida! – o princípio de maior hierarquia da nossa Constituição e de todas as demais ordens jurídicas que a reconheceram. A dignidade da pessoa humana apresenta-se, além disso, como a pedra basilar da edificação constitucional do Estado (social, democrático e ambiental) de Direito brasileiro, na medida em que, sob a influência das luzes lançadas por Kant, o constituinte reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal, o que, diga-se de passagem, demarca a equiparação de forças na relação Estado-cidadão, em vista da proteção e afirmação existencial desse último, especialmente no que tange aos seus direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, um valor supremo e passou a integrar os sistemas infraconstitucionais promulgados a partir de sua implementação. Tal princípio, pela importância e modificações que passou a conferir, representa a base de todas as definições interpretativas dos direitos fundamentais e do direito no seu conjunto, e tem como fundamentos a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana.

O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico.

Assim, a Carta Magna de 1988 colocou sob a égide da República a dignidade da pessoa humana, produzindo o movimento do ordenamento jurídico em torno da pessoa, direcionando todo o sistema para a sua proteção. “As normas constitucionais centradas nesta perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico”. Convém lembrar que tal desiderato somente ocorre ante o suporte principiológico.

No contexto pós-positivista, caracterizado pela abertura do sistema jurídico, os princípios passam a ser aplicados prioritariamente às normas específicas, pois que, segundo tal estruturação sistemática, eles são precisamente a ponte entre o sistema social e o sistema jurídico, e não mais apenas um recurso de manutenção do sistema como um sistema

fechado, completo e avalorativo.

Nesse quadro, de promoção e aproximação entre a ética e o direito e a transformação dos valores compreendidos nos mesmos, materializam-se em princípios, que passam a receber e promover uma importância central atribuída ao reconhecimento da força normativa dos mesmos e, conseqüentemente, da Constituição, tema que se revela a seguir.

## **2.4 A força normativa da constituição**

A atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, foi uma das grandes transformações projetadas ao longo do século XX, com a superação, assim, do modelo no qual a Constituição era vista como um “documento essencialmente político”, sendo que para a “concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”.

Inicialmente, deve-se registrar que a chamada “força normativa” da Constituição é apresentada na teoria constitucional de Konrad Hesse e está plantada, principalmente, na distinção de Lassalle entre a ordem real e a ordem normativa:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo, que se pretende cético. A Constituição Não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. [...] Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

A alteração de tal quadro sucedeu-se com a reconstitucionalização que

sobreveio à segunda Grande Guerra Mundial. Já no Brasil, o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou de forma efetiva, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as oposições previsíveis. Coube à Constituição Federal de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de então, o rompimento com posições ultrapassadas.

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

É oportuno lembrar, que os princípios, de meio supletivo de interpretação, passam a “ser o elo entre o jurídico e o não jurídico, na medida em que permitem ‘respirar, legitimar, enraizar e caminhar’ o direito positivo”. Também, como consequência no Direito Privado, ocorre um processo de “profundas e ainda não tangíveis mudanças: desaparece a idéia do Código Civil como ‘constituição da vida privada’, [...] surgindo a Constituição como centro, não apenas formal, mas valorativo da unidade do sistema como um todo”.

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reproduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.

A Constituição Federal de 1988, enquadra-se como um “vasto código normativo”, capaz de tutelar um certo núcleo de direitos fundamentais, abrangendo a imposição de contínuas transformações, nas formas de integração social e novas exigências de convivências intersubjetivas, para acompanhar a atual conjuntura social, política e cultural. Assim, é indiscutível que as concepções acerca do direito obrigatoriamente devem mantê-lo conexo, coerente ao corpo social a ser tutelado. Conforme Hesse, “as Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores” .

Portanto, deve, o ordenamento jurídico constitucional, além de ser dotado de carácter estático, concomitantemente, apresentar carácter dinâmico, também estar em consonância com os chamados “fatores reais do poder”; desta forma, a Constituição molda o estatuto jurídico fundamental de uma sociedade, estabilizando toda a estrutura do respectivo Estado e seu processo de evolução, intrinsecamente relacionado às forças de transformação sociais.

Para Barroso, a Constituição é uma das “grandes *descobertas* do pensamento moderno”, tida como “lei superior, vinculante até mesmo para o legislador. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada” .

Afirma Canotilho, que a Constituição trata-se de uma verdadeira “ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”. Por certo, há uma irradiação da Lei fundamental sobre todo o sistema jurídico, apresentando o balizamento para a comunicação da juridicidade, através dos autores das leis e daqueles que as recebem em seus efeitos no tecido social.

Nos livros de estudos encontram-se formas como estas: *normatividade da constituição*, força normativa da Constituição. Através destas expressões pretende-se significar [...] que a constituição é uma lei dotada de *efectividade e aplicabilidade*. A *força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía a constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direcção política”, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis.

A idéia de Constituição com qualidade de norma jurídica, lhe é garantida, por certo, pela chamada força normativa da Constituição, a qual, hoje, indica a força de lei, força de direito, força de norma jurídica. E assim, se o todo é lei - suas partes também o são, e se o todo é norma - as regras e princípios que o compõem



também o são. Todavia, Hesse constata limites à "força normativa da Constituição" :

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente [...]. Estes limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição [...] quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de se que se conforme a Constituição a esses limites.

Por sua vez, a teoria da Constituição como força normativa, ao recuar deixar a Constituição à mercê da discricionariedade executiva e legislativa, acaba por transferir para o judiciário a centralidade na realização constitucional e na garantia de seus direitos.

Convém referendar a lição de Streck: "para que se imprima a força normativa à Constituição - entendida em sua totalidade político-principiológica -, torna-se relevante a observação do basilar princípio da proporcionalidade" .

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar "a força que reside na natureza das coisas", tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social .

A idéia de que a constituição ultrapassa o simples critério da maioria, incorporando os direitos daqueles que não integram essa maioria, ou seja, a incorporação da pluralidade, reconhecendo de vez as diferenças e a heterogeneidade social é uma alteração revolucionária, que se destaca, ao lado da mudança de função do texto constitucional.

Para que a norma constitucional possa "figurar como parâmetro, como

paradigma de validade de outros atos normativos”, precisa ter um “processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais”. A chamada “rigidez constitucional”, para Barroso é “pressuposto de controle de constitucionalidade” :

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A *supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo - na verdade, nenhum ato jurídico - poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

O que se salienta, em relação à idéia da Constituição é que ela é documento orientador da ação do Estado e da Sociedade; ela tem algo de utopia positivada; por ela se aposta no futuro através da força inovadora de suas normas constitucionais.

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade.

Entretanto, conforme Coelho, considerando-se a Constituição como “reserva de legitimidade e fonte do direito em sentido pleno, isto é, como sede de direitos e garantias fundamentais imediatamente aplicáveis”, nisto consiste “a força normativa da constituição, que destronou a lei do pedestal em que se encontrava, pelo menos desde o século XVIII, para submetê-la a controles de validade formal e material, à luz das regras e dos princípios da Lei Maior” .

De acordo com Barcellos, o resultado das duas Grandes Guerras Mundiais do século XX, originou a percepção do fracasso das constituições enquanto meros

programas sem qualquer força normativa e ensejou um novo discurso sobre a Constituição: o discurso normativo. Por força da exaltação desta natureza normativa da Constituição, tanto graças ao labor dos pensadores da atual jusfilosofia, quanto pela sua inscrição nos textos constitucionais atuais, a dogmática principiológica promove uma nova retomada na compreensão e interpretação do Direito.

Tal tema sugere o abandono da concepção das normas constitucionais como meros comandos morais ou diretrizes que reproduzem conselhos ao Legislativo, Executivo e Judiciário, uma vez que a normatividade traz consigo a imperatividade dos efeitos propostos, ou pelo menos parcela deles. Evidencia-se, por este prisma, a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos, sobretudo se lhes perquirir a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde se encaixam como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio.

Além do mais, a formação e o modo como os princípios são positivados nos textos constitucionais evidenciam que estes possuem uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política, conferindo à Constituição o seu caráter normativo supremo. Aliás, do ponto de vista finalístico, o Direito pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão social na sociedade atual, atuando como “uma função emancipatória, que historicamente lhe foi sonhada” .

Em seqüência, por certo se encontrará, a real dificuldade da “realização dos Direitos Fundamentais, a partir de um viés particular: o da possibilidade técnica de concretização e expansão dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado”, passando pelo horizonte traçado pela Constituição, até porque, como salienta Fachin, trata-se “não só de interpretar a realidade social mas também de transformá-la”.

Nesse caminho, objetiva-se visualizar, mais estreitamente, a possibilidade de comunicabilidade entre o Direito Constitucional e o Privado contemporâneo, sob a égide dos princípios constitucionais, capazes de operar como uma “estrutura receptora dos direitos fundamentais, difundindo-os nas relações interprivadas e contribuindo com a construção de uma nova noção de pessoa humana”.

## **2.5 Da constituição ao direito privado: fim da incomunicabilidade e seus reflexos sobre os direitos fundamentais**

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da legalidade, no art. 5º, II, o qual dispõe: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Observando-se o texto supra indicado, rapidamente, vê-se que parece conter importante distinção entre o Direito Público e o Direito Privado. Ledo engano, na verdade apresenta-se unicamente como uma regra, tanto para as relações entre o Estado e os particulares, quanto nas relações jurídicas, entre particulares. Garante-se, aqui, pelo princípio constitucional, não o conhecido direito de liberdade, propriamente dito, mas sim o Estado Democrático de Direito, que se opõe ao Estado de Polícia, ou do Arbítrio.

Faz-se esta introdução para lembrar que no Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito, bem como o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares. Este limite não advém estritamente de eventual norma imperativa, mas, em especial, dos princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infraconstitucional. Não se pode esquecer a permanência de espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado.

Antes mesmo de se pensar em termos de pós-positivismo jurídico, urge

compreender a “ruptura causada pela codificação dos direitos civis, um momento histórico em que se rompe com a pluralidade das fontes do direito medieval e se constrói a estrutura do direito sobre o alicerce da lei” .

Nesse período, em que se desenvolveram o Constitucionalismo e a Codificação modernos, em face do rompimento dos “antigos liames estatutários e comunitários característicos do *Ancien Règime*”, opera-se “uma dicotomia fundamental, base de tantas outras que se lhe seguirão”, referindo-se à “dicotomia que passou a opor Sociedade Civil e Estado”.

A noção de pessoa como "sujeito de direitos" passara a substituir a idéia de estados. Essa substituição não se fez neutralmente: a palavra "Estado" torna-se singular e maiúscula, e o termo "pessoa" passa a ser identificado com a expressão "sujeito de direito", um sujeito que é um simulacro, o sempre-igual termo da relação jurídica, abstraído, descarnado das concretas pessoas .

Conforme Martins-Costa, essa concepção dicotômica deixou densas marcas na maneira de compreender a extensão do campo jurídico e, conseqüentemente de verificar a relação: Constituição e Código Civil, Direitos Fundamentais e espaço das relações interprivadas. “Um dos mais profundos sulcos - verdadeiro marco divisório nesse relacionamento - pode ser denominado de ‘o modelo da incomunicabilidade’”. O Direito Público e o Direito Privado “conformavam dois mundos apartados, e apartados eram também *valorativamente*, à Constituição cabendo tratar do interesse do Estado, ao Código Civil, cuidar dos interesses do indivíduo” .

“Apesar do ocaso das grandes dicotomias”, da queda de fronteiras rígidas entre o público e o privado, “dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado e da privatização do direito público”, além do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, “persiste no espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional”.

Todavia, ocorreu uma profunda evolução, do ponto de vista das “estruturas dogmáticas do Direito objetivo”, no sentido da “despatrimonialização do direito

civil, em função do advento do correlato movimento em prol da sua repersonalização”, passando a primazia para “as situações não-patrimoniais, buscando-se dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Deveras, a esfera privatista “perdeu as suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social” .

Como “coroamento dos ideais racionalizadores do Iluminismo, o qual buscava assentar o direito sobre bases seguras e unitárias”, surge o “*modelo da incomunicabilidade*”, apresentando um padrão “fundamentalmente dicotômico, assentado naquela posição de base entre a Sociedade Civil e o Estado”, bem definido nos contornos do direito brasileiro. Tal dicotomia traduz-se na “estatuição dos campos do Direito Privado e do Direito Público: um será o direito da sociedade civil, outro será o direito do Estado”, assim, essa “dicotomia importará numa *assimilação*: livre é a pessoa proprietária, o ‘sujeito proprietário’: a liberdade será assimilada à propriedade” .

Nesse panorama, o modelo de relacionamento entre Código Civil e Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialético. Por conseqüência, falar-se em relação entre Direitos Fundamentais e Direito Privado - ou, mais ainda, entre Direitos Fundamentais e relações jurídicas privadas - constituía uma impossibilidade histórica. [...] os direitos fundamentais ‘*não poderiam deixar de ser* então concebidos dessa maneira’, isto é, na sua eficácia unidimensional, como Direitos dirigidos contra o Estado para assegurar a liberdade individual .

No modelo da incomunicabilidade, “a ordem jurídica cerrava os seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, chancelava a opressão”. O Direito Privado garantia as regras do jogo, “estabilizando as relações econômicas, e ele o fazia assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato”, demonstrações imprescindíveis à autonomia do indivíduo .

Tratava-se de uma "sociedade de Direito Privado", na qual cabia ao Código delimitar a esfera da liberdade privada dos indivíduos, nas relações que estes mantinham no mercado.[...] A ordem jurídica cerrava

os seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, chancelava a opressão. O Código aspirava à completude, visando disciplinar todos os aspectos da vida humana, do nascimento ao óbito.

Segundo Martins-Costa: “Poder-se-ia dizer que um profundo fosso separava os Direitos Fundamentais da dinâmica interior do Direito Privado”. Pois a compreensão do papel dos “Direitos Fundamentais era unívoca, unidimensional como a noção abstrata de ‘sujeito de direito’”, eram tidos como um “‘instituto específico’ das relações entre o indivíduo e o Estado; sua dimensão limitava-se à salvaguarda da liberdade (propriedade) individual; e seu direcionamento passivo era contra o Estado, o poder a ser cerceado” .

Conforme Pezzella, “a estrada desta viagem jurídica se altera profunda e constantemente; não é apenas linear, mas tridimensional”. Afinal, “trata-se de construir uma nova estrada por onde vários outros mecanismos deverão ser construídos” para abarcar os movimentos convulsivos e expansivos da sociedade.

Destarte, suplantado o momento histórico, que antecedeu e justificou a incomunicabilidade da codificação dos Direitos Privado com o Direito Constitucional, no panorama atual, ante a incidência de um modelo principiológico e ante a admissão da força normativa constitucional, percebe-se claramente que público e privado convergem, ....

Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público). Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado... .

Trata-se de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito privado à luz da Constituição, de maneira a distinguir e elevar os “valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o

desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva”, para os quais deve voltar-se “a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.

Tal mudança de foco, a comunicabilidade entre as esferas públicas e privadas advém como conseqüência do maior relevo dado à pessoa, antepondo-se os interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal, aos interesses e direitos patrimoniais, pressupondo uma posição hierárquica de valores à pessoa humana, sobreposta ao interesse econômico. Nesta ordem, a matriz de relacionamento entre Direito Constitucional e Direito infraconstitucional “inflexo, diretamente, na problemática da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas”.

Por esse caminho, evidenciando as diversas conseqüências jurídicas que decorrem dos Direitos Fundamentais, uma nova teoria afirma as diferentes eficácias desses direitos. De um modo geral, chega-se à compreensão de que a garantia de pleno desenvolvimento dos direitos humanos depende da emissão de

normas de direito positivo” a qual constitui tarefa do Estado-legislador (por meio da legislação infraconstitucional), do Estado-administrador (por meio da atividade normativa secundária e pela proposição e implementação de políticas públicas) e do Estado-juíz (pela concretização das cláusulas gerais da legislação infraconstitucional e pela concretização das próprias normas constitucionais).

O certo é, que essa emissão normativa incide, privilegiadamente, na esfera dos “Direitos da Personalidade – uma categoria que veio revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil”, somente ocorrendo seu desenvolvimento e concretização “à vista do que é o ‘valor-fonte’ do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional”.

Instituiu-se, assim, uma nova visão na cultura sócio-político-jurídica, realizadora de transformações no Direito Constitucional, refletidas no Direito Privado. Desta forma, o constitucionalismo brasileiro encontra nas teorias de base



do pós-positivismo o “pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses” como elemento dessa “reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro”. Para Barroso o “aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país”.

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.

Afinal, o pós-positivismo encontra o constitucionalismo brasileiro, alicerçado em um ideal democrático, incorporando de vez, à Constituição, uma função eminentemente principiológica, com o amadurecimento da idéia dos Direitos Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana. Como afirma Bonavides, “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

A partir dessas colocações, é possível concluir que não apenas os textos normativos ou as normas jurídicas deles extraídas determinarão os elementos a serem privilegiados. Ao intérprete é conferida a atribuição de identificar os elementos próprios de regras e princípios e assegurar sua máxima realização, seu “conteúdo de dever-ser” .

Sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (banho de imersão, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou filtragem constitucional, no dizer de eleve). O juiz (e o operador jurídico *lato sensu*) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição.

Em linha conclusiva desse capítulo, verifica-se que a dogmática jurídica

tradicional foi alicerçada no mito da objetividade do Direito e o da neutralidade do intérprete, de caráter ideológico e mantinha-se como instrumento de dominação econômica e social. Por sua vez, o pós positivismo deu ao Direito uma grandeza transformadora e emancipatória, albergando as potencialidades da legalidade democrática, ascendendo valores éticos. Promoveu o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.

Por certo que tais transformações delinearam a atual posição da Constituição na ordem jurídica brasileira, traduzida pela força normativa e pelo incremento de uma nova dogmática de interpretação, baseada na sistematização de princípios constitucionais. Neste ponto, o direito constitucional brasileiro foi conduzido, ante sua ascensão política e científica, ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

Dessa forma, destaca-se que a normatividade dos princípios compõe um conjunto normativo mais flexível, mais aberto à subjetividade do julgador e à multiplicidade de perspectivas da presente na chamada pós-modernidade. Esta possibilidade de filtragem do direito infraconstitucional dá-se pelo amparo dos princípios, rompendo com a incomunicabilidade das esferas do direito, conformando dois mundos, com a finalidade de amparar a concretização dos direitos fundamentais.

Por certo, na esteira da Constituição, o Direito Privado ancora-se em valores ético-sociais, sendo que as linhas axiológicas, por enunciarem fundamentos e objetivos da República, condicionam a hermenêutica dos diplomas infraconstitucionais, dando ensejo a sua constitucionalização. Surgem, aí, os compromissos com a dignidade da pessoa humana, o respeito aos princípios éticos e de solidariedade, entre outros, que promoverão as bases para uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse contexto, caminha-se para introduzir diretamente um tema de relevante importância para o estudo em questão, ou seja, a função social da propriedade. Para tanto, analisar-se-á as transmutações ocorridas no direito de propriedade, nos diversos estágios sócio-políticos do Estado a partir de seu foco principal, a função social da propriedade, e seus efeitos na ordem jurídica privada. Considerar-se-á o novo direito de propriedade tendo como parâmetro uma nova realidade, orientada por padrões normativos, que inseriram o direito de propriedade sob a proteção da socialização do Estado e conduziram à modificação do seu conceito.

### **3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE PROPRIEDADE**

A partir das considerações realizadas nos capítulos anteriores, e com o objetivo de contribuir para a ampliação do entendimento da superação da visão patrimonialista do direito de propriedade, é necessário focar a abordagem a partir do estudo da etapa mais importante no processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas por que passou o Direito Privado, no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social, a constitucionalização do direito privado e a funcionalização de seus principais institutos, determinando um novo conceito ao principal destes institutos a propriedade.

### **3.1 A superação da visão patrimonialista do direito de propriedade**

O Direito Civil, a partir da visão estacionária que pautava suas diretrizes, com base no individualismo e patrimonialismo do modelo do Estado Liberal, demonstrava-se insuficiente para atender a uma nova visão de sociedade, que buscava o reconhecimento dos direitos sociais capazes de assegurar condições mínimas de vida com dignidade.

A codificação civilista de cunho liberal representava um retrocesso às diretrizes básicas do constitucionalismo contemporâneo, pois preconizava como valor essencial da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual se centravam os demais interesses privados, juridicamente tutelados.

Resgata-se, então, por necessário, o entendimento de que o direito à propriedade, na lei civilista, garantia não somente sua existência, mas, sobretudo, a extensão do exercício individual do proprietário. É a consolidação da idéia de direito subjetivo como a faculdade da pessoa de exercer sua autonomia de vontade, dentro da esfera de direitos privados que lhe são devidos pela sociedade, submetendo os demais indivíduos às prerrogativas do domínio do titular.

A propriedade era o bem absoluto que regia todas as demais relações da vida privada, com a prevalência no reconhecimento de que as relações civis possuíam um forte cunho patrimonialista. E, para tais fins, o ser humano era visto como um fim em si mesmo, sujeito ou titular de direito, aí estava centrada a conotação patrimonialista com conseqüências extremas, repercutindo inclusive na noção de igualdade, que pressupunha isonomia meramente formal ou abstrata.

A propriedade, para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consistiu em direito inviolável e sagrado. Tanto o Código francês quanto o Código italiano, estatuíam que a propriedade é o direito de gozar e dispor do bem de modo absoluto.

Por esse reconhecimento, difundido com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual definia ser o direito de propriedade inviolável e sagrado, posição claramente ratificada pelo Código de Napoleão, o direito de propriedade passou então, na visão tradicional, a ser difundido como absoluto pelo fato de que o titular do domínio não poderá ser importunado por quem quer que seja.

Nesse contexto de influências, provenientes do modelo do Estado liberal, o Brasil também adotou tal concepção, reconhecendo o direito de propriedade como inviolável e sagrado, que deveria ser observado por todos (oponível *erga omnes*), sendo este poder do titular sobre determinada coisa que lhe atribuía a prerrogativa de usar, gozar, e dispor, de forma absoluta, exclusiva e perpétua.

Nessa órbita, o Código Civil brasileiro de 1916, elaborado sob a visão individualista do Estado Liberal, onde a propriedade era marcada pela autonomia plena, concedeu à propriedade o sentido abrangente de todos os direitos que formam o patrimônio, ou todos os direitos que se traduzem em uma expressão pecuniária. Além disso, garantiria à sociedade nacional uma relativa segurança, uma vez que atribuía ao proprietário o domínio absoluto sobre a coisa e mantinha a interferência do Estado afastada.

Contudo, constata-se que o descompromisso do modelo liberal com as questões sociais, somado aos grandes conflitos provenientes do final da primeira Guerra, a Revolução Soviética, e a expansão industrial, e ainda, a busca pela melhoria das condições sociais e a garantia da regulamentação para o mercado econômico, são algumas das causas que deflagraram as revoltas sociais, que primavam pelo reconhecimento de condições mínimas de sobrevivência, entre elas condições de trabalho, resultando assim na necessidade de que o Estado assumisse outro perfil.

Por conseguinte, ao final do século XIX, o caráter individualista e patrimonialista impregnado no direito de propriedade começam, a partir da

concepção de pensadores europeus, a sofrer modificações, pois já não mais satisfaziam às exigências de uma sociedade que sofria os efeitos daquela configuração.

Dessa forma, a fim de viabilizar a conformação do instituto da propriedade às exigências da sociedade, o exercício do direito se afasta da noção que o depositava exclusivamente nos interesses particulares, revestindo-se de uma natureza pública e flexível na qual são priorizados os interesses coletivos, despontando, assim, o entendimento de que o proprietário deveria dar uma destinação econômica aos seus bens, de modo a atender aos interesses sociais.

Cabe colacionar o entendimento de Edson Fachin, de que o “absolutismo no exercício da propriedade sofreu a intervenção de idéias que progressivamente construíram a doutrina denominada função social da propriedade” .

Assim, num momento de transposição do Estado absolutista para o Estado Social, surge a concepção da função social da propriedade, como elemento que representa o processo evolutivo impregnado pelo conteúdo social.

Somado a isso, cumpre ressaltar a importância essencial, como contribuição para a superação daquela visão patrimonialista do direito de propriedade, do legado do renomado constitucionalista europeu Duguit, que, ainda no final do Século XIX, e no início do Século XX, já desenvolvia a tese de que toda a propriedade deveria possuir uma função social, ou seja, que aquele caráter absoluto e ilimitado do instituto, já não poderiam ser atributos desse direito. Desta forma, o uso da propriedade pelo titular deveria gerar riquezas para toda a coletividade e não apenas para o proprietário.

Moraes citando Duguit, esclarece que o mesmo afasta a primazia de enquadramento da propriedade privada, criado pela burguesia no modelo de sociedade regulada pelo mercado. A propriedade, para ele, somente deve ser

protegida pelo sistema judicial se cumprir essa função, pois tal direito deixa de ser um direito subjetivo individual e passa a ser considerado como uma função social.

A propriedade é instituição jurídica que se formou para responder a uma necessidade econômica, como todas as instituições jurídicas, e ela evoluciona no mesmo ritmo das necessidades econômicas; e estas necessidades, transformando-se em necessidades sociais, transformam a propriedade em função social, considerando a interdependência cada vez mais estreita dos elementos sociais.

Enfatiza também Moraes, que para o constitucionalista Duguit, o direito subjetivo é entendido nas mais diversas definições como um poder de querer juridicamente, ou seja, o poder atribuído à vontade do seu titular de impor-se às demais vontades. Por conseguinte, a propriedade individual deixa de ser um direito do indivíduo, direito subjetivo, para converter-se em uma função social.

Essa interdependência que cria novas necessidades econômicas, implica necessidade de afetar certas riquezas a fins individuais e coletivos determinados, e, por conseguinte, a necessidade de garantir e de proteger socialmente esta afetação.

Compreende-se então que, do estudo de Moraes, tendo como referência os ensinamentos de Duguit, pode-se extrair o embasamento da noção de dever, até culminar na substituição da expressão direito subjetivo de propriedade por propriedade-função, cuja repercussão foi tamanha que de forma contundente integrou a Constituição alemã: “a propriedade obriga”.

Assim, tecidas estas considerações, é de se ponderar que o direito de propriedade não mais comporta o entendimento de direito absoluto consagrado pelo Direito Civil, devendo, tanto as propriedades urbanas, como as rurais, servirem aos interesses da sociedade, cumprindo com sua funcionalidade. Isto porque, em que pese estar a propriedade inserida entre os direitos individuais (artigo 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal), está ela também relacionada entre os princípios da atividade econômica constitucional (artigo 170 da Constituição Federal), sendo corolário sua aplicação em consonância com os ditames da justiça social, assegurando a todos uma existência digna.

Dentro deste contexto, o direito de propriedade no Direito Privado atual assumiu outro perfil, que não se coaduna com a perspectiva anterior individualista e patrimonialista, sofrendo restrições e imposições diante da prevalência dos interesses públicos (coletivos e difusos) incidentes sobre este bem.

Diga-se que, no âmbito do Direito Privado, acompanhando Cortiano Junior, deixa-se atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram o século XX, para atender aos ditames constitucionais, tutelando certos valores tidos como merecedores de proteção - a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si, constituem novos contornos: o instituto da propriedade recebe novos contornos socializantes – acolhendo de vez o princípio da função social.

A função social surge da instituição do Estado Social e Democrático de Direito como imperativo dos princípios de igualdade e justiça, referidos no preâmbulo, e de dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988.

Em razão disso, verifica-se que a função social impregna o interior do direito de propriedade, passando também a fazer parte deste direito, qualificando-o, resultando daí que, sem função social, não mais existe propriedade legalmente protegida.

Nesse parâmetro o Código Civil de 2002, base do Direito Privado, por se tratar de um código flexível, informado pelos princípios constitucionais, capaz de dar a fluidez necessária aos regramentos constitucionais, bem como a superação definitiva do antagonismo histórico que marcou a sua relação com a Constituição, contemplou a função social da propriedade, de forma explícita no artigo 1.228, § 1º e 2º, que diz:

Art. 1.228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da



coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

No contexto dos parágrafos inovadores do art. 1.228 do Código Civil de 2002, corrobora a idéia de que o diploma reafirmou o espírito do texto constitucional de 1988, nos termos das disposições constantes nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII e 170, inciso III.

A superação da visão patrimonialista do direito de propriedade decorre da necessidade de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais, e assim, busca-se a restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis como condição essencial imposta pela nova realidade social.

Enfim, faz-se necessário compreender que os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil em todos os aspectos, inclusive promovendo a releitura do novo conceito de direito de propriedade em face dessas novas diretrizes.

### **3.2 Aspectos evolutivos conceituais da propriedade**

Inicialmente, impende registrar que a interpretação de um conceito pode mudar de sistema para sistema, e o seu reconhecimento e conservação encontram-se respaldados na sua adequação ao ordenamento, bem como às variações da realidade social localizadas no tempo.

O conceito e a percepção da propriedade privada em cada época, demonstram vivências perfiladas à realidade e às necessidades daquelas

populações, bem como, refletem o legado de várias influências que sofreu no transcorrer da história, até culminar na atual concepção de embasamento social.

Como fato decorrente de um contexto social, a propriedade reflete uma compreensão própria de cada período histórico, sendo que seus parâmetros conceituais irão variar conforme a organização política, religiosa e social de um dado contexto.

Nessa linha de pensamento, e, principalmente, para uma melhor compreensão sobre a evolução do conceito de propriedade desde a sua concepção como direito subjetivo absoluto até a sua transformação em um direito transindividual, faz-se necessário um recorte histórico.

Para tanto, impõe-se ressaltar que é na doutrina de Locke que se encontra o fundamento do conceito de propriedade, que irá se desenvolver e influenciar o mundo ocidental.

Deus deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão, a fim de que dela fizessem uso para maior benefício e conveniência da vida. A Terra, e tudo quanto nela há, é dada aos homens para o sustento e o conforto de sua existência. E embora todos os frutos que ela naturalmente produz e os animais que alimenta pertencem à humanidade em comum, produzidos que são pela mão espontânea da natureza, e ninguém tenha originalmente um domínio particular sobre eles à exclusão de todo o resto da humanidade, por assim estarem todos em seu estado natural, é, contudo, necessário, por terem sido essas coisas dadas para uso dos homens, haver um meio de apropriar parte delas de um modo ou de outro para que possam ser de alguma utilidade ou benefício para qualquer homem em particular. O fruto ou a caça que alimenta o índio selvagem, que desconhece o que seja um lote e é ainda possuidor em comum, deve ser dele, e de tal modo dele, ou seja, parte dele, que outro não tenha direito algum a tais alimentos, para que lhe possam ser de qualquer utilidade no sustento de sua vida .

Segundo o mesmo autor, para uma adequada compreensão sobre a propriedade da terra, não é possível que ocorra uma desvinculação da mesma do trabalho, ou melhor, para que o homem tenha direito ao solo, é necessário que o cultive para, assim, solidificar a propriedade inerente à condição de cada

indivíduo.

E ainda, a forma pela qual ocorria o processo de individualização do domínio era decorrente do esforço realizado pelo homem para possuir a coisa ou para transformá-la, e deste modo, valorizá-la economicamente. Certo é que, na transformação desse estágio para o Estado civil, a propriedade vai se individuando, e o trabalho é o critério de distribuição da propriedade para cada indivíduo .

Necessário compreender então que é neste contexto de reconhecimento do esforço do indivíduo para conquistar a sua propriedade, de modo individual e exclusivo, defendido por Locke, que se encontra o alicerce que vai impregnar o conceito de propriedade, a ponto de ser reconhecida e assegurada pelo Estado como sua finalidade precípua, cuja doutrina significava a defesa dos interesses da classe emergente ao poder, ou seja, a burguesia.

A burguesia, como representante do repúdio da sociedade ao feudalismo e ao Estado Absolutista, estabeleceu um movimento de tomada de poder com a destituição da nobreza e do clero, culminando com a Revolução Francesa. Assim, foram mantidos os ideais e os princípios idealizados e defendidos por Locke, especialmente no que se refere ao conceito de propriedade e o tratamento jurídico que o Estado deveria conceder-lhe.

Convém destacar que este entendimento acerca da definição do direito de propriedade retoma o conceito do ordenamento jurídico romano, cuja concepção irá predominar por todo o mundo ocidental ao longo dos tempos, reconhecendo o direito de propriedade como um direito inviolável e sagrado, que deve ser observado por todos, portanto, *erga omnes*, bem como, para assegurar o uso, gozo e fruição da propriedade o seu exercício deveria ser ilimitado.

Assim, a partir do marco histórico da Revolução Francesa, que previu a

propriedade privada como um direito absoluto e ilimitado, permitindo a livre utilização e o gozo deste direito por seu titular, representou um novo paradigma às relações sociais, e deste modo, consolidou a noção moderna do direito de propriedade, com uma direção individualista, exclusivista que tal direito assumiu.

Essa concepção originada também da ruptura do paradigma social, político e econômico provocado pela Revolução Francesa, foi positivada no Código de Napoleão, cujo regramento vai nortear a definição para o mundo ocidental de que o direito de propriedade é absoluto e exclusivo, possibilitando ao dono usar, fruir e abusar da coisa.

Necessário compreender, então, que o Código Civil brasileiro, embora tenha sido editado em 1916, sofreu a influência marcante do Código de Napoleão, cujos ideais liberais e individualistas norteavam o entendimento de garantia do direito de propriedade de forma plena e absoluta. Neste sentido, os ideais do liberalismo moldaram o direito de propriedade a partir da disposição no estatuto civil dos poderes do proprietário, de usar, gozar e dispor de seus bens.

Por sua vez, Moreira traz outro entendimento, esclarecendo que:

Não há propriedade absoluta na extensão que se pretende dar ao vocábulo. Principalmente quando em jogo estiverem direitos do Estado ou interesse de ordem social. O sentido de poder exclusivo e absoluto, que se exerce sobre determinada coisa, em caráter permanente, não se mostra arbitrário e infinito; vai até onde não o impeça a natural limitação, imposta pela concorrência de outro direito igual ou superior a ele.

Nesse cenário, o primeiro Código Civil brasileiro não faz qualquer menção à questão da função social. Essa noção ganha espaço na crítica ao instituto de propriedade de cunho patrimonialista e individualista, especialmente no final do século XIX e início do século XX, através da noção de solidariedade social que se construiu após as duas grandes guerras do século XX.

A doutrina da Igreja influenciou politicamente na definição do direito de

propriedade, a partir do entendimento de que este é um direito natural, inclusive a propriedade dos bens de produção. Na doutrina social da Igreja, a propriedade representava uma garantia da liberdade e da dignidade humana, bem como, era tida como meio imprescindível de proteção da família.

Dessa forma, contemporaneamente, o descontentamento com a postura não intervencionista do Estado Liberal e com o modelo individualista da sociedade, legado do período moderno, passou a ser questionado, ou seja, nasce a convicção de que o antigo modelo individualista não se coaduna com as novas exigências da sociedade industrial.

Contudo, especialmente a partir do século XIX, verificar-se-á, através da Encíclica de Leão XIII o entendimento de que a propriedade tem uma função social, concepção esta que reconhece que a mesma não se destina apenas a realizar os interesses do proprietário, denota, também, uma maneira de atender às necessidades de toda a sociedade. Assim, o proprietário deveria gerir os seus bens de acordo com suas necessidades e interesse, mas também voltado aos interesses da sociedade, ao atendimento das necessidades sociais .

Nesse sentido, há de se aludir que João XXIII, através da renomada encíclica *Mater et Magistra*, afirmava ser preciso proclamar uma difusão mais abrangente da propriedade privada, além de referir que a mesma acarretava deveres. Logo, “a função social tem suas raízes na própria natureza do direito de propriedade” .

A contribuição da Igreja foi relevante na elaboração do conceito do direito de propriedade, a partir do legado de que esta tem uma função social a cumprir, ou seja, segundo a doutrina da Igreja a partir de suas Encíclicas “a propriedade não é uma função social a serviço do Estado, pois que assenta sobre um direito pessoal que o Estado deve respeitar e proteger, mas tem uma função social que está subordinada ao bem comum” .

Em objeção às doutrinas liberais dos séculos XVIII e XIX, frente ao caráter político da Revolução Francesa, emerge uma nova concepção do instituto da propriedade, segundo a qual o exercício da titularidade deveria ser orientado pela prevalência dos interesses da coletividade e não mais destinado exclusivamente aos interesses do proprietário.

Nesse contexto, as reivindicações dos movimentos sociais passam a exigir uma postura positiva do Estado, no sentido de proteção dos direitos sociais e da garantia de atendimento de determinadas necessidades básicas do cidadão, com a imposição de limitações às excessivas liberdades e à propriedade privada.

Nessa trilha, a propriedade privada passa a ser compreendida não somente como direito, mas também como um dever, entretanto, este não diz respeito às limitações que devem ser observadas pelo proprietário, mas sim, que o exercício do domínio esteja voltado também aos interesses sociais, estabelecendo benefícios concomitantes ao seu titular e à sociedade.

Assim, passa a integrar o conteúdo do direito de propriedade um novo elemento essencial à sua configuração, isto é, a função social, que se funda no espírito de solidariedade, amparado nas constituições sociais do século XX. No caso do direito brasileiro, especialmente através da concepção contemplada na Constituição Federal brasileira de 1988, como um princípio constitucional que se insere no próprio conceito do instituto da propriedade privada.

Com a nova orientação, grandes modificações surgiram no direito de propriedade, criando-se, assim, uma forma mais humana, flexível e dinâmica, capaz de atender com mais eficiência às novas exigências sociais e aos objetivos humanos.

O atual Código Civil brasileiro, ao disciplinar a propriedade no art. 1.228,

limitando-a para adequá-la aos problemas da contemporaneidade, constitui uma inovação em relação ao Código anterior, pois subordina o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, importando em limitar o exercício deste direito, que deixa de ser visto como um direito absoluto, para ser compreendido a partir de sua funcionalidade.

A partir desta configuração, a transformação no conceito do direito de propriedade realiza-se a partir da constatação de que este direito deixa de estar impregnado pela característica da exclusividade, perdendo também o caráter de direito absoluto. Seguindo esta ótica, a propriedade, sem deixar de ser um direito subjetivo, passa a ser considerada também um encargo, exprimindo, simultaneamente, um direito e um dever.

Assim, o direito de propriedade deixa de ser um direito pleno, retirando-se da propriedade privada sua incondicional prevalência, e, por essa forma, não se legitimando todo e qualquer ato ou omissão do proprietário, na medida em que o seu conteúdo depende de outros interesses envolvidos e inseridos na relação jurídica de propriedade, pelo estatuto jurídico que dá configuração à sua função social.

Destaca-se, como conseqüência desta ruptura, as normas que garantem os poderes dos particulares, ao lado, agora, das normas que ordenam ao Estado e aos particulares os fins a serem alcançados ou indicam resultados voltados ao bem comum. Deste modo, ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, permite-se o interesse público e a possibilidade de controle da sua utilização e de seu aproveitamento .

Desse modo, a propriedade desempenha uma função social, quando está voltada à realização de um fim economicamente útil, em benefício do proprietário e de terceiros, especialmente quando se dá a integração entre o direito individual e os direitos sociais envolvidos.

Assim, ao afirmar que o direito de propriedade deve desempenhar uma função social, o Código Civil pátrio faz com que os interesses do proprietário e os da sociedade sejam conciliados, bem como reconhece o interesse que a sociedade tem na propriedade, a fim de que, havendo conflito entre o interesse público e o particular, possa prevalecer o primeiro, uma vez que a efetividade do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, também denominado de princípio da finalidade pública, deixa de ser uma preocupação exclusiva dos direitos constitucional e administrativo para ser também um dos mais importantes fins do Direito Civil.

Necessário compreender também a relação entre os direitos individuais e bens coletivos. Neste sentido são de grande importância as considerações de Alexy, que identifica as razões essenciais a partir de duas justificativas. A primeira é de natureza normativa, porque toda definição desta relação, no sentido de uma ponderação dos direitos individuais e dos bens coletivos requer decisões sobre a estrutura do Estado e da sociedade, dado que um consenso sobre a sua ordenação correta pressupõe um acordo acerca do que seja justo .

A segunda razão de Alexy é de natureza analítica, entendendo que neste aspecto é favorável o fato de que a definição da relação pressupõe clareza acerca dos conceitos de direito individual e de bem coletivo, e que a falta da clareza destes conceitos provoca divergências na solução dos problemas normativos .

Nesse contexto destaca-se que, como princípio constitucional, a função social da propriedade tem natureza de norma, de preceito jurídico, e, portanto, seu papel está muito além de um simples comando geral, ou seja, como princípio constitucional, a função social da propriedade é uma espécie de norma jurídica superior em relação às demais regras do ordenamento jurídico que dispõem sobre propriedade, pois é parte integrante dos valores éticos e sociais do Estado e da sociedade, devendo este ser observado tanto na análise e decisão dos conflitos,



como também em todo e qualquer estudo do ordenamento jurídico .

Enfim, o aspecto predominante no novo conceito de propriedade é a sua função social, instrumento de concretização do princípio central da dignidade da pessoa humana, refletindo-se na evolução deste instituto que mudou de direção, abandonando seu caráter patrimonialista para assumir novos valores sociais.

É preciso, portanto, ao ser realizada a interpretação do atual Código Civil, que esta ocorra adaptada às mudanças sociais, conferindo-se eficácia ao conceito de direito de propriedade, inseparável de sua função social.

### **3.3 O direito de propriedade nas constituições brasileiras e no código civil**

Muito há que se comentar a respeito da função social da propriedade, mas faz-se necessário demonstrar que tal princípio é dotado de conteúdo, jurídico e cogente, que pode ser extraído do sistema constitucional brasileiro instituído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, portanto, não dependeria de qualquer outra regulamentação para incidir de forma plena, direta e imediata sobre toda propriedade localizada no território nacional.

Por tal motivo, nos capítulos anteriores foi dado destaque ao estudo dos princípios, buscando revelar sua importância e buscar os pontos de contato e de distanciamento destes em relação às regras, bem como identificando sua conduta para a eficiência da comunicabilidade entre Direito Constitucional e Direito Privado, para, então, apontar-se a localização nos planos constitucional e infraconstitucional da função social da propriedade.

A evolução normativa histórica dos institutos da propriedade e de sua função social acabou por desaguar em seara Constitucional, bem como no Direito Privado em geral. Assim, como o Código Civil deixa o centro das atenções no estudo do tema trazido à baila, cedendo lugar às normas superiores, o que

decorre do princípio da supremacia da Constituição e, como consequência, a propriedade, que afigurava-se como o direito em torno do qual gravitava toda a regulação jurídica do Direito das Coisas (constituindo ainda um dos sustentáculos - ao lado das instituições da Família e do Contrato - do sistema liberal-burguês), vê-se, de vez, condicionada aos princípios solidaristas constitucionais.

Por sua vez, as primeiras Constituições brasileiras de 1824 e 1891 consagraram a propriedade como um direito individual inviolável, absoluto em toda a sua plenitude. Tal previsão constitui-se nos reflexos dos pensadores liberais dominantes naquele período. A Constituição Republicana de 1891 reafirmou tal preceito, trazendo, de maneira análoga à Constituição anterior, a possibilidade de desapropriação, como um limite que poderia ser imposto ao proprietário .

A necessidade de que a propriedade cumpra sua função social, de há muito defendida por parte da doutrina, ganhou, no Brasil, status constitucional com a Carta de 1934, ao estabelecer no art. 113, §17, que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, foi a primeira Carta Constitucional brasileira a se referir à sua funcionalidade social, entretanto, não passou disso. Todavia, verifica-se que pela primeira vez uma Constituição brasileira declarava que a propriedade não era um direito absoluto, e trazia à baila, a prevalência do interesse público sobre o individual.

A Constituição de 1937 consagrou, no art. 122 § 14, a desapropriação para fins de utilidade pública. Em 1946, a Constituição Federal, além se renovar os preceitos da Carta de 1937, inclui nas finalidades da propriedade o bem-estar social condicionante do exercício da propriedade, prevendo, inclusive, a reforma agrária.

Certo é que a Constituição de 1946 inspirou-se na Constituição alemã, ao prescrever em seu artigo 147, que a utilização da propriedade deveria estar condicionada ao bem-estar social. Assim, pela primeira vez, é reconhecido não só

o papel social da propriedade, mas, sobretudo o direito de acesso a ela, além da tentativa de promover um equilíbrio entre os interesses particulares do titular do bem e os interesses da sociedade, com o acréscimo da hipótese de desapropriação por interesse social (Art. 141, §16) .

Ressalta-se que, no período de vigência da Constituição de 1946, foi editado o chamado “Estatuto da Terra” , que contemplou em seu texto a função social da propriedade rural. Mesmo fixando critérios para o cumprimento da função social da terra, o citado Estatuto não previu penalidades pelo descumprimento das imposições, mantendo desta forma inalterada a previsão do caráter da propriedade, previsto no Código Civil de 1916 .

Em 1967, garantiu-se o texto anterior, ressaltando a ordem econômica e social. O limite aos domínios do proprietário respeitava as necessidades do Exército em locomover-se ou montar quartéis, afinal o Brasil passava por uma fase militar ditatorial . A Constituição de 1967 manteve, por seu turno, a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica e social no seu Artigo 157, III, cuja finalidade era a de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, a “função social da propriedade”, mantida ao menos no texto legal pela Emenda nº. 1 de 1969.

Finalmente, como resultado da mobilização nacional pela redemocratização do País, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou, substancialmente, no tratamento dado à matéria, ao incluir a função social da propriedade entre os direitos e garantias individuais e coletivos, conferindo-lhe, assim, o status de *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º, IV).

Como uma síntese das aspirações da maioria dos brasileiros, a Constituição Federal de 1988, um dos mais significativos referenciais jurídicos, alargou o campo de abrangência dos direitos fundamentais. Instituiu o Estado Democrático de Direito no País, a fim de assegurar o exercício dos direitos sociais

e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos

Nesse diapasão, a Carta Magna de 1988 trouxe a garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como o princípio da função social da propriedade como pressuposto estrutural do exercício do direito de propriedade, prevendo não só condições de atendimento, mas também os casos de sanção para o seu descumprimento.

Com a Constituição de 1988, a propriedade transmutou seu caráter constitucional individualista em um instituto de natureza social – que vai além da simples limitação do direito de propriedade, não pretendendo o legislador apenas conciliar o interesse proprietário com um programa social, inserido, no caso brasileiro, no âmbito da “Política Urbanística” e da “Política Agrária” (...), mas representa uma alteração em seu conteúdo, submetendo os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento.

Contudo, não obstante a Constituição da República ter inaugurado um novo paradigma legal para dar tratamento às questões envolvendo os direitos de propriedade e de posse, na visão de Liana Portilho Mattos, o entendimento prevalente após 1988 era o de que “as normas constitucionais que dispunham sobre política urbana – artigos 182 e 183 – careciam de regulamentação, por lei federal, pelo que não tinham aplicabilidade”. Para a solução de tal desiderato, é que foi promulgado o Estatuto da Cidade, visando estabelecer a regulamentação dos artigos da Constituição Federal, concernentes à política urbana, tema sobre o qual não se fará maiores abordagens, por fugir do estudo proposto.

Destaque-se, que no âmbito do texto Constitucional de 1988, o conceito de propriedade manteve o mesmo tratamento do regime anterior, garantido como direito individual, mas a ele foi agregada explicitamente a obrigatoriedade do atendimento da função social, ou seja, a utilização passou a estar condicionada à realização do bem comum, como pressuposto de garantia da proteção jurídica.

Portanto, está-se diante de um princípio jurídico, de uma garantia constitucional, que é pressuposto necessário à propriedade privada e que por isso tem caráter supralegal e aplicabilidade imediata. A matéria é tratada com destaque pela atual Constituição pátria, estando a função social da propriedade inserida como garantia fundamental e como princípio da ordem econômica, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;"

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade.

Assim, além de contemplar a função social da propriedade como princípio geral da atividade econômica, conjuntamente com a defesa do Meio Ambiente (artigo 170, incisos III e IV), inseriu este princípio no Capítulo relativo aos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, no inciso posterior ao que garante o direito de Propriedade (artigo 5º, inciso XXII e XXIII), levando à qualificação de tal direito. Marcado pelo cunho social e ambiental, o texto constitucional define o conteúdo da função social no que se refere à propriedade urbana (artigo 182, § 2º) e à propriedade rural (artigo 186), estabelecendo diretrizes a serem atendidas.

Abre-se um parêntese, para lembrar a lição de Comparato, quanto à questão da proteção posta pelo Direito positivo, que “designa claramente determinada espécie de propriedade como direito fundamental, atribuindo-lhe especial proteção”, é o caso, por exemplo, da pequena e da média propriedade rural. O artigo 185 da Constituição Federal declara insuscetíveis de desapropriação a pequena e a média propriedade rural, para fins de reforma agrária e determina que a lei lhes garanta tratamento especial. Ainda, a pequena

propriedade rural, como tal definida em lei, desde que “trabalhada pela família do proprietário, não pode ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, além de gozar, por lei, de condições favorecidas de financiamento (art. 5º, inc. XXVI)” .

Por certo que a legislação privada acompanhou o reconhecimento constitucional da propriedade ligada essencialmente à sua função de proteção pessoal (dignidade da pessoa humana), e desta forma a sua função social.

No âmbito do Direito Privado, o Código Civil brasileiro de 1916, elaborado sob a visão individualista do Estado Liberal, como analisada em capítulos anteriores, acabou sofrendo a mudança imposta, que alterou a percepção do instituto da propriedade. O legislador ordinário, no Código Civil de 2002, informado pelos princípios constitucionais, não se conteve apenas em explicitar os princípios já preconizados na Carta Constitucional. Foi além, transformou o instituto da propriedade em um direito de finalidade social, contemplou a função social da propriedade, de forma explícita conforme preceitua a legislação em vigor, especialmente no artigo 1.228, § 1º, já transcrito anteriormente.

Referindo-se ao artigo 1.228 do Código Civil de 2002, Venosa manifesta-se sobre a propriedade da seguinte forma:

Ou, como descreve de forma atual o novo Código: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (art. 1.228). [...] O Código preferiu descrever de forma analítica os poderes do proprietário (*ius utendi, fruendi, abutendi*) a definir a propriedade. A síntese dessas faculdades presentes na senhoria sobre a coisa fornece seu sentido global. Se vista isoladamente essa descrição legal, sem dúvida que se concluiria por um direito absoluto.

Conclui-se que o princípio da função social vem alicerçado em conteúdo jurídico e imperativo, extraído de preceito constitucional, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e sua conexão com o Direito Privado, incidindo de forma direta e imediata sobre todo o direito proprietário.

Frente à necessidade do operador do Direito Privado ter um olhar sob a lente da Constituição, em busca de eficácia e legalidade constitucional, mediante a maximização dos princípios, procura-se verificar os reais contornos da propriedade no direito contemporâneo, em decorrência do imperativo de sua funcionalização.

### **3.4 Parâmetros capazes de aferir a função social da propriedade a partir do direito contemporâneo**

Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, os quais contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, transmuda-se o direito infraconstitucional, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico, para recepcionar a proteção da dignidade humana e todos os demais princípios que conduzem à socialidade. Como consequência os novos tempos deste milênio vêm acompanhados do rompimento do conceito amplo de propriedade no momento em que se exige que a propriedade privada cumpra a sua função social.

Recapitulando o estudo produzido nos capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988, de caráter principiológico, traz em seu bojo um teor social jamais encontrado no ordenamento jurídico pátrio. Instituiu-se, enfim, o Estado Social, com a ascensão dos direitos sociais, pela primeira vez, à categoria fundamental.

Em resposta complementar o Direito Privado, através do novo Código civilista enunciou a obediência restrita às diretrizes e pauta axiológica traçada pela Carta Política, adotando os ideais de solidariedade, de socialidade, de eticidade. E, nestes parâmetros, a propriedade adquiriu uma nova função – social.

O princípio da função social relativiza o individualismo que marcou o tratamento do direito de propriedade na codificação oitocentista. A propriedade

não deixou de ser direito subjetivo tutelado pelo ordenamento jurídico, mas a função social altera a estrutura e o regime jurídico do direito de propriedade, atuando sobre o seu conceito e o seu conteúdo. Como bem observa André Tavares, “não há mais como considerar a propriedade como direito puramente privado, ou mesmo como direito estritamente individual” ou no dizer de Meirelles, “a propriedade continua a ser um direito individual, mas, um direito individual condicionado ao bem estar da comunidade” .

Nesse sentido, bastante esclarecedor o parecer de Gondinho de que na “sistemática da Constituição, será socialmente funcional a propriedade que, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional, para diminuição da pobreza e das desigualdades sociais” .

Verifica-se, então, a gama de transformações ocorridas em relação ao Direito de Propriedade, na sua aplicação pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade. No entanto, cabe a advertência de que há sempre defasagens entre a nova consciência social e o comportamento que dela é resultante, entre os valores apregoados e a prática quotidiana, de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado.

Em atenção aos ditames constitucionais de ordem social, devem, tanto as propriedades urbanas, como as rurais, servir aos interesses da sociedade, cumprindo com sua funcionalidade. Isto porque, em que pese estar a propriedade inserida entre os direitos individuais (artigo 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal), e estar também relacionada entre os princípios da atividade econômica constitucional (artigo 170 da Constituição Federal), a função social de igual maneira recebe o mesmo status de direito fundamental, eis que inserida no art. 5º supra citado, sendo, portanto, corolária sua aplicação em consonância com os ditames da justiça social, assegurando a todos uma existência digna.

Em conseqüência, a justiça social é alcançada mediante o cumprimento dos



princípios que a conformam, entre os quais está relacionado o da função social da propriedade, sendo este, por via de consequência, indispensável para assegurar a dignidade da pessoa humana.

A circunstância de a propriedade apresentar, simultaneamente, caráter dúplice, servindo ao individualismo e às necessidades sociais, impõe, pois, a necessidade de uma compatibilização de conteúdos dos diversos mandamentos constitucionais. Como direito individual, o instituto da propriedade, como categoria genérica, é garantido, e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade, de que haja o atendimento de sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social.

Eis a razão de Eros Roberto Grau afirmar que “as propriedades são poderes que se exercitam, não exclusivamente e no interesse de seus titulares, mas também de terceiros dentro de uma linha de prudente arbítrio”. Assim, interessa à sociedade que seja garantido o direito individual de propriedade, constitucionalmente guarnecido. Entretanto, como anteriormente referido, este direito individual deve ser compatibilizado com os ditames da justiça social.

Nesse passo, exercitar os poderes da propriedade para atender também aos direitos de terceiros e ainda dentro de uma prudente linha de arbítrio, significa a compatibilização dos direitos individuais de propriedade com os ditames da justiça social, evidenciando o cumprimento da função social da propriedade, cujo poder-dever tem o proprietário. Quando se fala em função social da propriedade “não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios”.

Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário, mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria (e a matéria é precisamente a função social da propriedade), significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo e essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica .

Convém ressaltar que, conforme leciona José Afonso da Silva, a função social da propriedade é norma de conteúdo programático, dirigida à ordem econômica, vez que “procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico”. Em seguida, conclui o citado Autor, que “essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica”.

Assim, o conceito de propriedade pode ser expresso atualmente como “direito que permite a um titular usar, gozar e dispor de certos bens, desde que ele o faça de modo a realizar a dignidade de pessoa humana”. Entretanto, Gondinho não esclarece que essa pessoa humana não se restringe a pessoa do proprietário somente, e sim de terceiros, ou seja, de todos, uma vez que a pessoa humana reconhecidamente é a finalidade primeira do Estado. Assim, o direito de propriedade não é concedido ou reconhecido em razão da função social, mas deve ser exercido de acordo com esta, uma vez que a propriedade que não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento, que submete os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais.

Dessa forma, a função social constitui-se em título justificativo dos poderes do titular da propriedade, devendo a propriedade, em cumprimento de sua função - produzir, de modo a contribuir para a melhoria de condições, não só de seu titular, mas de todos, em respeito ao objetivo constitucional de construir uma sociedade justa e solidária. Mais do que nunca, se veria a necessidade dos juristas se preocuparem não só com a interpretação das leis, mas também com as reais possibilidades de efetividade e eficácia .

Por certo que a efetividade se revela no fato da norma jurídica se impor perante quem quer que seja; em outras palavras, efetividade significa a realização do direito, a concreção de sua função social, por meio da aproximação do mundo fático e dos preceitos legais.

Como exemplo, tem-se a efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade, objetivando-se a concretização do princípio referido no plano fático. O Estatuto da Cidade, veio justamente para implementar e para dar concretude às normas já contidas na Constituição, que, embora lá estivessem resguardadas, segundo parte da doutrina, não eram passíveis de concretização.

A questão da efetividade da função social da propriedade, que inicialmente é política e relativa à administração pública, judicializa-se, ao passar pelo crivo do Poder Judiciário. Pois a “não definição rígida de seu conceito permite que o intérprete faça juízos de valor consoante as particularidades locais” e a seu tempo a Constituição Federal de 1988 “apesar de aberta, remete – e não vincula”, o que por sua vez, permitiria, sobretudo, a integração casuística.

Há ainda outro ponto a ser destacado a favor da efetividade do princípio da função social da propriedade. É o fato do referido princípio e do direito de propriedade estar assegurado no rol dos direitos e garantias fundamentais constantes no artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, e, dessa forma, assegurando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata.

Assim, de posse dessa informação, pode-se concluir que todos os argumentos contrários à efetividade da função social da propriedade caem por terra, uma vez que na disposição do referido parágrafo está claro que essas normas devem ser imediatamente acatadas, não só pelos particulares, mas também pelo Poder Público, independentemente de qualquer outra legislação que as venha tornar juridicamente efetivas.

Não se pode deixar de mencionar o princípio da Supremacia do Interesse Público, tão citado pelas doutrinas de direito administrativo. Este princípio pode ser aplicado ao Estatuto da Cidade, em especial ao tratar-se da função social da

propriedade urbana e do instrumento da desapropriação para fins de cumprimento da função social da propriedade, tanto urbana, como rural.

O princípio da “Supremacia do Interesse Público é inerente a qualquer sociedade, condição de sua própria existência”. Tal princípio, além de inspirar o legislador, inclusive na criação de novos institutos, obriga a Administração Pública a aplicar a lei, no exercício da função administrativa. Embora não haja nenhum dispositivo específico na Constituição Federal, o “princípio da Supremacia do Interesse Público pode ser observado no atendimento do princípio da Função Social da propriedade”, afinal, tal princípio é um pressuposto do convívio social .

Dessa forma, o princípio da Supremacia do Interesse Público fundamenta-se nas próprias idéias de Estado, no qual as pessoas que compõem a coletividade abdicam de sua liberdade em favor da busca do bem comum. Assim, com isso, o interesse geral se sobrepõe ao privado, atingindo o já citado princípio da Justiça Social.

Ao se mencionar o princípio da Justiça Social e da Supremacia do Interesse Público, vê-se que com a evolução das relações sociais, bem como do próprio direito, o binômio público versus privado vem sendo superado. Com isso, já está ocorrendo uma “flexibilização” do direito à propriedade privada, significa dizer que, ao mesmo tempo em que a Carta Magna defende o direito do proprietário de se manter na propriedade, também diz que esta terá que cumprir sua função social. No descumprimento, “destitui-se a propriedade em favor da coletividade” .

Dessa forma, a função social constitui princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição deste direito, incidindo sobre seu próprio conteúdo. Por fim, ao se analisar a aplicação da função social da propriedade urbana, estabelecida no artigo 182 da Constituição Federal, observa-se, que os princípios gerais da atividade econômica, devem conformar o entendimento da própria política urbana, que é executada pelo poder público municipal, à luz dos

vetores constitucionais, ou seja, a busca da redução das desigualdades regionais e sociais.

Da mesma forma, na propriedade rural o artigo 186 impõe o atendimento pela mesma, de forma simultânea, aos requisitos que indica, na conformidade de critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, para só então considerar cumprida a função social. Como se vê, em ambas as disposições: artigo 182 e artigo 186 da Constituição Federal de 1988, atinentes, respectivamente à propriedade urbana e à rural, a Constituição convoca o legislador para definir o conteúdo da função social da propriedade.

Como bem afirma Leal, Bobbio enfatiza o caráter positivo imposto pela norma, como uma prestação a ser cumprida, amplamente empregada no instituto da função social. Segundo Leal, “a propriedade não se acha mais assegurada em toda a plenitude, mas em função do interesse social, sendo admitidas limitações estabelecidas em favor do bem-estar da coletividade” .

Para Silva, a função social da propriedade “constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se – e sempre se apoiaram – em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia”. E ensina, ainda:

Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. [...] A inserção do princípio da função social , sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico .

Cretella Junior enfatiza que a propriedade protege-se e garante-se, sobretudo em razão de sua função social, pelo que sofre limitações novas, “acentuando-se a tendência para a socialização do direito de propriedade”. O direito de comunhão, que é o direito do Estado, sobreleva o direito do indivíduo, e

“a propriedade é condição social, estando sempre subordinada a sua finalidade, a sua aplicação ao interesse coletivo” .

Comparato realiza a diferenciação entre os conceitos de propriedade no Direito Civil e no Direito Constitucional, e para tanto, diferencia o conceito de propriedade em dois aspectos – estrutural, como até então é tratado pelo Código Civil, e outro funcional, considerando a função que tem a desempenhar no mundo jurídico e econômico:

Observe-se, antes de mais nada, que o conceito constitucional de propriedade é mais amplo que o tradicional do Direito Civil. Assim, o legislador percebe que os bens devem ser disciplinados segundo a função que apresentam para a sociedade .

Seguem nesta mesma linha de raciocínio as ponderações de Comparato, quando afirma que aquele que não cumprir a função social da propriedade perderá as garantias de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço imediato e as ações possessórias. Alerta, ainda, para o fato de que a aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil deve ser feita à luz dos princípios constitucionais, com a devida atenção às circunstâncias de cada caso, evitando o descumprimento de deveres fundamentais.

Assim, conclui-se que a propriedade é um direito que não há de ser utilizado de forma individualista, uma vez que deve satisfazer aos interesses da coletividade mediante a destinação para a sua função social, conforme previsão constitucional atual. Disto deflui o fato de a propriedade que não cumprir a sua função social não terá garantia constitucional, e que o seu proprietário não deverá ter assegurada a defesa nas ações possessórias.

Vê-se que, ao analisar as questões propostas, a mudança substancial que a Constituição opera no Código Civil é de impor limites ao abusivo e absoluto domínio do proprietário. Mas há que se observar que esta nova leitura delimita-se em função do conteúdo material do direito civil, ou seja, a Constituição modifica o

espírito informador do direito, sendo inovadora do ponto de vista principiológico. Na prática, Lorenzetti lembra que a Constituição fixa as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias podendo assim ser referencial da vigência, validade e interpretação da normativa aplicável ou de pauta para seu desenvolvimento.

A função-social não é meramente um atributo da propriedade. Martins-Costa define a função social da propriedade, como:

um princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de propriedade. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo.

Chega-se à conclusão de que a atribuição de uma função social à propriedade está inserida no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos, que, desde o final do século XIX, vêm promovendo a reconstrução de institutos centrais do direito moderno, tais quais a propriedade e o contrato. Com a funcionalização da propriedade e a incorporação do instituto nas constituições do século XX, há quem diga que houve uma publicização da propriedade.

Isto não significa dizer que o direito de propriedade tenha deixado o campo da regulação privada, passando a integrar o domínio do Direito Público. É que atribuição da função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na idéia de “direito subjetivo”, um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a partir do bem, da res, e de suas efetivas utilidades: em outras palavras, a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monólito possível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas subjetivas, sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto da concreta situação jurídica.

Sem chegar ao ponto de visualizar a propriedade como função social, como já proclamou Duguit, acredita-se que a função-social integra o conceito jurídico-positivo de propriedade. É um limite positivo promocional, em que a função social

deve atuar como uma finalidade a ser cumprida. Não há mais como considerá-la uma norma, apenas, programática; o instituto estará ligado ao cumprimento da finalidade, a qual o direito preceituou, estando localizado no plano de existência do negócio jurídico, e exercitado no plano da eficácia.

Registre-se ainda que, conforme posição de Eros Grau existirá uma evidente diferença entre a propriedade que tem uma função social e a propriedade que é função social - como é o caso da propriedade agrária -, embora nem sempre esta distinção seja clara. Na primeira hipótese, a propriedade ainda subsiste como uma situação subjetiva no interesse do titular, ao livre sabor do capital e só ocasionalmente será investida na função social. No segundo caso, a propriedade é destinada ao proprietário não em seu preponderante interesse, mas no interesse público ou coletivo. Aqui estar-se-á tratando de "verdadeiras propriedades função social, e não apenas, simplesmente propriedades" .

Desta forma, observa-se que o caminho pelo qual transita o direito de propriedade contemporâneo, nem sempre linear, vale dizer, o reconhecimento da função social da propriedade como princípio basilar do direito das titularidades não implica sua adoção imediata pelos aplicadores do Direito, ou em sua aceitação pela sociedade formada na concepção da propriedade como direito absoluto. Aqui encontra-se o descompasso entre a doutrina e a prática das decisões judiciais, de primeira instância ou proferidas nos tribunais, sobre a aplicação da função social da propriedade, que acaba por tornar-se alvo de polêmicos debates.

As questões sociais, que deveriam ser enfrentadas pelos poderes Executivo e Legislativo, como fatos políticos, vêm a repercutir no Poder Judiciário, uma vez que como destinatário soluciona as demandas coletivas e individuais. Neste contexto, o Judiciário por necessário, projeta-se e ingressa na esfera da economia e da política, colocando-se como participante da realidade social e contribuindo para a transformação ou manutenção dessa mesma realidade.



A potencialização do direito de propriedade e de sua função social, somente poderá ser aferida através de sua aptidão para atender interesses da coletividade e, ou, a sua escassez. Evidentemente que se trata de conceitos balizadores relativos, somente visualizáveis através do caso concreto para sua aplicação. Mediante tal construção o intérprete constitucional respeitará os princípios desta ordem, concretizando-os em consonância com os fundamentos da República, como a dignidade da pessoa humana, eticidade, solidarismo, etc., sendo a propriedade, enfim, vista como “menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção” .

O reconhecimento e a consagração à função social da propriedade pelo constitucionalismo dos dias atuais, já como um princípio basilar de essência, deve-se, sobretudo, à existência de um campo próprio de regulamentação, repita-se, ou dito de outra forma, à existência de uma linha própria em razão de determinada matéria que se enquadra ao seu preceito regulamentar. Isto faz denotar a procedência e a utilidade do instituto, como ocorre com outras modalidades jurídicas.

A partir desta nova configuração, de reconhecimento da função social da propriedade como princípio normativo, estabeleceu-se uma modificação no sistema jurídico, importando em mudanças significativas na interpretação do instituto da propriedade, devendo-se a partir de então reconhecer que o direito de propriedade deve ser exercido em função da sociedade.

De qualquer sorte, fica claro que o princípio da função social da propriedade somente se tornará uma autêntica realidade, no direito brasileiro, na medida em que a sociedade brasileira, como um todo e, em especial, a comunidade jurídica, se conscientizarem de sua existência e passarem a aplicá-lo, de forma efetiva.

## **CONCLUSÃO**

Há que se referir que o Direito se manifesta a partir das realidades vivenciadas no mundo dos fatos, ou seja, o direito exerce e sofre influência da sociedade, especialmente em razão dos valores por ela considerados relevantes, e que diante de tal característica, é natural que sofra mudanças no decorrer dos tempos, e a revisão dos conceitos tem de seguir na mesma proporção dos parâmetros estabelecidos pelos paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, os quais contribuíram, instituindo as mudanças no novo conceito de propriedade.

Como suporte capaz de alicerçar a temática em estudo, foi abordada a perspectiva que se desenvolveu no modelo adotado pelo Estado Liberal desenvolvido especialmente pelos juristas do século XIX, que acabaram por conformar a figura da propriedade, elevada à condição de direito subjetivo, individual e absoluto.

Pode-se ver claramente que a propriedade privada, com seu caráter sagrado e inviolável, fora gerada, no modelo do Estado Liberal, como expressão e reação da burguesia ascendente contra a interferência do poder do soberano, que possuía o poder de expropriar ou conceder a co-propriedade e defesa da terra aos nobres. Entretanto, pode-se compreender que o liberalismo, diante de suas razões históricas, e, principalmente pela condição social de uma classe que fora dominada e ignorada como força política de longa trajetória, tinha as suas razões para dar à propriedade privada caráter absoluto.

É inegável, no entanto, que a valorização do direito de propriedade com aquele caráter de direito absoluto, inviolável e sagrado, não conseguiu se manter, face a constatação de que já não atendia as necessidades sociais a finalidade de imunizar a esfera das relações econômicas do poder político, que tornaram legítima a exploração econômica capitalista, livre de qualquer controle estatal.

Verifica-se, então, que esse modelo de Estado gerou disparidades sociais, que, somado à grande complexidade das relações econômicas, e o descompromisso e contradições com o social, acabaram impulsionando grandes demandas sociais, as quais buscavam a construção de uma sociedade mais justa e redutora das desigualdades.

Assim, a construção de uma sociedade mais justa, impulsionou a necessidade de reatamento dos vínculos sociais, com a transformação dessa relação apoiada na ótica liberal-individualista para um paradigma de retomada das noções de solidariedade, justiça social e função social, tão preciosas à elaboração do Estado Social, e tão depauperadas e esquecidas nos tempos do liberalismo.

Nesse contexto, evidencia-se a visão ultrapassada e estacionária do Direito Civil, que, com base no individualismo e patrimonialismo do modelo do Estado Liberal se demonstrava insuficiente para atender a uma nova visão de sociedade, que buscava o reconhecimento dos direitos sociais como meio de

assegurar condições mínimas de vida com dignidade.

Para tanto, tornava-se necessário atender a nova realidade, surgindo desse modo um processo de intensa intervenção legislativa através da criação de normas de cunho social, referentes a políticas públicas que evidenciavam a tutela dos interesses da coletividade, os quais continham valores que se viam discrepantes com aqueles constantes na legislação.

Processo esse que se firmou através da intervenção pública na esfera privada com a clara redução no campo da autonomia privada, gerando a descodificação do Direito Privado, através da criação de inúmeras legislações esparsas contidas fora do âmbito do Código Civil, e, especialmente, refletindo uma nova realidade orientada por padrões normativos que inseriram o direito de propriedade sob a proteção da socialização do Estado, que, por sua vez, na esteira do Estado Social transformou a realidade, operando-se assim a socialização dos direitos, a limitação das liberdades individuais e a ampliação de outros direitos.

Por via de conseqüência, a constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, constituiu a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito privado, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

Enfim, o processo de constitucionalização se deu através da inclusão pela Constituição de normas disciplinadoras que eram anteriormente fixadas pela legislação civil, construindo uma nova visão de um dos seus principais institutos, o direito de propriedade, e, do Código Civil, a partir dos novos valores constitucionais impostos principalmente por seus princípios norteadores.

É nesse contexto que se evidencia a despatrimonialização do Direito

Privado, importando na superação da visão patrimonialista do Direito de Propriedade através do reconhecimento de que esse direito é um modo de atender a realização da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 instituiu princípios axiológicos cogentes, determinando modificações substanciais a partir da defesa do social, quando garante o Direito de Propriedade (art. 5º, XXII) desde que atenda a sua função social (art. 5º XXIII) Essa modificação se apresenta como decorrente do modelo de organização política do Estado social e democrático de Direito, que tem por fim a igualdade material e a justiça social.

A propriedade privada assim, tem que atender à sua função social, pois as disposições constitucionais determinam o preceito da justiça social, garantindo a todos uma existência digna, indicando a função social da propriedade como um dos princípios informadores da ordem econômica (art. 170,III da Constituição Federal de 1988). Certo é que o significado da função social da propriedade é indiscutivelmente o de promover o bem-estar da coletividade.

Necessário compreender, então, que dentre as alterações introduzidas encontra-se um princípio jurídico, uma garantia constitucional, que é pressuposto essencial à propriedade privada e que por tais razões tem caráter imperativo e aplicabilidade imediata.

Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do Direito Privado, em todos seus institutos, tendo seu efeito mais consolidado sobre a propriedade privada, condicionada ao cumprimento de sua função social, trazendo a socialidade como traço marcante do Código Civil brasileiro de 2002.

Melhor dizendo, o princípio da função social integra o conteúdo do direito de propriedade, criando uma nova concepção do instituto. A propriedade continua

a ser um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. Desta forma, a função social constitui princípio ordenador da propriedade e fundamento da atribuição deste direito.

Em conseqüência, a propriedade já não se exterioriza no Direito Constitucional apenas em função do indivíduo, mas, sobretudo em função da sociedade. Na verdade, vê-se como inegável que essa evolução ocorrida no conceito de propriedade, transmutando-a de um caráter absoluto-individual ou um caráter relativo-social, está intimamente relacionada com a inclusão consciente, por parte dos juristas, de questões sociais, econômicas e mesmo culturais quando da sua apreciação conceitual, o que não ocorria em épocas mais remotas.

A partir desta configuração, a transformação no conceito do direito de propriedade realiza-se a partir da constatação de que este direito deixa de estar impregnado pelas características de exclusividade e perpetuidade, deixando, também, de ser considerado como antes o caráter de direito absoluto. Seguindo esta ótica, a propriedade passa a ser considerada também um encargo, exprimindo, simultaneamente, um direito e um dever.

Assim, ao afirmar que o direito de propriedade deve desempenhar uma função social, o Código Civil de 2002 também faz com que os interesses do proprietário e os da sociedade sejam conciliados, bem como reconhece o interesse que o Estado tem na propriedade, pois esta representa o instrumento para a efetivação de valores constitucionais.

O aspecto essencial a ser considerado no novo conceito de propriedade é a sua função social, e a partir desta leitura fica delineado que o seu papel é buscar a realização do bem-estar coletivo como instrumento de concretização do princípio central da dignidade da pessoa humana, refletindo-se na evolução deste instituto que mudou de direção, abandonando seu caráter patrimonialista para assumir novos valores sociais.

Portanto, respondendo ao problema que norteou o presente trabalho, pretendemos demonstrar que os fatores paradigmáticos analisados, impuseram as

transformações no novo conceito do direito de propriedade, principalmente através da constitucionalização do Direito Privado que se realizou com a incidência dos princípios constitucionais, os quais refletem os valores e a ideologia da sociedade, e, ainda, promovem uma unidade ao sistema, que passa a refletir então, um novo modo de olhar e interpretar o direito de propriedade, mudando o referencial, enfim, em consonância com os valores consagrados na atual Constituição Federal, em especial o seu fundamento maior, a pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que o princípio da função social da propriedade somente se tornará uma autêntica realidade, em nosso direito, na medida em que a sociedade brasileira, como um todo e, em especial, a comunidade jurídica, se conscientizarem de sua existência e passarem a aplicá-lo, de forma efetiva.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de direito Administrativo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, jul./set., 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales* Tradução de Theorie der Grundrechte. Valdes, Ernesto Garzon. Madrid: CEPC, 1993 (Reimpressão 2002).

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição constitucional da liberdade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, jul/set 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática funcional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun., 2005.

\_\_\_\_\_. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9. n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 02 dez. 2006.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro*. In: BARCELLOS, Ana Paula de. et al (orgs). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone Editora. 1995.



\_\_\_\_\_. *Locke e o direito natural*. Brasília: Editora UNB, 1998.

\_\_\_\_\_. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional)*. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Código Civil (2002). Novo Código Civil Brasileiro: referenciado, confrontado, integrado*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, Ano III, n. 12, p. 48-73, 2006.

COMPARATO. Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: \_\_\_\_\_. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, R.T, v. 732, 1996.

\_\_\_\_\_. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível

em: [daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm](http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm). Acesso em: 20 mai. 2008.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, n. 304, fev./2003.

\_\_\_\_\_. *Elementos críticos do direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. Novas Limitações do Direito de Propriedade: do espaço privado à função social. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 11, p. 33 a 46, jan/jun. 1999.

\_\_\_\_\_. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACCHINI NETO, Eugênio. Direitos fundamentais e relações privadas – algumas premissas. In: VIAL, Sandra Regina Martini (coord). *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

\_\_\_\_\_. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo. IN: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Unb, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A propriedade e sua função social. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, n. 8, 1982.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GIERKE, Otto von. *La funcion del derecho privado*. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. *Revista de Direito Ambiental*, p. 115-126, [s.d].

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUMBOLDT, Wilhelm, Freiherr von. *Os limites da ação do estado: idéias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado*. Tradução de Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Ed. Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

LEFORT, Claude. *Pensando o político*. Ensaio sobre a democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliana M. Souza. São Paulo: Editora Guerra e Paz, 1991.

LOBATO, Anderson Cavalcante. *O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: R.T, n. 22, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 08 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 14 ago. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, João Carlos. Os Genes do Nosso (Des) Contentamento (Dignidade Humana e Genética: Notas de Um roteiro). Doutrina Estrangeira. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Síntese, n. 5, 2004.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, et al. (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Reflexões sobre a Liberdade. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Editora Síntese, v. 1, n. 4, Abr./Jun. 2004.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

MATTOS, Liana Portilho. O Estatuto da Cidade e o acesso à Justiça em matéria urbanística. In: *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*: Unidade Editorial da Secretaria Municipal de Cultura, n. 15, 2001.

\_\_\_\_\_. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1994.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. Até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MENDES, Laura Schertel F. Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais: Para um Discurso dos Direitos Fundamentais como um Discurso de Liberdade. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, Ano II, n. 13, p. 122-133, [s.d].

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1996.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, et al. (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOREIRA, Aroldo. *A Propriedade sob Diferentes Conceitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NEGREIROS, Tereza Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: Ed. UEL, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, [s. n]: [s.d].

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEZZELLA, Maria Cristina Cerese. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1999.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2 ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado e o novo Código Civil. In: LEAL, Rogério Gesta (org). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 3. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2003.

\_\_\_\_\_. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.) *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais nas relações

interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Orgs). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 5. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2005.

\_\_\_\_\_; DICK, Jaqueline Hamester. Direitos Fundamentais: Delimitações da sua Influência no Direito Privado. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 26, p.11, jul. 2006.

\_\_\_\_\_; GORCZEVSKI, Clóvis (Org). *A Concretização dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

RIBEIRO, Vinicius. O Princípio da função social da propriedade e suas implicações na questão agrária. *Revista da Faculdade de Direito da UCP*, v. 2, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. In: *Portal da Justiça Federal*: Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/>. Acesso em: 21 set. 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das coisas*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTHENBURG. Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SANTOS, José Camacho. O Novo Código Civil Brasileiro, em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. *Revista Ajuris*. Tomo I. Porto Alegre: Ajuris, Ano XXIX, n. 88, p. 195-222, dez/2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_ et al. (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais – na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. (ORG). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas Notas sobre a Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana e sobre a Dignidade da Vida em Geral. *Revista de Direito Público*. Doutrina. São Paulo: Editora Síntese, nº. 19, Jan./Mar. 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury (org). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_. *Poder Constituinte e Poder Popular* (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. A crise da Hermenêutica e a Hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord) *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



\_\_\_\_\_. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. Conferência proferida na Faculdade de Direito de Coimbra, a 29 de março de 2000. *Revista Jurídica*, 2002.

\_\_\_\_\_; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. *Revista do Departamento de Direito da PUC do Rio de Janeiro*, [s.d].

TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONE, Ricardo (Org) *Estudos de direito Civil: Constitucional*. v. 1 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. Alguns aspectos da função social da propriedade no novo código civil. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba, n. 1, out./dez. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENTURA, Deisy. *Monografia Jurídica: uma visão prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Reflexões sobre o Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 16, Mar/Abr. 2002.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)