

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS UNIPAC

**CAMPUS JUIZ DE FORA
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU
MESTRADO EM DIREITO
DISSERTAÇÃO**



ALEXANDRE BONOTO

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UM NOVO *LOCUS* HERMENÊUTICO

JUIZ DE FORA/MG

2012

ALEXANDRE BONOTO

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UM NOVO *LOCUS* HERMENÊUTICO

Dissertação de Mestrado apresentada como parte integrante das exigências de conclusão do Programa de Mestrado “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” da Universidade Presidente Antônio Carlos, na linha de pesquisa “**Pessoa, Direito e Efetivação Dos Direitos Humanos No Contexto Social E Político Contemporâneo**” como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

**JUIZ DE FORA/MG
2012**

Dedico este trabalho a todos aqueles que compartilharam as complexidades e as vitórias desta trajetória, especialmente a Deus.

À minha família, querida esposa Geovana e filha Lisandra, que por tantos momentos também se sacrificaram em prol de meus estudos.

Meu pai, sempre exigente, determinado e determinante.

Minha mãe, carinhosa e estimulante.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus primeiramente, sempre.

Não posso deixar de agradecer a todos aqueles que participaram de minha formação acadêmica e intelectual, meus professores e mestres.

Meus alunos, que na exigência de sala de aula tanto me ensinaram da ciência e da vida.

Meu pai pelo seu exemplo de trabalho e dedicação ao estudo, sua fome de conhecimento.

Minha mãe, por seu carinho e companheirismo, sua intervenção sabia e sabida nos momentos de precisão.

Minha esposa Geovana, companheira, incentivadora, amiga, amante.

Minha filha, Lisandra, carinhosa e meiga como a mãe, que na infantilidade de seus seis anos não cansava de pedir: "Pai acaba logo isso pra ficar comigo".

Meus irmãos, de sangue e espírito, pelo abraço fraterno quando pensava em desistir.

Ao meu orientador Professor Doutor CLEYSON DE MORAES MELLO, a quem muitas vezes desorientei, mas que teve a paciência e perseverança ainda maiores que a minha na condução desse trabalho e a quem hoje posso ter a honra de chamar de amigo.

RESUMO

Cuida o presente trabalho de pesquisar o conteúdo da propriedade no direito atual, e nas consequências da função social que lhe foi atribuída pela Constituição da República Federativa do Brasil e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002.

Procura mostrar as diferentes interpretações dadas à propriedade na história do direito, bem como relacionar essas interpretações com o fator humano, e social.

A questão da *funcionalidade da propriedade*, centro nevrálgico da pesquisa, denota o novo entendimento do direito civil, transformando o centro de aplicação do direito, do indivíduo (ser isolado da sociedade), para a pessoa (ser incluído na sociedade).

Passa pela colocação da *função social da propriedade* no direito normatizado, e as definições que se encontram delineadas na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código Civil de 2012.

Para tanto, traz a tona o surgimento das denominadas *cláusulas abertas* nas legislações constitucionais e civilistas, e o aparecimento de legislações protetoras, ou microssistemas, visando refrear abusos de ordem individual.

Coloca questões de inter-relacionamento entre obrigações e direitos de proprietários, consubstanciando as novas exigências legais necessários ao exercício da propriedade enquanto *função social*.

Percebendo que a função social da propriedade tem por escopo promover, nas relações entre pessoas, a *dignidade do ser humano*, debate sobre essa dignidade, suas formações filosóficas e jurídicas.

Palavras chave: propriedade; função social; dignidade da pessoa humana.

RESUMEN:

Cuida el presente trabajo para buscar el contenido de la propiedad en este momento, y las consecuencias de la función social que le asigna la Constitución de la República Federativa del Brasil y más tarde por el Código Civil de 2002. Su objetivo es mostrar las diferentes interpretaciones dadas a la propiedad en el derecho histórico, y se relacionan estas interpretaciones con el factor humano y social. La cuestión de la funcionalidad de la propiedad, el centro de investigación nefrágico, se refiere a la nueva comprensión de la ley civil, transformando el centro de aplicación de la ley, el. Individual (aislamiento de la sociedad), a la persona (que se incluirá en la sociedad)

Ir a través de la colocación de la función social de los derechos de propiedad en el estándar y las definiciones que se describen en la Constitución de la República Federativa del Brasil y el Código Civil de 2012.

Para ello, ha puesto de manifiesto la aparición de las llamadas cláusulas abiertas en la Constitución y las leyes, civilistas y la aparición de las leyes de protección, o microsistemas, para frenar los abusos de orden individual.

Plantea cuestiones de inter-relación entre las obligaciones y los propietarios de los derechos humanos, la consolidación de los nuevos requisitos legales necesarios para el ejercicio de la propiedad como función social.

Al darse cuenta de que la función social de la propiedad tiene el alcance para promover, en las relaciones entre las personas a la dignidad humana, el debate sobre esta dignidad, sus antecedentes filosóficos y jurídicos.

Palabras claves: propiedad, función social; la dignidad humana.

SUMÁRIO

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UM NOVO *LOCUS* HERMENÊUTICO

1. INTRODUÇÃO	1
1. 1- Adequação à linha de pesquisa propostas e inclusão do tema	8
1. 2 Metodologia aplicada ao estudo	9
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MUDANÇA DE PARADIGMAS	12
2. 1 Direitos e Garantias Fundamentais nas Sociedades Clássicas	12
2. 2 Período Medieval (Feudalismo ao Absolutismo)	18
2. 3 Idade Moderna	20
2. 4 Idade Contemporânea	24
2. 4.1 – O liberalismo	26
2. 4.2 – Estado socialista (Socialismo)	28
2. 4.3 – Reações ao liberalismo e ao socialismo – Os governos fortes	30
2. 4.5 – Preocupação com o homem e a dignidade da pessoa humana	30
3. DIREITO CIVIL BRASILEIRO COMO DIREITO PATRIMONIAL	33
3. 1 Definições sobre Propriedade no Direito Brasileiro e o Código civil de 1916	34
3. 2 Direito civil brasileiro como relações existenciais	43
3. 3 - Propriedade e sua Função Social	47
3. 4 – O homem como <i>locus</i> hermenêutico	63
4- DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	70
4. 1 – A pessoa humana como centro da figura social	70
4. 2 – O que pode ser considerado dignidade	77
4. 3 – A pessoa humana como destinatária do direito	85
4. 4 – A hermenêutica aplicada ao direito	88
5 – Conclusão	103
Referências Bibliográficas	111

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe um novo paradigma acerca do direito de propriedade, prescrevendo-lhe *uma função social*, a partir daí várias dúvidas e interpretações surgiram, justificando a importância de uma abordagem hermenêutica do tema.

O presente trabalho pretenderá demonstrar a evolução hermenêutica do direito civil, principalmente no que concerne ao *direito de propriedade* e se ocorreu modificação na forma de conceituação da propriedade, tornando-a de *privatista* a *sociabilizada* e como, ou quanto tal entendimento afeta a *dignidade da pessoa humana*.

Partindo de uma premissa individualista, procurará analisar o direito da época moderna, principalmente com referência ao Código Civil Brasileiro de 1916, com seus matizes patrimoniais, até o advento no direito civil contemporâneo, sociabilizado e constitucionalizado.

Há algum tempo a aplicação do direito positivo, principalmente do direito patrimonial como forma de conformação social, já se mostra ineficiente, havendo, inclusive, aqueles que debatiam (e ainda debatem) sobre o retorno do direito natural como forma de garantia de justiça¹.

Decorre que os tempos e os anseios das pessoas se modificaram e, onde reinava o individualismo liberal, nos moldes da Revolução Francesa e com mais força após a revolução industrial, já não se acata mais o particularismo, ou a forma patrimonial do direito.

Durante muitos anos, e até hoje, o Código Civil foi entendido como uma norma à parte, na definição de alguns autores a Constituição do Direito Pátrio².

¹“Diante disso, as lições de Friedrich Muller são esclarecedoras: ‘Assim se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e prática refletidas, com a sua compreensão do direito como sistema sem lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não-reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática.’” MELLO, Cleyson de Moraes. **Curso de direito civil: obrigações**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008, p.39-40.

²“Afirma-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos –, que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos da sua época, era a Constituição do direito privado. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-se contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito Público, por sua vez, não

Além de servir como parâmetro da importância do Código Civil aos negócios jurídicos entre particulares, também serve essa designação para mostrar a distância de aplicabilidade entre o Direito Público e o Privado.

Imperava a ideia de que os negócios entre particulares se regulariam pelo Código Civil, enquanto à Constituição, apesar de entendida como Lei Maior, aplicava-se às coisas do Estado, como um mandamento geral, a ser respeitado e aplicado pelos Poderes Públicos³.

Não havia comunicabilidade entre os institutos públicos e privados, sendo que o direito público dirigia-se às questões de formação do Estado, à elaboração legislativa e à legalidade dos atos praticados por esses órgãos, ficando o direito privado regulado pelo Código Civil e algumas leis extravagantes.

A adequação do fato jurídico às normas pré-definidas trazia a ideia de segurança jurídica, que se baseava, sobretudo no pré -estabelecimento das regras impostas à realização do negócio jurídico, bem como na garantia que fatos alheios ao negócio jurídico não poderiam lhe alterar o significado, quando a vontade houvesse sido manifestada livremente⁴.

Tratava-se de uma expressão individualista, aplicada aos negócios privados, que não poderiam sofrer revisão sem a expressa aceitação das partes, e nos quais o Estado não

interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular.” TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2-3.

³ “Na sua peculiar lucidez, Gustavo Tepedino aponta que o *direito público* e o *direito privado* constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, “dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito. Daí que, ainda hoje, muitos operadores do direito aplicam a legislação ordinária civilista no âmbito das relações de direito privado, desatentos às normas e princípios constitucionais.” MELLO, Cleyson de Moraes. **Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporâneas: um atuar dinâmico da magistratura na perspectiva civil-constitucional: a (re)produção do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 186.

⁴ “Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como ‘o mundo da segurança’. Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo.” TEPEDINO, 2008(a), p. 3.

intervinha, por dizer respeito ao direito exclusivamente privado, onde imperava a vontade das partes, bastando que houvesse manifestação livre.

A liberdade do indivíduo era considerada no momento da realização do negócio jurídico, quando deveria ou não aceitar os termos propostos. Após a realização, ficava o indivíduo obrigado a satisfazer os compromissos assumidos, independentemente de alterações sociais ou pessoais alheias ao conteúdo do negócio jurídico, ou imprevisíveis, era o denominado *pacta sunt servanda*.

Com o passar dos anos a concepção individualista foi sendo paulatinamente revista, pela necessidade do Estado de apaziguar conflitos sociais e a publicação de diversas leis extravagantes, que se não possuíam a condão de modificar substancialmente os dogmas privatistas, porém já traziam questões de cunhos sociais e econômicos não abordados pelo Código Civil de 1916.

Após a Constituição de 1988, o direito privado tomou ares sociais, mesmo porque a Carta Magna passou a disciplinar diretamente os direitos sociais e os fundamentos do direito, iniciando um debate sobre a aplicação dos dispositivos constitucionais no direito privado.⁵

A grande importância daquilo que se denominou a Constitucionalização do Direito Civil é a mudança do matiz hermenêutico, modificando o *locus* do indivíduo para a pessoa. Isso quer dizer que o indivíduo (*homo clausus*) cedeu lugar à pessoa (*homo societas*).

Na realização do indivíduo, ou no atendimento individualista do Código de 1916, havia uma interpretação que deixava isolado o homem, pelo entendimento de que os interesses individuais seriam a segurança da sociedade (a liberdade dos atos levaria à igualdade e à solidariedade), sem preocupar-se com fatores sociais.

Enquanto ao se falar de pessoa, refere-se àquele ente que se encontra inserto em uma sociedade e que por isso deve levar seus atos e negócios jurídicos na forma que melhor

⁵ “A importância do direito civil constitucional ‘ despontou com um artigo de Maria Celina Bodin de Moraes, publicado em 1991, e que se intitulava precisamente ‘ A caminho de um Direito Civil Constitucional. Outro texto paradigmático é o artigo Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, de Gustavo Tepedino.” MELLO, 2008a, p. 181.

atender aos anseios sociais, sob pena de o Estado intervir na relação, reequilibrando as forças e adequando o negócio aos interesses sociais⁶.

Esse novo pensar modificou todos os institutos jurídicos do Direito Civil, atribuindo relatividade aos contratos, que passam a possuir uma função social; impôs uma condição social à propriedade, infringindo ao senhor a utilização da mesma de modo a resguardar não apenas os direitos de vizinhança, mas toda uma gama de direitos difusos (ambiental, cultural, histórico, paisagístico etc.). Assim a pessoa é reconhecida como centro da preocupação jurídica, possibilitando a intervenção do Estado em casos de desigualdade patente, como decorre, no Brasil, nas legislações especiais, ou microssistemas (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, etc.).

A busca pela justiça social permite, em muitos casos, uma flexibilização do direito posto, em busca de uma segurança, agora social.

Para tanto, é preciso ao intérprete, em cada caso concreto, explicitando os fundamentos de seu pensar, tornar efetiva uma análise jurídica detalhada e pormenorizada de cada caso apresentado para interpretação, que pesquise os fatos além do negócio jurídico, apoiando-se na historicidade, na boa-fé e nos detalhes específicos de cada realização.

⁶ “Este breve excursus tornou-se necessário para compreendermos hoje o Estado de direito como Estado de direitos fundamentais. Não vale a pena discutir — embora isso constitua um dos temas mais frequentados da filosofia política actual — se o Estado de direito dá guarida apenas a direitos fundamentais de cariz liberal e se é apenas com base nestes que se legitima um Estado. Já vimos que a nossa opinião não é essa. O Estado de direito só pode ser Estado de direito se for também um Estado democrático e um Estado social. Nesta perspectiva, o Estado de direito transformou-se em Estado de direitos pessoais, políticos e sociais. Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de dimensão essencial da comunidade política. Não admira, por isso, a sua constitucionalização. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis. A constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As «constituições de fachada», as «constituições simbólicas», as «constituições álibi», as «constituições semânticas», gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direcção: a dos princípios, bens e valores informadores e conformadores da juridicidade estatal.” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito.** disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAeh1gAJ/canotilho-estado-direito-artigo>, acesso em 11/03/2012.

Essa metódica modifica a essência do direito, passando a tutelar a pessoa humana como centro das relações jurídicas obrigacionais, representando uma reconstrução da aplicação jurídica, que ganha amplitude investigativa e interpretativa^{7,8}.

Em uma sociedade pluralista, como a atual, de contornos internacionalizados pelas facilidades de comunicação, direitos de cunho individualista e isolantes da realidade social mostram-se incapazes de uma atuação realista e sadia.

Apenas exemplificando, casos antes inimagináveis ao direito, e até por isso não positivados normativamente, como a união homoafetiva; a questão do aborto de anencéfalos; a transexualidade, dentre outros reclamam na atualidade decisões urgentes.

Mas como decidir acerca de tais elementos novos sem uma anterior positividade normativa específica sobre o assunto no direito?

A questão posta comprova que o positivismo normativista, sem a intervenção dos direitos fundamentais e da *dignidade da pessoa humana*, não seria capaz de uma decisão adequada aos moldes socioculturais da atualidade⁹.

Daí falar que a tarefa do intérprete jurídico não terminará. Enquanto estiver a sociedade em constante mutação e evolução, obrigará o intérprete a conformar o direito e sua aplicabilidade à evolução social.

⁷ “É pois, preciso (re)conduzir o direito, em especial, o direito civil a sua existência e essência, já que não se pode ficar atento apenas ao fato jurídico (*factum*), mas no ‘*fazendo-se*’ constante (*faciendum*), inobjetificáveis e anticonceituais. *O direito civil é produto da vida privada como existência*. A ontologia existencial (re)direciona o homem como existência concreta, ao realizar-se temporalizando-se, já que *Ser é Tempo*. Aqui o tempo se identifica com a existência.” MELLO, 2008b, p. 26.

⁸ “O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira dimensões, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, *é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas*.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

⁹ “Qual o limite para a interferência do estado na vida privada? O que dizer sobre os comportamentos sexuais e familiares, como a homoafetividade, a monogamia, a bigamia ou a poligamia? E quanto a barriga de aluguel e a possibilidade de dois homens (ou mulheres) adotarem filhos? Buscam-se uma “nova ordem familiar” e uma nova estética dos prazeres? Os costumes sociais mudaram. Vale lembrar que o adultério não é mais considerado crime no Brasil” MELLO, Cleyson de Moraes. **O direito civil constitucional: proposições para a autenticidade, dignificação e ontologização do direito civil**. Revista Augustus, v 14, n 28. Rio de Janeiro: UNISUAM, 2009, p. 15-16.

As fronteiras do direito e da interpretação jurídica encontram-se em franca expansão, e para solucionar as contendas que se apresentam, o jurista deve estar atento a preceitos filosóficos e históricos.

Isto significa que o jurista deve, ao aplicar o direito, transcender as formas pré-determinadas, buscando nas ciências correlatas ao direito (principalmente na filosofia), as soluções não encontradas nas ciências jurídicas.

A hermenêutica jurídica é o meio pelo qual, através da conjugação dos fatos históricos com o caso que se apresenta e, ainda, da utilização de outras ciências, o direito se utiliza na busca da verdade^{10,11}.

Decorre que essa verdade almejada pelo direito nos casos analisados, devido à constante evolução e mutação da sociedade, também não é eterna, nem absoluta, podendo modificar-se conforme situações específicas de cada caso, ou mesmo em decorrência da temporalidade¹².

¹⁰ “A presente investigação acredita estar a serviço de uma evidência que, em nosso tempo, inundado de rápidas transformações, ameaça ser obscurecida. Aquilo que se transforma chama muito mais a atenção do que aquilo que continua como sempre foi. Essa é uma lei geral de nossa vida espiritual. Assim, as perspectivas que resultam da experiência da mudança histórica estão sempre correndo o risco de ser distorcidas, por esquecerem a ocultação do permanente. Parece-me que vivemos numa constante superexcitação da nossa consciência histórica. Trata-se de uma consequência dessa superexcitação e, como espero demonstrar, de um grave curto-circuito, quando diante de uma tal superestimação da mudança histórica, apelamos para as eternas ordenações de natureza e evocamos a naturalidade do homem para legitimar o pensamento do direito natural. Não é só porque a tradição histórica e a ordenação natural da vida constituam a unidade do mundo em que os homens vivem; o modo como experimentamos uns aos outros, como experimentamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico. Nele não estamos encerrados como entre barreiras intransponíveis; ao contrário, estamos sempre abertos para o mundo.

Uma reflexão sobre o que é a verdade nas ciências do espírito não pode querer, pela reflexão, subtrair-se à tradição, cuja vinculabilidade descobriu. Por isso, deverá exigir que sua própria forma de trabalho adquira tanta autotransparência histórica quanto lhe for possível. Esforçando-se para entender o universo da compreensão melhor do que parece possível sob o conceito de conhecimento da ciência moderna, a reflexão deverá encontrar um novo relacionamento também com os conceitos que ela mesma utiliza. Deverá conscientizar-se de que sua própria compreensão e interpretação não são uma construção a partir de princípios, mas o aperfeiçoamento de um acontecimento que já vem de longe. Assim, os conceitos que utiliza não poderão ser apropriados acriticamente, mas deverá adotar o que lhe foi legado do conteúdo significativo original de seus conceitos.” GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I**. Tradução Flávio Paulo Meurer, 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 32-33.

¹¹ “Por isso o des-velar do novo (Estado Democrático de Direito, sua principiologia e a consequente força normativa e substancial do texto constitucional) *pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica*, mergulhada na crise de paradigmas. Essa destruição é o (*Ereignen*) que institui a abertura da clareira, essa região livre, esse espaço “desbastado”, liberto dos obstáculos, que impede a vinda ao aparecer da presença. Ao des-construir, a hermenêutica constrói, possibilitando o *manifestar-se de algo* (o ente “Constituição” em seu estado de des-corberto).” STRECK, ob. cit., p.352.

¹² “Em que consiste propriamente o científico das ciências do espírito? Pode-se empregar nelas, sem mais, o conceito de investigação? Afinal o que se entende por investigação – o rastreamento do novo, do ainda

Diante dessa variação da sociedade que leva a novos entendimentos conforme as mudanças ocorridas, se torna obrigatória a revisão dos *pre conceitos*¹³ como forma de possibilitar o alcance de uma verdadeira justiça.

Na comprovação de ser impossível ao direito positivo normatizado considerar de antemão todas as possibilidades que podem ocorrer na sociedade, resta descobrir uma forma de manifestação que possibilite ao Juiz, atuando na forma determinada pelo direito prescrito, alcançar a justa medida¹⁴ decisória no caso concreto.

Para tanto, mister lançar mão do que se convencionou chamar de cláusulas abertas^{15,16}, ou dispositivos jurídicos que, em decorrência da relatividade de seus conceitos, ou mesmo

desconhecido, a abertura de um caminho seguro, passível de ser controlado por todos, que nos leve a essas novas verdades – tudo isso parece vir aqui em segundo plano. A fecundidade do conhecimento das ciências do espírito parece mais próxima à intuição do artista do que ao espírito metodológico da investigação. O mesmo deve ser dito, certamente, de todo e qualquer desempenho genial num âmbito de investigação. No trabalho metodológico da investigação da natureza surgem sempre novos conhecimentos, e enquanto tal a própria ciência repousa na utilização dos métodos.” GADAMER, Hans-George. **Verdade e método II**. Tradução Enio Paulo Giachini, 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco,, 2002, p. 50.

¹³ Para Gadamer o entendimento prévio sobre algo interfere na realização da evolução interpretativa, esse entendimento prévio parte de conceitos estabelecidos ao longo da história. Esses conceitos anteriormente estabelecido (*pre conceitos*) possuem valor ao intérprete no que concerne a historicidade, mas não devem influir o pensamento de tal modo que lhe impossibilite de perceber as modificações em cada momento interpretativo.

¹⁴ Para melhor esclarecimento, esse trabalho adota o termo *justa medida* como a justificação decisória que possibilite uma adequação da lei aos interesses sociais, uma fundamentação jurídica e fática que consiga trazer fim a um litígio com o convencimento aos envolvidos a importância dessa pacificação.

¹⁵ “Isto posto, o princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino “estrutura hermenêutica”. Porque, no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa. E é por isso que a doutrina é fundamental, porque ela é aquele modelo dogmático, aquele modelo teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam.

Estão verificando que tivemos em vista esses três princípios, e outros também, que levam em conta a concreção humana. Poderia acrescentar, aqui, o “princípio da concretude”, que, de certo modo, está implícito no de operabilidade. Concretude é palavra que tem sido, às vezes discutida: há quem queira concretude. Mas, se nós formos ao Dicionário Aurélio, veremos que ele não registra “concretude” e sim “concretitude”, assim como há “negritude”, “plenitude”, e assim por diante, segundo o espírito de nossa língua. Concretitude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta. Em mais de uma oportunidade ter-se-á ocasião de verificar que o Código preferiu, sempre, essa concreção para a disciplina da matéria. Fixadas essas linhas gerais, agora desejo focalizar alguns exemplos de confronto entre o Código atual e o Projeto do novo Código, que já foi aprovado pelo Senado.” REALE, Miguel. **VISÃO GERAL DO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL**. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/index.html>, acesso em 10/03/2012.

impossibilidade de conceituação, confirmam ao Juiz liberdade suficientes para buscar a verdade e a decisão mais justa, o que só lhe é possível pela aplicação hermenêutica.

1.1- ADEQUAÇÃO À LINHA DE PESQUISA PROPOSTA E INCLUSÃO DO TEMA:

O trabalho busca uma nova dogmática principiológica capaz de conformar o direito posto, no qual se funda os direitos essenciais do Estado, possibilitando um enfoque e uma interpretação mais atualizada, procurando a essência do direito como um todo, e terminando com a perspectiva divisória do direito público e privado, cuja dicotomia aplicacional desconsidera mesmo a função básica da própria ciência, que é a de regular a vida em sociedade.

Do que trata a funcionalidade da propriedade? Quais os direitos e deveres do proprietário em decorrência da função social? Como adequar o momento hermenêutico e as necessidades sociais em uma dogmática positivista ainda presa em conceitos e aplicações tendentes a limitar a atuação do jurista?

Essas e outras questões relacionadas à atual crise interpretativa jurídica relativas à propriedade serão debatidas no presente trabalho, tendo por hipótese o caráter social da propriedade e as consequências desse entendimento no direito civil.

A pesquisa apresentada se insere na linha de pesquisa **“Pessoa, direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo”**, uma vez que a nova perspectiva interpretativa do direito coloca a pessoa, os direitos das pessoas e tudo que a ela se relaciona como centro do debate jurídico e força capaz de modificar os conceitos e a aplicação do direito.

O intérprete do direito deve preocupar-se com um aperfeiçoamento constante, diante da mudança de perspectiva, individualismo para personalismo, não existindo mais uma forma correta e aplicável a todos os casos que se apresentam. O Estado Social requer do intérprete do direito e, principalmente, do juiz, a revelação do direito aplicável em cada caso concreto,

¹⁶ “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga media incertos.” ENGISCHI, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de: J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208.

com a segurança de que serão definidas as lides na conformidade do que melhor se adequa à função social do direito.

Para chegar a uma conclusão deve o intérprete conhecer e entender a história, a tradição e os mecanismos sociais sem, contudo, se prender aos mesmos, devendo sim, através do estudo sistemático da história, da filosofia e das ciências afetas aos homens (ou ciências do espírito, como prefere Gadamer¹⁷), descobrir o direito e as novas tendências e exigências da sociedade, que se apresentam no caso concreto.

1. 2 METODOLOGIA APLICADA AO ESTUDO:

Na busca de aferir e demonstrar de forma plausível essa nova tendência do direito, qual seja, *A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE*, hipótese maior do presente trabalho; bem como o desafio hermenêutico de conhecer os anseios e as necessidades da pessoa como ser social, realizou-se, através da pesquisa e da revisão crítica de bibliografia, realizou uma indução formal, em que se levando em consideração as verdades aceitas ao longo da história e demonstradas pelos autores pesquisados, chegou-se à interpretação do direito que hoje se realiza.

Na busca do que hoje se denomina *Justiça Social* realizou-se uma pesquisa histórica das diferentes formas de pensamentos sobre a *dignidade do homem* e da própria concepção do termo *homem* no decorrer da história, desde as sociedades clássicas até os horizontes atuais.

Na realização da pesquisa passou-se, necessariamente, por estudos e autores filosóficos (Aristóteles, Gadamer), por estudos de história social (Fustel de Coulanges) e autores jurídicos (Clovis Bevilacqua, Pontes de Miranda e Gustavo Tepedino), buscando-se entender o pensamento social e jurídico de cada época e os efeitos produzidos no direito.

O Trabalho se estrutura na seguinte forma:

No Capítulo II realizará uma busca histórica acerca das sociedades antigas, iniciando nas sociedades clássicas (Grécia e Roma); passando à Europa Feudal e Absolutista, até chegar

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução de Enio Paulo Gachini, 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2002, p.49-56.

ao Estado Liberal, ao Estado Socialista e aos Estados Fortes que lhe opuseram, passando pelo Estado Social e o Neoliberalismo.

Nesse capítulo, procurará descobrir e demonstrar as diferentes formas de entendimento do homem, enquanto valor social, e do patrimônio, bem como o entendimento da propriedade nas diversas sociedades e as modificações quanto a tal entendimento.

Cuidará em distinguir as propriedades sociais das propriedades particulares e a importância de cada uma delas no decorrer da história jurídica.

Ao mesmo tempo, procurará demonstrar como o entendimento do conceito de *homem digno* se modificou durante toda a história da humanidade, passando das habilidades pessoais (e suas variações em tempo de guerra e paz); pela consideração da pessoa enquanto proprietário de terras e detentor dos meios de produção; posteriormente a dignidade em função da detenção de capitais, retornando ao conceito de dignidade enquanto pessoa (ser criado à imagem e semelhança divina), até chegar à dignidade como forma de manifestação e modo de ser e atuar na sociedade.

No capítulo III, mostrará como o direito civil, e principalmente o direito civil brasileiro apoiando-se em teorias políticas de liberalismos, deixou-se levar pelo individualismo e a importância do conceito individual e liberal que se realizou durante o século XIX e parte do século XX.

Analizará, também, a modificação do entendimento político social sobre os direitos fundamentais do ser humano, bem como as profundas alterações jurídicas que essas modificações trouxeram ao direito.

È nesse aspecto que a funcionalidade da propriedade merece apreciação, uma vez que a função social modificou sobremaneira a visão do direito sobre as relações entre o objeto (propriedade) e as pessoas.

Como a influência da constitucionalização principiológica da *dignidade da pessoa humana*, e da inclusão dos direitos fundamentais do homem no texto constitucional, que forçaram, mesmo antes da codificação de 2002, a profundas alterações na aplicação do direito patrimonial. Modificações que se operaram paulatinamente e ainda encontram-se em fase de estruturação e equilíbrio na aplicação do direito moderno.

No capítulo IV serão trazidas definições filosóficas e jurídicas acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, bem como uma breve consideração a respeito da abordagem anterior deste conceito e as alterações que sofreu, por força das modificações de estruturas sociais outrora consideradas como bases imutáveis, como o conceito de família, casamento e de liberdade.

Serão comentadas algumas decisões judiciais que utilizaram o tema da *Dignidade* como fundamento e matiz hermenêutica, traçando-se, com base na filosofia e na aplicação do direito, o que se entende como acertado ou equivocado, momento em que se depara com o movimento de transformação, ainda não concluído, do pensar jurídico.

No capítulo V será feita a conclusão do trabalho, demonstrando que ao intérprete não há limites para o julgar no direito normatizado, mas que, partindo do direito posto, ele deve aprofundar-se em estudos da historicidade, de filosofia e do próprio direito para possibilitar uma melhor visualização da função do direito, que como ciência integradora do homem à sociedade deve arcar com o ônus social maior, qual seja, o de integrar o homem e adequá-lo à vivência social.

CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MUDANÇA DE PARADIGMAS QUANTO À PROPRIEDADE.

Para um melhor entendimento do que na atualidade passou-se a denominar *Direitos ou Garantias Fundamentais*, é imprescindível uma avaliação histórica das sociedades, da construção dos conceitos sociais e das definições nas sociedades, desde a mais primitiva até a mais atual.

A propriedade sempre foi considerada um direito fundamental, capaz de trazer segurança às famílias, sustento. O conceito sobre a utilização da propriedade modificou-se, porém, nas diversas fases históricas da humanidade.

Mais recentemente, passou do cunho individualista (*homo clausus*) para cunho social (*homo societas*), determinando uma modificação na forma do exercício da propriedade, bem como na forma de manutenção e nas limitações legalmente impostas.

2. 1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS SOCIEDADES CLÁSSICAS

Apesar de não reconhecidos ou conceituados como direitos da personalidade, já se pode notar a preocupação com os direitos do homem e com uma conduta justa desde as sociedades helênicas.

Percebe-se, em diversas passagens históricas e escritos da época antiga, nas descrições dos costumes e ritos sociais, a preocupação com o bem estar dos homens, ainda que o conceito de homens daquela época possa ser distinto do atual ¹⁸. A falta de piedade com as pessoas, por exemplo, ainda que após a morte, representava acusação grave e poderia levar à morte o homem, como se lê:

¹⁸ Quando se fala em homens nas obras clássicas estão excluídos aqueles que se encontravam às margens da sociedade, como os escravos. Aristóteles em **Ética a Nicômaco** fornece mostra dessas diferenciações em vários trechos de sua obra, valendo transcrever: “A grande maioria dos homens se assemelha a escravos, preferindo uma vida comparada à dos animais, contudo encontram certa justificação para pensar assim no fato de muitas pessoas altamente colocadas compartilharem os gostos de Sardanaplo.” ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**; Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 21. Acrescentando pelo tradutor em notas de rodapé sobre as notas de epitáfio de Sardanaplo (Rei mítico da Assíria) “Eu, Sardanaplo, filho de Anacindaraxes Anquial e Tarso em um dia. Comi,bebi, vivi em orgias. Todo o resto não vale isso.”.

“ Não nos devemos surpreender ao ver os atenienses mandarem matar aqueles generais que, depois de uma vitória naval, negligenciaram a sepultura a seus mortos. Esses generais, discípulos dos filósofos, talvez distinguíssem entre alma e corpo, e assim, por não acreditarem que a sorte da alma estivesse presa à do corpo, teriam julgado que ao cadáver tanto faria decompor-se na terra como na água. Não quiseram, portanto, desafiar a tempestade só pela vã formalidade de recolher e enterrar seus mortos. Mas a plebe, mesmo em Atenas, fiel à antiga tradição, imediatamente acusou esses generais de impiedade, e condenou-os a morrer. Se com a sua vitória, esse generais haviam salvado Atenas, pela sua negligência tinham perdido milhares de almas. Os parentes dos mortos, pensando no longo suplício a que essas almas estariam expostas, apresentaram-se ao tribunal vestidos de luto e clamaram vingança.”¹⁹

Essa clemência com os mortos repousava na crença então existente da continuidade da vida após a morte, mas não em uma morada celeste ou um plano alternativo, mas no próprio mundo, razão pela qual aos mortos eram entregues alguns bens, roupas, jóias, armas, bebidas e comidas, para que pudessem utilizar, no mundo onde viveriam após os atos fúnebres, não se olvidando que além das oferendas, no novo mundo pós-túmulo, o morto teria satisfeitas ou insatisfeitas suas necessidades, conforme a conduta em vida²⁰.

Pode-se perceber a preocupação da sociedade da época com a *dignidade da pessoa*, mesmo após a sua morte, levando-lhe ao túmulo o que julgava necessário para a existência posterior, as oferendas, denominadas *repasto fúnebre* que eram destinadas ao morto, não possuíam qualquer forma de comemoração no ato, mas simplesmente o ato de se entregar no túmulo o que se julgava necessário à vida além-túmulo.

Tanto assim que esse cuidado com os mortos tornou-se uma conduta para os vivos, sendo prolongada por séculos, mostrando o enorme período necessário para que as crenças humanas sofram modificação e, sendo as práticas exteriores, muitas vezes derivadas dessas crenças, e as leis derivadas das práticas, maior o período de variação e modificação.

Também se pode encontrar o *conceito de propriedade* junto aos povos antigos, ainda que, de forma e finalidades bens distintas das concepções com as quais se trabalha na atualidade.

¹⁹ COULANGES, Fustel de. **A CIDADE ANTIGA**. Tradução Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 17.

²⁰ “Imaginavam eles certa região, subterrânea também, mas infinitamente mais espaçosa que o túmulo, nas qual as almas viviam juntas, sofrendo as penas ou gozando as recompensas conforme a conduta que o homem tivera durante a vida.” Idem p. 18

Justamente pelo vínculo religioso e culto aos mortos, a propriedade primeira e essencial da família consistia nos túmulos, ainda que a propriedade sobre a terra não fosse conceitualmente definitiva, podendo em certos casos haver rotatividade dos possuidores^{21, 22}.

A inicial vinculação religiosa da propriedade, referindo-se aos túmulos e à necessidade de cultuarem-se os ancestrais com oferendas, mostra a importância da propriedade já nas sociedades antigas, ainda que ligada a um sincretismo religioso.

Percebe-se, no entanto, que essa propriedade não se poderia designar como individual, mas pertencente à família, estando vinculado o conceito de família não apenas aos entes nascidos, aos laços sanguíneos, mas também se encontravam vinculados à família os escravos e os clientes²³, apesar de estarem, esses últimos, excluídos de qualquer possibilidade de propriedade.

Dentro da família o patriarca exercia todas as funções, cabendo-lhe mesmo a administração, a direção dos cultos religiosos e, derivadamente, a consideração sobre as leis (não escritas, mas igualmente exigidas, e de cunho moral e religioso), bem como o julgamento e a punição dos membros da família que houvessem cometido faltas.

As penas eram severas, podendo passar pela desconsideração, o isolamento ou a morte.

A sucessão se fazia ao primogênito, sendo excluída da herança a filha, porém esse primogênito assumia a liderança de toda a família, cabendo-lhe a defesa dos membros, a manutenção das leis e da propriedade. Logo, a herança não ocorria apenas quanto aos bens, mas quanto a todos os encargos do patriarca.

²¹ "Efetivamente, não é problema fácil saber se nos primórdios da socialização o indivíduo poderia se apropriar do solo e estabelecer tão forte vínculo com a porção de terra a ponto de poder dizer: esta terra é minha, esta terra é parte de mim mesmo. Os tártaros admitiam o direito de propriedade quanto aos rebanhos, mas não o concebiam quanto ao solo. Entre os antigos germanos, segundo alguns autores, a terra não pertencia a ninguém; todo ano, atribuiam para cada um de seus membros o lote a cultivar, e o trocava no ano seguinte. O germano era proprietário da colheita, mas não da terra." Idem. p. 65.

²² "A ordem natural das ideias traz a questão da propriedade. Qual será a lei sobre as propriedades no projeto da melhor constituição? Serão elas comuns ou individuais? Esta questão é independente da legislação sobre as mulheres e os filhos. Aqui só considero os bens de raiz. Dividindo-se as terras em propriedades particulares, como hoje o são, trata-se de saber se será melhor que a comunidade participe das terras ou somente da colheita. Por exemplo, será melhor que as terras sejam possuídas por particulares, mas que se tirem e se consumam os frutos em comum, como fazem algumas nações; ou, ao contrário, que a terra e a cultura sejam comuns, mas que os frutos sejam repartidos segundo as necessidades particulares, como muitos povos bárbaros têm a fama de fazer; ou, finalmente, que as terras e os frutos sejam repartidos." ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: Edipro, 1995, p. 45.

²³ Clientes ou libertos eram nomes dados aos servos livres. Idem. p. 124

Essa forma jurídica perdurou até que as religiões familiares dessem origem às castas, às cidades, e posteriormente aos Estados.

Cabe ressaltar que tal transposição não ocorreu repentinamente, mas foi se moldando durante séculos, com o enfraquecimento do patriarca, a fusão das famílias, a formação das castas e, finalmente, a formação das cidades.

Ocorreu um fato que se mostrou essencial para o surgimento das cidades, o enfraquecimento da religião familiar, que deu origem a grupos maiores, denominadas cúrias ou fátrias, nas quais ainda permaneciam alguns cultos comuns às famílias, mas se percebe já o enfraquecimento do culto doméstico e sua substituição por algo mais social.

Nessa época, também a sociedade passou a conhecer outros deuses, distintos das famílias e ligados às forças da natureza, com princípios morais distintos, ainda que profundamente ligados aos gostos humanos.

Esse desligamento dos ancestrais influenciou sobremaneira o surgimento das cidades e dos primeiros governantes, cujo poder estava ligado essencialmente a concessões de ordem religiosa, como fundamento de respeitabilidade e ordem, o que se derivou, sem dúvida, da religiosidade doméstica.

Mesmo na cidade as autoridades religiosas e políticas se confundiam na pessoa do Rei, que também, a princípio exercia, também, a função de magistrado. Posteriormente os atenienses passaram a sortear seus governantes e, via de consequência, seus magistrados²⁴.

Mesmo em Roma, a participação efetiva do povo na eleição de seus governantes dependia da aprovação dos Deuses, através de presságios enviados a alguém já investido no caráter sagrado, que pronunciava em voz alta o nome dos candidatos, para que o povo elegeisse.

Essas cidades estado, fundadas em torno das religiões da época, não concebiam qualquer *liberdade ao homem*, que durante a sua vida, apesar de *possuir bens*, poderia perdê-los e ser obrigado a entregar seus pertences às cidades, podendo-se afirmar que *não havia respeito à propriedade privada*.

²⁴“Quanto aos sacerdotes, confiaremos ao próprio deus (assegurando o próprio prazer deste) a escolha, efetuando a seleção por sorteio e assim deixando sua indicação a critério da sorte divina.” PLATÃO. *As Leis*. Tradução Edison Bini, 2ª ed. Bauru, SP: Edipro. 2010, p. 240

Coisas absolutamente pequenas eram regulamentadas pelas leis que, fundadas no temor religioso, eram obedecidas cegamente pelo povo²⁵.

Os homens pertenciam às cidades, logo, não havia que se falar em *dignidade da pessoa humana*, muito menos em *propriedade particular*.

A força dos reis gerou em todas as cidades, por conseguinte, as denominadas revoluções, pelo descontentamento dos chefes de família com a divisão de poder com os reis. Mas a queda dos reis não ocorreu de forma total, mantendo-se a força religiosa que possuíam, sendo-lhes retirados apenas os poderes políticos, que foram transferidos à Aristocracia.

Outras transformações ocorreram na sociedade, como o desaparecimento da primogenitura, a libertação dos clientes, o reconhecimento da plebe como classe participante das cidades²⁶ e, também, a aristocracia viu-se obrigada a dividir o poder; a sociedade igualou-se em direitos, finalmente deferiu-se ao povo a escolha de seus governantes.

A grande modificação dessa época no que tange ao direito refere-se à produção legislativa,²⁷ antes de origem divina e misteriosa, que passa agora à confecção humana, perdendo sua característica de eternidade, para mostrar a vontade do povo e os anseios da sociedade. Como a sociedade está em permanente evolução, a lei também passa a ser considerada como mutável. Em decorrência de serem obra dos homens, as leis passam a ser de conhecimento geral.

Surgem as primeiras leis escritas que, se em alguns pontos retratam as antigas leis ditadas pela religião da família, em outros pontos traz notável desenvolvimento, principalmente no que concerne às classes até então excluídas (plebe e clientes).

²⁵ “Na história de Esparta há um fato muito admirado por Plutarco e Rousseau. Esparta acabava de sofrer a derrota de Leuctra, na qual muitos de seus cidadãos haviam perecido. A essa notícia os pais dos mortos tinham que mostrar alegria em público. Assim, a mãe que sabia que seu filho havia escapado do desastre e que iria revê-lo, demonstrava pesar e chorava. E aquela que sabia que nunca mais voltaria a ver seu filho, mostrava alegria e percorria os templos agradecendo aos deuses. Avaliamos por isso qual era o poder do Estado, que ordenava a inversão dos sentimentos naturais e era obedecido.” COULANGES, 2006, p. 249-250.

²⁶ “O direito tornou-se público e conhecido. Não mais se conhecia a lei de caráter privado, proveniente do culto de uma família. O direito dos indivíduos passou a ser considerado “concessão do Estado”, como diz Fustel de Coulanges. O direito costumeiro cedeu lugar à lei escrita. O culto doméstico foi posto à margem, por isso a lei perdeu seu caráter sagrado. Expressão da vontade popular, tornou-se alterável e geral.” DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56-57

²⁷ O código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas tiveram nascimento nesse período histórico. Idem p.55-56

A mulher consegue um pequeno reconhecimento de seus direitos, principalmente ao ser incluída na sucessão hereditária, ainda que apenas na falta de filho varão. Nasce, também, o direito de testar; surge o casamento civil, distinto do religioso, porém fundado em uma espécie de aquisição da esposa pelo marido.

Todas essas transformações na sociedade não se fizeram de forma rápida, mas acabaram por trazer transformações sociais e mudanças no direito com alcance até os dias atuais.

Com a democracia e a igualdade das classes, os pobres deixaram de viver aos auspícios dos ricos. Não havia, contudo, trabalho capaz de garantir-lhes a sobrevivência, cabendo lembrar que nas cidades da antiguidade era comum a escravidão. A maior parte dos serviços era feitos pelos escravos, que cuidavam das indústrias (existentes nas propriedades), dos trabalhos hoje tidos como liberais, da educação das crianças, das lavouras. O pobre adquiriu a igualdade social, direitos de reconhecimento social e de voto, mas não havia como sustentar-se.

Como consequência quase natural, iniciou-se uma verdadeira guerra entre as classes ricas e pobres. Desta feita o objetivo era, para os pobres, apoderarem-se das riquezas, para os ricos, conservá-las²⁸.

Sucedeu-se uma série de tomadas e retomadas das riquezas, não havendo mais respeito ao *direito de propriedade*, nem respeito às *pessoas*, cujas vidas eram sacrificadas em razão da luta pela riqueza²⁹.

O Cristianismo trouxe, também, grande inovação ao direito, pois separou definitivamente a política da religião, fazendo, apenas por isso, enorme revolução social, afinal o poder político ainda trazia em seu bojo uma destinação religiosa, sendo os líderes políticos verdadeiros mandatários divinos, por herança da antiga religião familiar.

No baixo império romano a propriedade era reconhecida como direito real e oponível *erga omnes*, mas sua utilização não se concebia ilimitadamente, havendo restrições de ordem social e pública.

²⁸ COULANGES, 2006, p. 279-282.

²⁹ Idem, p. 288-292

Nessa época, também, a compilação dos direitos romanos clássicos, denominada “*Corpus Juris Civilis*”, realizada por Justiniano e, posteriormente reunida ao Código Canônico, representa o pilar do direito como conhecemos³⁰.

Foi também nessa época, que ocorreu o início da união entre a Igreja e o Estado por oficialização do Cristianismo como religião do Estado de Roma.

A tomada do Império Romano do Ocidente pelos Bárbaros pode ser tomada como início da Idade Média e, também, do início de uma nova era jurídica³¹.

2. 2 – PERÍODO MEDIEVAL (FEUDALISMO AO ABSOLUTISMO)

O período medieval, outrora conhecido como período das trevas, pelo desprezo às obras escritas, atualmente tem se mostrado deveras esclarecedor quanto às artes, quanto à sociologia e quanto ao direito.

A descentralização administrativa levada a efeito por Carlos Magno, na tentativa de manutenção do Império, cumulada com as invasões dos bárbaros normandos no norte da Europa e às incursões sarracenas ao Sul do velho continente ajudaram na descentralização do Poder.

As vítimas das invasões, lideradas pelos condes e descendentes dos condes, a quem Carlos Magno havia confiado o governo de suas províncias, e habituados à administração das regiões a que foram confiados, organizaram postos de defesa, sendo essa a origem dos feudos.

Esses feudos, formados como meio de defesa das invasões, foram ganhando importância econômica e política, até pela distância e dificuldade de comunicação entre eles, sem, contudo, destruir a soberania dos Estados, funcionando os reis como árbitros em contendas envolvendo os senhores feudais.

Não é exagero dizer que se retornou a uma economia muito assemelhada à das cidades antigas, gravitando em torno de um *pater*, senhor feudal ou suserano, enquanto aqueles que buscavam a proteção nos feudos eram denominados vassalos, constituindo a plebe.

³⁰ DE CICCIO. 2010, p 65

³¹ COULANGES. 2006, p 412-418

Foi nessa, também, época que a igreja Católica passou a influenciar diretamente as questões políticas, concedendo aos reis cristãos as benções eclesiásticas, sendo vários os fatores que levaram a essa hegemonia da igreja, mas sobretudo, o fato de ter ocorrido a divisão dos reinos em razão das guerras e invasões dos bárbaros normandos.

Convivendo com o feudalismo, ainda na Idade Média e graças ao renascimento cultural do século XII, tem início uma cultura e doutrina jurídica que, passo a passo, unificou o direito europeu. A cultura daquela época, unificada pela formação intelectual, levou a características comuns nos usos do direito³².

Na compilação do *Corpus Iuris Civilis*, o direito canônico, e no conflito de interesses entre os feudos, tem-se que o *direito de propriedade* fincou-se na posse, muito mais que no domínio, isso porque o domínio da terra pertencia ao rei, ou quando muito, ao senhor feudal, que iria transferi-la aos seus filhos. A posse poderia, contudo, ser compartilhada por várias pessoas, que lhe dariam os mais diversos usos, sem que isso nada configurasse em relação ao domínio.

Há de se perceber que os poderes políticos derivados das relações com o rei, e por ele estabelecidos, se confundiam com os direitos privados, isso porque, desde o início da divisão dos reinos, na defesa contra os invasores, os feudos foram confiados pelos reis àqueles que se mostraram aptos para a defesa destas propriedades.

Tal fato contribui sobremaneira para a visão da propriedade na Idade Média. A terra, apesar de ser utilizada pelos senhores feudais, pertencia ao rei, que mesmo havendo perdido na época parte de seu poderio político, conserva-se no poder. Os senhores feudais também designavam os vassalos que poderiam cuidar de partes das terras que lhe foram confiadas; perceba-se que lhes eram deferidas a posse da terra, o cultivo, mas não a propriedade, que se mantinha sob a administração do rei.

³² “A unificação é condicionada pela formação intelectual semelhante às quais os intelectuais da Baixa Idade Média foram submetidos, ao uso do latim como língua comum na Europa e ao mito unificador da República cristã, sob a qual subsistiria um governo, um direito e uma religião. Assim, os elementos fundamentais da unidade do direito europeu foram lançados e semeados durante a Baixa Idade Média para serem substituídos gradualmente pelas concepções jurídicas que se inaugurarão no século XVI. O *jus commune* (direito comum) surgiu então, não de conteúdos normativos idênticos em toda a Europa, mas de características comuns dos usos do direito no período baixo medieval e nos três períodos subsequentes ao período moderno.” MACIEL, José Fábio Rodrigues, AGUIAR, Renan. **História do direito**, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

A própria igreja participou desses feudos e suas terras eram defendidas pelos cavaleiros templários, em verdadeiras fortificações. Nessa época, o direito Canônico representava um obstáculo à autoridade do rei e ao direito visigótico.

No século XIV, com o intuito de aumentar o poder, o Rei da França, Felipe o Belo, ordenou que fossem atacados os bens dos cavaleiros templários, protetores das conquistas da Igreja Católica³³.

Ocorreu contemporaneamente, o desmantelamento da potência financeira católica, que limitava os juros a 1% ao mês (juros permitidos pela Igreja), sendo substituída por outros bancos, que cobravam juros exorbitantes, mas acumulavam grandes capitais³⁴.

Surgia uma *nova concepção de propriedade*, o capital, que se tornou mais valioso que as terras, os títulos de nobreza e as regras morais. Essa propriedade não se caracterizou pelo uso, mas pelo domínio, pela possibilidade de uso da moeda na aquisição de outros bens, ou no empréstimo, com os juros cobrados pelo detentor.

Inicia-se, assim, a transição para a Idade Moderna, com um novo atributo jurídico, o bem capital, ou capitalismo.

2.3 - IDADE MODERNA

A perda gradual de poder pelos senhores feudais e o fortalecimento da ideia dos Estados Centralizados foram fazendo com que os conflitos existentes entre o direito canônico e o direito visigótico diminuíssem gradativamente

Principalmente por influência de Portugal e Espanha, que adotaram direitos civis independentes do direito canônico, apesar de respeitarem, quanto à família e o poder do *pater*, muitas das disposições do direito canônico, bem como pela necessidade de reação aos ideais protestantes de Lutero e Calvino, que apenas viam possibilidade de alguma ação humana boa se baseada nas Sagradas Escrituras, enquanto a Igreja Católica, principalmente por atuação dos Jesuítas, fez nascer uma fundamentação do Estado alicerçada no Direito Natural.

³³ DE CICCIO. 2010, p. 110

³⁴ Idem p. 111

A modificação da visão do centro da vida, modificação do Teocentrismo para o Antropocentrismo, trazendo o homem como principal artista da vida, promoveu o nascimento de novas instituições, que tiveram enorme reflexo no direito, mormente quanto à visão de *liberdade e propriedade*³⁵.

Dentre elas deve-se destacar o liberalismo, que além de separar os atos da vida espiritual do homem do chefe do Estado, faz nascer uma nova filosofia e sociologia, em que o homem é o centro da preocupação social, e o bem estar do homem, apesar de passar por caminhos espirituais, deixa de estar diretamente relacionado a Deus³⁶.

A difusão das religiões protestantes teve enorme influência nesse aspecto, pois o *acúmulo de bens materiais* deixa de ser visto como um caminho pecaminoso e torna-se natural, sendo próprio do ser humano a *busca da riqueza*.

Não se pode separar tais fundamentos de cunho religioso de uma nova roupagem, desejada pelos homens em decorrência do mercantilismo e do capitalismo. A classe burguesa necessitava livrar-se das limitações impostas pela Igreja Católica na ordem moral, que lhes condenava o acúmulo de riquezas, representando óbice aos interesses mercantis e condenando o capitalismo³⁷.

Por outro lado, o Estado unificado tornou-se sólido graças às intervenções desta classe emergente burguesa, que sem propriedades (bem garantidor de status na história medieval e garantidor de vantagens e privilégios aos senhores feudais), mas detentora de capital (novo bem advindo da acumulação de moedas pela mercancia, e pela possibilidade de realização de empréstimos com cobrança de juros), financiou e armou a realeza absolutista.

Ao mesmo tempo a força de trabalho modificou-se - não mais bastava a proteção dos senhores feudais e o necessário para a manutenção da família- e os servos agora poderiam trabalhar em troca de um pagamento em moeda, fato que também fez diminuir o poderio dos feudos, que acabaram por vender suas terras aos ricos comerciantes dos burgos.

³⁵ Idem p. 131-132.

³⁶ VALADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 45

³⁷ DE CICCIO. 2010, p. 140.

A urbanização da sociedade foi favorecida pelo surto da peste negra na Europa, derivada da guerra dos Cem anos, ocasião em que os corpos decompostos a céu aberto, trouxeram a doença e morte à população, principalmente do campo³⁸.

Desvinculou-se a Igreja do Estado, havendo perda de poder da Igreja e engrandecimento dos líderes estatais e várias obras sociológicas e filosóficas surgem na denominada “*época das luzes*”, com o intuito explicar ou embasar a forma de governo da época.

Desses autores, destaca-se, a obra *O Príncipe*, de Nicoló Machiavelli que ficou conhecida como alicerce do absolutismo, posto deferir ao Monarca quaisquer atos no intuito de permanecer no poder^{39,40}.

A obra de Machiavelli demonstra que não existia qualquer preocupação com os *direitos das pessoas*, apesar de o direito privado ser mais desenvolvido que o direito público. As *liberdades individuais não existiam*, não havia isonomia entre o pobre e o rico, apesar do mercantilismo e do fim da época feudal, e a sociedade ainda era dividida em castas claras.

Tais fatos podem ser notados pela visão pessimista de Machiavelli a respeito do homem, considerando-o mal por sua natureza, egoísta, daí a necessidade de ser governado por grandes indivíduos, capazes de manter a ordem e conciliar os interesses.

Rousseau, em seu Contrato Social, defende que o homem abre mão de parte de seus direitos, *principalmente da liberdade*, em prol da segurança da vida em sociedade.

O que se pode dizer é que durante todo o período moderno o que ocorreu foi uma *excessiva preocupação com o acúmulo de riquezas, com a propriedade e, aparentemente nenhuma preocupação com os direitos individuais ou sociais*.

³⁸ Idem, p.112.

³⁹ “Sendo obrigado a agir como um animal, deve o príncipe valer-se das qualidades da raposa e do leão, pois o leão não sabe defender-se das armadilhas, e a raposa não consegue defender-se dos lobos. É preciso portanto ser raposa para reconhecer as armadilhas, e leão para afugentar os lobos. Aqueles que desejam ser apenas como o leão não compreendem isso. Um príncipe prudente não deverá, pois, agir com boa-fé quando, para fazê-lo, precise agir contra seus interesses, e quando os motivos que o levaram a empenhar a palavra deixarem de existir. Esse preceito não seria bom se todos os homens fossem bons; mas como eles são maus, e não mantêm a palavra, não se está obrigado a agir de boa-fé.” MACHIAVELLI, Nicollò. ***O príncipe; Comentado por Napoleão Bonaparte***. Tradução NASSETI, Pietro, São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 93.

⁴⁰ “Na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, contra o qual não há recurso, os fins justificam os meios. Portanto, se um príncipe pretende conquistar e manter o poder, os meios que empregue serão sempre tidos como honrosos, e elogiados por todos, pois o vulgo atenta sempre para as aparências e os resultados; o mundo se compõe de pessoas do vulgo e de umas poucas que, não sendo vulgares, ficam sem oportunidade quando a multidão se reúne em torno do soberano.” Idem, p. 95.

Em contraposição à completa falta de direitos e escolhas dos cidadãos, que de subordinados aos senhores feudais, passaram a subordinados aos detentores de capital, surge a ideia de *liberdade, igualdade e fraternidade*, baluartes da revolução francesa, que culminaram com o Liberalismo, no qual, sem os limites impostos pela Igreja, os burgueses passaram a realizar livremente os atos de comércio e produção, através da exploração dos proletariados. O acúmulo de riquezas ficou cada vez maior, não havia qualquer tipo de *responsabilidade social*, e as propriedades eram conseguidas a custas do desconhecimento e desrespeito de qualquer *direito humano*.

A ideia de igualdade mostrou-se meramente formal. Falava-se da igualdade nas leis, porém não se via igualdade nas relações sociais, a liberdade era individualista, possibilitando mesmo a exploração do homem pelo homem. Liberdade significava, então, poderes ilimitados de exploração⁴¹.

Foi nesse clima político que nasceu o código civil napoleônico, que se não foi o primeiro cronologicamente⁴², foi sem dúvida o que mais se difundiu, servindo de base para as codificações que lhe sucederam.

Nele o que se pode perceber, até por influência do Direito Romano, é a total falta de inspiração para o direito social, *consagrando a propriedade individual*, e o poder marital⁴³, interrompendo com todos os ideais da revolução francesa e do liberalismo.

Apesar do Código de Napoleão e de suas diretrizes contrárias às disposições da revolução francesa, e mesmo da sociedade da França, foram as ideias de Voltaire, Montesquieu, e Rousseau, contemporâneos e, porque não dizer, mentores das ideologias revolucionárias, que se tornaram alicerces de modificações sociais e jurídicas que marcam a época contemporânea.

⁴¹ “ Solari recua no tempo e nos faz conhecer duas grandes tendências pré-revolucionárias do direito na França: a do *Midi* , de ligação forte com a cultura greco-romana, embebida de direito romano, com uma concepção romana de família – consagrando o poder absoluto do *pater*, a da propriedade privada-,consagrando o poder absoluto do *dominus*, do contrato-, dando importância à autonomia da vontade, da sucessão, reconhecendo o direito de testar.” DE CICCIO. 2010, p. 188.

⁴² O primeira codificação de quem se tem notícia foi a do Código Prussiano em 1794. Idem, p. 170

⁴³ “ Nota-se logo a autonomia de um só Código para as leis civis, tratando das pessoas, inclusive da família, dos bens, das formas de aquisição dos direitos, das sucessões, doações e testamentos, contratos, privilégios e hipotecas. Realizou, ainda, a unidade do Direito [Francês, pois cada região da França tinha seu “costume”, a sua lei, mas foi marcha à ré nos ideais revolucionários, foi um código basicamente romanista, individualista.” VALLADÃO. 1980, p.51.

2. 4 - IDADE CONTEMPORÂNEA

Pode-se dizer que a História Contemporânea tem início com as ideias da revolução francesa, sendo mister estudar a obra de Rousseau, que em seu Contrato Social, cuja mensagem central contrapõe a ideia católica de que todo homem é pecador por natureza, carregando os fardos do pecado de Adão, para considerar o homem como naturalmente bom, mas corrompido pela sociedade à qual se filiou e, para tanto, *limitou a própria liberdade* (em sua plenitude), para assumir deveres de ordem moral e material junto ao todo.

Os desentendimentos políticos entre girondinos e jacobinos deixaram os ideais revolucionários, dando lugar a um novo governo forte e autoritário, liderado por Robespierre, que condenou à morte todos aqueles que se opusessem ao governo⁴⁴.

As atrocidades cometidas em nome da pátria e do governo revolucionário eram enormes e faziam crescer um movimento contrarrevolucionário, que levou os líderes jacobinos à guilhotina.

Aproveitando-se do momento os monarquistas tentaram retomar o poder e restabeleceram o rei, através de dois movimentos, um em Toulon e outro em Paris. Em ambos foram derrotados por Napoleão Bonaparte, então oficial revolucionário, sendo que as atuações nas batalhas travadas por Napoleão foram imprescindíveis para o império que se realizaria no futuro, sob seu comando.

Com a tomada do poder por Napoleão iniciou-se a era das codificações no direito francês, tomando o cuidado de, através da imposição das leis, impedir um retorno da aristocracia rural, com o desaparecimento da primogenitura, que forçou a divisão dos latifúndios, retirando através desse ato o poder das famílias aristocratas⁴⁵.

Essa divisão dos latifúndios e a não observação da primogenitura fez desaparecer os grandes proprietários de terras e, via de consequência, diminuiu o poder e a influência dos proprietários rurais, posto que a divisão da propriedade leva à diminuição da influência social.

⁴⁴ "Saint-Just obteve a aprovação de uma "lei dos suspeitos", segundo a qual seriam considerados passíveis de pena capital "todos os eclesiásticos, aristocratas, burgueses e espiões" e mais "os que, nada havendo feito contra o governo, também nada fizeram a favor"(sic)" DE CICCIO. 2010, p 199.

⁴⁵ Idem, p. 203.

Esse movimento de Codificação do direito não pode ser considerado como início do positivismo, muito menos originado pelo Iluminismo da Idade Moderna. Antes representa aspirações do racionalismo, unindo um sistema de normas racionais, que passam a ser consagradas pelo Estado⁴⁶.

Na verdade, o direito codificado por Napoleão não deixou de contemplar o direito natural, ao contrário, Bobbio, citando Portalis, deixa claro o entendimento de que, na lacuna da lei, deveria o Juiz utilizar-se da equidade e do direito natural⁴⁷.

Apenas mais tarde, com a Escola da Exegese⁴⁸, é que a negação às lacunas da Lei e o abandono do direito natural ocorreu. Em princípio por uma interpretação isolada do artigo quatro do Código Civil de Napoleão, que não considerava o artigo nove, e permitia extremos quanto ao princípio da divisão dos Poderes Estatais, pretendendo que a limitação dos juízes ao aspecto gramatical e sistemático das disposições legais impedisse a invasão da esfera do poder legislativo.

Tais procedimentos exegéticos trazem a consideração de onipotência do legislador e falta de lacunas na lei, mas tais atos não podem ser imputados ao Código Napoleônico.

⁴⁶ "O fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representam a realização política do princípio da onipotência do legislador. Frente este movimento, a escola histórica assume uma posição de clara hostilidade, como veremos no próximo parágrafo. As codificações representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de a "positivação do direito natural". Segundo esse movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos "filósofos", isto é, dos doutos que o legislador deve consultar)." BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução e notas PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006, p. 54.

⁴⁷ "Portalis, no seu discurso, repete quase literalmente o conceito de equidade expresso no art. 9º, ora citado (que segundo parece, ele mesmo havia redigido): *Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Na falta da lei, é necessário consultar o uso da equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas.*" Idem, p. 77.

⁴⁸ A Escola da Exegese consistia na limitação da interpretação das leis pelos juízes ao aspecto gramatical, cabendo ao legislador toda a força, impedindo o Judiciário de invadir a esfera de poder do Legislativo. DE CICCIO, 2010, p. 214.

Com a queda de Napoleão e a restauração da monarquia com Luiz XVIII, as ideias liberais, importadas da Inglaterra⁴⁹, se mantiveram vivas⁵⁰. Porém quando Carlos X subiu ao trono e com medidas antirrevolucionárias restaurou a aristocracia francesa, o descontentamento com a monarquia aumentou, ocasião em que os burgueses liberais, inconformados com as medidas, depuseram o rei, proclamando rei Luiz Felipe.

O grande fator modificador da época foi a divisão da propriedade, que fez decrescer a influência da aristocracia rural, e via de consequência, possibilitou o enriquecimento dos comerciantes liberais, que passaram a deter o capital e, diante do empobrecimento e perda de poder dos aristocratas, passaram, também, a adquirir-lhes as propriedades.

Quanto aos direitos humanos, nenhuma preocupação se mostrava, pois com a queda do moralismo católico e a permissividade de acúmulo de riquezas das novas religiões, a exploração do homem sobre o homem tornou-se quase justificada.

2.4.1 – O LIBERALISMO

O liberalismo trouxe uma perspectiva de não intervenção do Estado nas relações econômicas, ficando conhecido historicamente como *laissez faire, laissez passer* (deixai fazer, deixai passar).

Tal ideologia liberal permitia, e de fato permitiu, a exploração do homem pelo homem, sem qualquer preocupação social. Os operários, substituídos por máquinas, viram-se obrigados a trabalhar em condições insatisfatórias, pois a oferta de trabalhadores passou a ser muito maior que o número de empregos. Enquanto a necessidade de emprego aumentava, pois

⁴⁹ “O liberalismo teve o seu berço na Inglaterra, e, assim, é na história desse país que vamos encontrar suas origens.

O próprio termo liberalismo tem a seguinte origem: O segundo *Bill of Rights* que o Parlamento impôs à Coroa, em 1689, em um dos seus treze artigos que estabeleciam os princípios de liberdade individual, especialmente de ordem religiosa, autorizava o porte de armas pelos cidadãos ingleses que professavam a religião protestante, para que pudessem defender as suas franquias constitucionais. Foi precisamente esse sistema de liberdade defendida pelas armas que recebeu, na época, a denominação de liberalismo.” MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. Atualização Malufe Neto, Miguel Alfredo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 123.

⁵⁰ “A França, que era a caldeira fervente das ideias liberais, estava destinada a conseguir a vitória de suas ideias democráticas para si e para o mundo inteiro.” Idem, p. 125.

as máquinas realizavam a produção de vários artesãos, a oferta de posições nas fábricas diminuía cada vez mais, fazendo valer a lei da oferta e da procura.

Os *princípios de liberdade individual e igualdade* não passaram de concepções nas sociedades liberais⁵¹, como se realizados em laboratórios, sem a observação das realidades sociais da época.

Como já dito, a revolução industrial modificou a estrutura social da época⁵², trazendo a menos valia do labor humano. Com a depreciação do labor, o homem perdeu valor social, pela maior produtividade das máquinas, fazendo aumentar o desemprego e diminuir os salários.

Para compensar a perda de rendimentos os homens aumentaram o tempo de trabalho e, como ainda assim não conseguiam subsidiar a família, primeiro as mulheres e depois as crianças se lançaram ao trabalho.

A degradação social estabeleceu-se, mas o Estado permanecia inerte⁵³. Crendo na igualdade dos homens que apenas existia formalmente e deixando que as liberdades se manifestassem, o Estado deixou que a exploração do homem pelo homem se tornasse realidade e que a família, enquanto seio da sociedade e da formação moral, se desfizesse⁵⁴.

A classe burguesa acumulava riquezas e luxo. As empresas organizavam-se no sentido de aumentar os próprios lucros, acentuando as diferenças sociais.

⁵¹ “E tanto antes quanto depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal o sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.” BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

⁵² “Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.” Idem. p. 59.

⁵³ “Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdade de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina ‘a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.’” Idem. p. 61.

⁵⁴ “A revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levava à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política.” Idem, p. 43.

Os abusos dos burgueses, o empobrecimento da classe trabalhadora, as diferenças da sociedade, trouxeram a luta de classes e fizeram nascer as extremas ideias marxistas.

Foi por intervenção da Igreja Católica, mais precisamente durante o Papado de Leão XIII que ocorreu manifestação contrária ao liberalismo desenfreado, alertando a sociedade para a necessidade de se impor limitações às atividades econômicas e de promover a valorização do homem⁵⁵.

Aos Estados liberais restaram então duas opções, insistir no liberalismo ou reformar-se, fazendo conviver com as liberdades individuais, as limitações ao poder econômico, com leis protetivas do trabalho, intervindo na produção e no consumo.

Em decorrência da intervenção papal e de concepções socialistas de governo, os liberais foram obrigados a ceder e alguns *direitos sociais* timidamente começaram a difundir-se, sempre pela imposição Estatal.

Observe-se que nesse período a propriedade não possuía nenhuma função social e o exercício da mesma era pleno.

As modificações sociais trazidas pelo reconhecimento de direitos sociais não mudaram essa perspectiva.

2.4.2 – ESTADO SOCIALISTA (SOCIALISMO):

O socialismo que teve como seu principal teórico Karl Marx, que obteve maior expressão na Rússia, durante a confusão social que se abateu no país durante a 2ª Guerra, principalmente das baixas nas tropas que se confrontaram com as tropas alemãs.

A exemplo do que ocorria com outros países da Europa, a Rússia encontrava-se em crise social e econômica, favorecendo as ideias do socialismo e facilitando a revolução contra o sistema e da autocracia dos Czares.

⁵⁵ “Depois de condenar fundamentalmente o extremismo marxista, propõe o Santo Papa as medidas necessárias ao restabelecimento do equilíbrio social, tais como: fixação de um salário mínimo compatível com a dignidade humana, limitação das horas de trabalho, regulamentação do trabalho da mulher e dos menores, amparo à gestação e à maternidade, direito de férias, indenização por acidentes, amparo à velhice, assistência nos casos de doença, organização da previdência social etc.

O que é vergonhoso e desumano – acentua Leão XIII – é usar dos homens como vis instrumentos de lucro e não os estimar senão na proporção do vigor de seus braços.” MALUF. 2003, p. 131.

Denominando-se como comunista, anuncia a Rússia a ditadura do proletariado, estabelecendo pela força, inclusive com eliminação sumária dos adversários, o extermínio da religião, a *abolição da propriedade* e a subordinação da justiça ao Poder Executivo, mostrando a imposição de um novo sistema⁵⁶.

Pelo comunismo a organização do Estado seria um mal necessário, porém transitório, devendo ser extinto por etapas. Na antiga União Soviética, no entanto, o partido bolchevista resolveu cancelar a extinção do Estado, determinando mesmo a existência de uma ditadura classista.

Importante fazer uma comparação entre o liberalismo e o socialismo no que diz respeito à propriedade e suas implicações sociais. Por certo no liberalismo a propriedade, principalmente a propriedade capitalista (aquela capaz de produzir riquezas, indústrias), era vista como bem máximo, sobrepondo-se mesmo à *dignidade da pessoa humana*. Para o acúmulo de riquezas e de fortunas tudo se podia fazer e tudo se deixava passar.

Para o socialismo, no entanto, a propriedade era tida como um grande mal, devendo ser extirpada da sociedade, tornando possível a igualdade. Ocorre que ao tomar as propriedades também fazia cessar a circulação de capitais, tomando o Estado, para si, a obrigação de garantir a produção industrial e o sustento da população pelo trabalho, por conseguinte, deveria garantir a *dignidade da pessoa humana*.

O que se viu foi um encolhimento dos *direito sociais*. O Estado mostrou-se incapaz de garantir a *dignidade da pessoa humana*, os homens viram-se privados das propriedades, mas não ocorreu uma distribuição de riquezas. Ao contrário, criou-se uma aristocracia do proletariado, em que os governantes possuíam e gozavam das propriedades ditas comuns, possuindo acesso a conforto e tecnologia, o que não ocorria com o restante da população.

Novamente a *dignidade da pessoa humana* foi desprezada, mas desta feita, também a propriedade foi debelada, e a transmissão da propriedade ao Estado, talvez tenha sido o maior dos desrespeitos à pessoa humana.

⁵⁶“A seguir, como se a ideia anárquica, potencialmente contida na rebeldia histórica de reação às prerrogativas de um absolutismo, que proclamara a equípolência do príncipe à divindade ou à instituição, desse mais um passo de imensa latitude naquela direção antiestatal da divisão de poderes, surgiram as utopias socialistas e, depois, o marxismo: os socialistas, sentenciando a intrínseca iniquidade do Estado, e os marxistas, em nome da ciência, das leis históricas, da dialética e do determinismo social, o fim do aparelho de coerção da sociedade.” BONAVIDES. 2004, p. 32.

2.4.3 REAÇÕES AO LIBERALISMO E AO SOCIALISMO – OS GOVERNOS FORTES

Tanto no socialismo como no liberalismo a insatisfação e o empobrecimento da população eram perceptíveis, e faziam nascer governos fortes e ditatoriais. O fascismo e o nazismo, são frutos de uma reação tanto ao liberalismo quanto ao comunismo.

O Fascismo tem como característica a retirada dos direitos de *liberdade* e de *propriedade* dos cidadãos, passando o próprio ser humano a ser entendido como propriedade do Estado⁵⁷.

Já o Nazismo correspondia a um governo baseado em questões de etnia e, como todo governo totalitário, suprimia os *valores individuais* e de *liberdade* da pessoa humana. A igualdade no Nazismo correspondia a uma igualdade de deveres, não de direitos. O bem comum era aquele determinado pelo nazismo, não havendo que se falar em propriedade individual.

2.4.4 – PREOCUPAÇÃO COM O HOMEM E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Finalmente, em 1948, após as atrocidades das duas grandes guerras e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) surge a grande preocupação com a *pessoa humana* e a *dignidade da pessoa humana*, desta feita como interesse de todos os países participantes da ONU, que fizeram nascer a declaração universal dos direitos humanos⁵⁸.

Essa declaração universal dos direitos do homem traz o direito à propriedade, individual ou em sociedade, como se lê:

⁵⁷ “Embora surgisse do oportunismo, sem doutrina, o fascismo, depois de consolidado no poder, passou a teorizar um sistema peculiar: o Estado é o criador exclusivo do direito e da moral; os homens não têm mais que o direito que o Estado lhes concede; O estado é personificado no partido fascista, e este não encontra limites morais ou materiais à sua autoridade; todos os cidadãos e os seus bens lhe pertencem; os opositores são considerados como traidores e sujeitos à justiça que é controlada pelo órgão executivo.” Idem. p. 141.

⁵⁸ Em que pese críticas de alguns autores sobre a universalidade desses direitos e o desprezo pelas diferenças culturais e religiosas, principalmente dos países de origem Mulçumana e oriental, não se pode diminuir o valor da declaração e sua importância para o direito ocidental.

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

A manutenção do *direito de propriedade* põe fim, pelo menos em termos, às ideias socialistas dos países participantes da ONU, contudo, não coloca o liberalismo como forma econômica, como disposto na declaração:

Artigo XXIV

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Essas limitações, que se aplicam, sem dúvida ao *direito de propriedade*, trouxeram reflexos na forma de atuação do particular, mesmo quando se referem à propriedade privada.

Tais reflexos se mostraram nas legislações de todos os países participantes da ONU, e no Brasil, não poderia ser diferente.

Ainda assim, a forma de aplicabilidade desses direitos fundamentais não se assenta com igualdade em todo o globo, nem a sua garantia se faz de imediato, possibilitando interpretações diversas quanto às necessidades básicas e vida digna.

Tais, conceitos estão em constante mutação, pelo próprio desenvolvimento da sociedade, aliado a uma tecnologia motorizada, em que a cultura e o conhecimento são cada vez mais exigidos para que a pessoa humana se coloque na sociedade como sujeito de direito.

O fundamentalismo⁵⁹ desses direitos encontrou ressonância apenas formal. Na prática social, as desigualdades e explorações permanecem acontecendo, tanto do homem sobre o

⁵⁹ “Justamente por serem fundamentais, as concepções carreadas ao artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, devem ser consideradas como princípios fundamentais ou fundantes de todo o direito Pátrio, trazendo o conceito de princípio de CRISAFULLI, citado por BONAVIDES: “Princípio é, com

homem como, modernamente, de Estado sobre Estado, até mesmo utilizando-se de preceitos de isonomia como base de ações meramente econômicas.

efeito, toda norma jurídica considerada como determinante de uma, ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis dos princípios gerais que as contém". Bonavides, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 230.

CAPÍTULO 3 - DIREITO CIVIL BRASILEIRO: DO DIREITO INDIVIDUALISTA AO PERSONALISTA

O Brasil, por conta de seu descobrimento apenas em 1500, não conta sua história jurídica da mesma forma que a Europa. Não se deve, no entanto, ver o direito brasileiro apenas como importação do direito português, como se antes da colonização nenhuma civilização existisse aqui.

O indígena brasileiro muito pouco contribuiu para o direito, posto haver a Coroa Portuguesa imposto aqui o direito que de lá trouxe. É preciso, entretanto, dizer que as tribos aqui existentes não individualizavam a *propriedade das terras*, mas apenas as *propriedades das ferramentas*, ainda assim, com forte apelo de socialização⁶⁰.

A partir da colonização, o direito brasileiro passou a ser o mesmo que vigorava em Portugal.

A distribuição das terras em capitanias, em número de doze e distribuídas a doze donatários que não possuíam a propriedade das terras, mas apenas a posse, e poderiam subdividir com outros, todos pagando tributos, os donatários ao rei, e os terceiros aos donatários, compunham-se em um sistema que muito se assemelhava aos feudos.

Após o descobrimento, os portugueses fizeram introduzir a legislação portuguesa em sua totalidade, assim permanecendo mesmo após a independência da colônia brasileira, momento em que se iniciou a configuração de uma legislação verdadeiramente nacional.

Quando finalmente entrou em vigor o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, em 1916, veio impregnado de conceitos liberais, pugnando mesmo pelo conceito individualista de propriedade, onde a autoridade máxima sobre a propriedade era exercida, nada se opondo aos poderes do proprietário.

⁶⁰ "A propriedade, em regra, era comum. Individualizada era apenas em relação a certos móveis, utensílios e armas. O domínio territorial não existia absolutamente, o solo era possuído pela coletividade enquanto nele permanecia. Ainda, na parte limitada em que a propriedade se individualizava, sentiam-se todos obrigados a atender ao necessitado, segundo depoimento de *Thevet*: "Reputar-se-ia para sempre desonrado o selvagem que, possuindo qualquer coisa, não suprisse o vizinho ou parente que carecesse dela." (apud Bevilacqua)." VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. 4 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p.71.

Apenas na Constituição Federal de 1988 foi atribuída uma função social à propriedade, o que, conjugado com os dispositivos do Código Civil de 2012, possibilitou uma visão personalista da propriedade.

3.1 – DEFINIÇÕES SOBRE PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO E O CÓDIGO CIVIL DE 1916.

O Brasil possuiu, historicamente, dois Códigos Civis, cujas elaborações, aprovações e entrada em vigor levaram vários anos. Esse o único ponto comum entre as Codificações.

A Constituição Imperial do Brasil previa a criação de um Código Civil brasileiro, sendo considerado um passo fundamental à modernização do direito brasileiro quando da Proclamação da Independência, considerado como prioridade pelo Monarca e cuja previsão se percebia, no artigo 179, inciso XVIII, que assim dispunha: “ *Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade*⁶¹. ”

Tal preocupação mostrava a necessidade de conformação em um ideal liberal já reinante a Europa e ao qual o Brasil desejava engajar-se.

Tanto assim, que a mesma Constituição, no artigo supramencionado estabelecia:

*XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.*⁶²

Como se verifica, existia uma preocupação com a questão da propriedade e da plenitude do exercício da mesma, com a única exceção para o interesse público, ou desapropriação.

Tal preocupação se fez presente também no Código Civil de 1916, primeiro Código Civil da nação brasileira, que trazia em seu bojo a defesa marcante da propriedade e a liberdade de ações na proteção da mesma.

Clovis Bevilacqua, a quem foi confiado o anteprojeto do Código Civil de 1916, traz o caráter liberal que se deseja atribuir à norma, ao afirmar:

⁶¹ Constituição Imperial de 1824

⁶² Idem.

“O segundo, mais geral, e mais francamente benevolo ao Projecto, é também um documento merecedor de apreço pelo espírito liberal, que o anima”⁶³

A utilização de ideais liberais no Código Civil de 1916 possuía, na realidade, a nítida função de tornar o julgador subordinado à lei, consubstanciada na ideia de divisão dos poderes, atribuindo ao Poder Judiciário a tarefa simples de aplicador da norma, que a princípio sequer deveria ser interpretada, passando após a merecer interpretação, porém apenas literal.

A legislação civil adotou o liberalismo como melhor forma de engrandecimento e desenvolvimento da sociedade e do país, o que não pode ser dissociado do momento histórico e político de então⁶⁴.

O artigo 527 do ordenamento Civil de então trazia que “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrario”⁶⁵. Essa falta de limites, já naquela época, não seria sinônimo de utilização da propriedade sem reservas de outros direitos ou direitos de terceiros, contudo, muito longe ainda de um alcance social à propriedade.

“O domínio é ilimitado, porque abrange os poderes elementares, que o constituem. Não se pôde considerar absoluto e sem restricções. Como já vimos essas restricções aparecem, nos direitos de vizinhança, nos impostos, nas prescripções municipaes, e na desapropriação. Ilimitado, na linguagem do Código, equivale a pleno.”⁶⁶

O Código Civil presumia como exclusivo e ilimitado o uso da propriedade, no sentido de que ao proprietário seria digno afastar qualquer pessoa estranha à sua propriedade, bem

⁶³ BEVILAQUA; Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por; 3 ed., vol.I Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p.23.

⁶⁴ “A despeito das transformações pelas quais a matéria veio a passar posteriormente, o Código Civil brasileiro se apresenta como um dos mais liberais no que ao assunto concerne, estabelecendo não só no art. 524 que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua”; mas, ainda, no art.526, que “a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício”. E só a seguir acrescenta: “não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.” FRANÇA, R. Limougi. **Instituições de direito civil**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 439.

⁶⁵ Código Civil de 1916

⁶⁶ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por**; 2 ed., vol.III; Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1923, p.56.

como dela poderia utilizar-se plenamente, encontrando limites apenas nas questões administrativas, no direito tributário e no direito de vizinhança.

Essa liberdade do proprietário se fazia necessária, uma vez que a força do capital e das atividades produtivas não podiam sofrer limitações pelas normas, sob pena dessas contenções que impedirem o crescimento econômico.

A terra passou a ser entendida como um bem particular, capaz de gerar e produzir capital, sendo o proprietário livre para dispor dos frutos produzidos em sua terra, mesmo para destruí-los, por exemplo, para garantir o preço⁶⁷.

O Código Civil de 1916 trazia em seus artigos 70 a 73 o instituto do *bem de família*, talvez único entendimento da *importância social da propriedade*, que em outras tentativas de inclusão no direito pátrio fora rejeitado, mas que com a consagração do Código Civil tornava-se patente⁶⁸.

A instituição do bem de família visava propiciar uma proteção ao imóvel que servia como moradia da família, para que esse fosse colocado a salvo de execuções por dívidas.

Esse instituto jurídico não pode ser visto como objetivo social amplo da norma, posto que essa designação estivesse condicionada a que, ao tempo de sua realização não ficassem os credores impossibilitados de seus recebimentos, como se depreende do artigo 71 do mandamento civil⁶⁹.

Além disso, essa designação dependia de escritura pública, transcrição no registro de imóveis e publicação na imprensa, com o intuito de impedir mesmo que os credores tivessem o imóvel como garantia de pagamento, quando em decorrência da denominação não fosse possível expropriar o bem⁷⁰.

⁶⁷ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabres. 2003, p. 17-25.

⁶⁸ “3.- Quando se discutiu o *Projecto de Código Civil*, perante a Comissão de Governo em 1900, o Conselheiro Barradas suggeriu a ideia de se consagrarem alguns artigos ao *homestead*, sob a denominação proposta pelo *Projecto Coelho Rodrigues*, de *Constituição do lar de família*; o seu pensamento porém, não encontrou o necessário apoio entre os companheiros (*Actos*, páginas 123-124).” BEVILAQUA. 1927, p.300.

⁶⁹ “Art. 71 – Para o exercício desse direito, é necessário que os instituidores, no acto da instituição, não tenham dívidas, cujo pagamento possa por elle ser prejudicado.

Paragrapho único. A isenção se refere a dividas posteriores ao acto, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexecutível, em virtude do acto da instituição.” CÓDIGO CIVIL DE 1916.

⁷⁰ “1- Para que a instituição do bem de família não seja uma factio clandestino, e as pessoas, que tratam com os beneficiados por elle, não venham a ser iludidas, suppondo ter no prédio, que serve de lar à família,

Apesar de, em tese, representar uma situação de proteção à família e de manutenção de uma subsistência mínima, perceba-se que existe a preocupação, mesmo na constituição do bem como lar da família, de que os possíveis credores tenham conhecimento da situação e de que não sirva, a instituição, de meio para impedir ou retardar o pagamento de dívidas já existentes.

As exigências do mandamento civil para a constituição do bem de família tornavam a designação tão gravosa que apenas a burguesia o poderia fazer. Não se pode, portanto, desejar a designação do bem de família como o reconhecimento de uma *função social da propriedade*.

Até mesmo na descrição dos direitos reais havia uma espécie de desnivelamento, mostrando-se a propriedade como direito principal, e os demais sendo decorrentes dela, quer pela concessão de uso (usufruto, uso, enfiteuse), quer pela utilização da propriedade como garantia (hipoteca e penhor)⁷¹.

A definição de propriedade e dos direitos elencados a ela mostra-se impossível, pois o exercício da propriedade leva a uma série ilimitada de faculdades, possibilitando ao proprietário dispor da coisa da forma que lhe aprouver, diminuir até quase anular sua gerência sobre a propriedade e, ao mesmo tempo, repelir qualquer ingerência de terceiros sobre seus bens.

A conceituação de propriedade, portanto, leva a consideração de sua subjetividade, no sentido que a relação do dono com a coisa equipara uma enorme gama de ações, ou possibilidades de ações, que decorrerão da vontade *subjetiva* do dono. Essa subjetividade de ações em nada se relaciona com o direito processual, e sim com a vontade íntima, ou

garantia suficiente para a solução de seus créditos, exige a lei que o acto tenha a maior publicidade. Deve constar de escriptura pública, este instrumento deve ser transcripto no registro de immoveis, e a imprensa deve tornal-o conhecido de todos." BEVILAQUA. 1927, p.305.

⁷¹ "2 – DOMÍNIO E DIREITOS REAIS LIMITADOS. – O domínio e os direitos reais limitados distinguem-se pelo conteúdo: esses são direitos de abrangência parcial, ao passo que aquele é de abrangência total. Por isso mesmo, a técnica jurídica procura determinar, claramente, os contornos ou limites dos direitos reais limitados: quem tem servidão de passar somente pode passar; quem só tem uso somente pode usar, e não usar ou fruir; quem tem direito de habitação somente pode habitar. As limitações ao domínio são quase sempre negativas, tão grande é o número de possibilidade do senhorio." MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado Parte Especial TOMO XI Direitos das coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsol, s/d. p.9.

necessidade, do proprietário em utilizar, não utilizar ou ceder à utilização total ou parcial do bem.

Da mesma forma, subjetiva é a ação do proprietário na conservação do bem sob o seu domínio, podendo, como já dito, afastar quaisquer turbações ou esbulhos na garantia de sua propriedade.

Por certo que essa falta de limites consistia em um conceito, posto que limitações ao direito de propriedade sempre existiram e, contrapondo-se à subjetividade do conceito de propriedade, eram objetivas, de ordem legal⁷² ou decorrentes de negócio jurídico, como se pode perceber quando das limitações pelo direito de vizinhança e dos direitos reais, cuja limitação decorria de ato do proprietário (uso, usufruto, habitação, anticrese, etc.).

O Código Civil de 1916 trazia limitações à propriedade, uma vez que os artigos 554 e 555 possibilitavam ao vizinho precaver-se ou fazer cessar o uso da propriedade de outro vizinho que viesse a prejudicar ou causar danos ao seu domínio.

Importante dizer que, no caso dos artigos supramencionados, o legislador preocupou-se em distinguir os direitos do proprietário dos direitos decorrentes da posse, sendo que no artigo 554 permitia ao possuidor reclamar sobre riscos ao sossego, à segurança e à saúde. No artigo 555 defere apenas ao proprietário o direito quando a ameaça refere-se ao bem, logo à propriedade.

Esses limites referentes aos direitos de vizinhança e à propriedade do outro encontravam controvérsias aplicacionais no campo jurídico, sendo que as decisões sobre o assunto encontravam-se divergentes quanto às soluções e à própria definição de domínio, ou dano à propriedade, quer referente às limitações impostas pelo direito de vizinhança, quer quanto às servidões.

⁷² “1. Configuração e limitação. – Todo direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, ou até onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou seu exercício, dizem-no as regras limitativas, que são regras que traçam a estrutura dos direitos e da sua exercitação. O conteúdo dessas regras são as limitações. Aqui nos interessam as limitações ao conteúdo. O domínio não é ilimitável. A lei mesma estabelece limitações. Nem é irrestringível. A lei contém regras dispositivas de restrição e os negócios jurídicos podem restringi-lo. As mais características das restrições são as restrições reais, ditas *servidões*. Outras apenas concernem ao exercício.” Idem, p. 18.

Em apelação civil nº 67479, oriunda da Comarca de Juiz de Fora, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em voto proferido pelo então Desembargador Lúcio Urbano exprime a ideia de propriedade e limitação para a época.

“Para tanto, necessárias são as seguintes considerações: o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver (art.572 do Cód. Civil); assim não se dará se prejudicar o direito do vizinho; o prédio apelado tem as tais aberturas ou janelas rentes à linha divisória dos imóveis; a nova construção diminuirá a iluminação e a ventilação, embora não as elimine, porque procedem, também, das partes frontais e do telhado; os apelantes têm o direito de construir a parede sobre a linha divisória entre ambos os edifícios, ainda que a construção vede a claridade do confinante (§2º, do art. 573, do Cód. Civil); as restrições de vizinhança não podem ir ao ponto de tornar inaproveitável a propriedade confinante, porque feneceria inexoravelmente, o direito de propriedade; tais restrições haverão de ser impostas até o limite da normalidade jurídica, segundo **Tito Fulgêncio** (“Direitos de Vizinhança”, Forense, pág. 12) ainda que sejam janelas as referidas aberturas, não criam para o confinante o dever de abster-se de construir a menos de metro e meio, conforme **Pontes de Miranda** (“Tratado de Direito Privado”, tomo 13/398-399, § 1547); o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo sustentou que, embora exista janela, nem por isso nasce para o proprietário onerado, o dever de observar a distância de metro e meio entre os prédios, não impedindo a construção junto à divisa, ainda que ela vede a claridade do vizinho (“RJTIJSP”, vol. VI/50); idêntico ensinamento colhe-se de **Clóvis Paulo da Rocha**, ao dizer que não se impede que o proprietário construa no seu terreno, ainda que sua edificação feche as janelas abertas (“RT”203/15); de outra feita, o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que “o lapso de tempo fará precluir a pretensão de desfazimento da obra, mas não gera servidão alguma, podendo o confinante construir sobre a linha divisória de seu terreno fechando as janelas”(“RT”, 388/136); e mais “as entradas de luz excedentes às medidas previstas no § 2º do art. 573 do Cód. Civil não impedem que o proprietário do prédio confinante levante construção a menos de metro e meio, a qualquer tempo”(“RT”, 186/132).”⁷³

Lado outro, o mesmo Tribunal, decidiu na apelação nº 19.658:

“Não lhes beneficia o fato de terem adquirido o imóvel a menos de ano e dia; quando adquiriram o valho prédio e o demoliram, já a servidão do prédio estava firmada desde muito tempo, desde quando os dois prédios construídos por João Batista Braga foram vendidos e passaram a proprietários diversos, sem que esses ressalvassem em suas escrituras, que não era admitida a servidão.

É que os novos proprietários anuíram na permanência da servidão e deixaram correr o prazo prescricional fixado no artigo 698 do Código Civil, pelo qual a posse incontestada e contínua de uma servidão, por dez ou vinte anos, nos termos do artigo551, autoriza o possuidor a transcrevê-la em seu nome no registro de imóveis, servindo-lhe de título a sentença que julgar consumado a usucapião.

Ao caso dos autos não interessa aplicar o novo prazo estabelecido pela Lei 2.437, de março de 1955, que reduziu a dez e quinze anos tal prazo, porquanto desde dezembro de 1929, quando a casa da autora deixou de pertencer a Antônio Alves Teixeira, que a vendeu ao Dr. José Justiniano dos Reis, começou a correr o prazo prescricional, não de trinta anos,

⁷³ Jurisprudência Mineira, Vol. 92 – julho a dezembro de 1985, p. 350-351

como entendem os réus, mas de vinte anos, nos termos do artigo 698, já citado, e, assim, consumada a 19 de dezembro de 1949. Só em 1959, a 3 de junho, tornaram-se os réus proprietários do prédio que ficara onerado com a servidão, e contra esta situação não podem eles se opor.

De forma que, aos réus, primeiros apelantes, era defeso construir em seu terreno perturbando o uso da servidão, quase trintenária, da qual a autora, segunda apelante, vem desfrutando desde 1939. A posse dessa servidão vem de ser turbada com a referida construção e a tanto se referem as testemunhas, torna patente o laudo pericial e põem fora de qualquer dúvida as fotografias juntas aos autos. O perito, engenheiro, escolhido por ambas as partes, afirma: "As obras de construção prejudicaram, em parte, o uso das janelas do prédio da autora. Dizemos em parte, porque, realmente não houve impedimento total da entrada de luz e ar, embora a visibilidade seja praticamente nula. Isto no caso das janelas superiores, porque no caso do porão, houve completa anulação das finalidades das aberturas".

Evidente, pois, a turbação da quase-posse da servidão.⁷⁴

Como se percebe, as duas ações versavam sobre a limitação do direito de propriedade em relação aos direitos de terceiros, vizinhança, mas as decisões tomadas são dissonantes quanto à interpretação do direito.

No primeiro caso, o Tribunal levou em consideração o atributo da propriedade enquanto domínio, e a utilização plena do bem que deveria ser deferida ao proprietário, pelo simples fato de ser o titular do bem, podendo dele utilizar como desejar.

No segundo caso, percebe-se uma limitação do domínio em decorrência do direito de vizinhança, lado outro, é possível notar uma valorização do direito, no que se refere ao direito de uso, na verdade, direito de vista, que veio mesmo a impedir a utilização da propriedade na forma pretendida.

Em ambos os casos, tratava-se de servidão de luz, ou passagem de iluminação, sendo que no primeiro essa servidão não foi acatada, para no segundo ocorrer acatamento total, não se podendo definir, pela análise dos julgados, qual o padrão jurídico e a definição a ser utilizada.

Outra limitação imposta ao direito de propriedade é aquela referente ao Direito Público, como a que limita as alturas dos prédios em certas áreas e a que obriga conservação de prédios históricos.

⁷⁴ Jurisprudência Mineira, NE 1 a 6, julho a dezembro de 1963 – Ano XIV, p.59-60.

Cabe observar, contudo, que essas limitações decorrem de uma preocupação com o bem estar individual, uma garantia ao proprietário de que seus domínios não seriam turbados pelo exercício de outro proprietário.

O mandamento civil admitia, portanto, basicamente três formas de limitação ao direito do proprietário e, via de consequência, ao exercício do domínio. A primeira delas derivada do direito público, na qual foram incluídas as delimitações relativas ao direito administrativo (limitações de ordem municipal, estadual ou federal) e aquelas derivadas da ordem constitucional (desapropriação por necessidades ou utilidade pública ou por interesse social).

Finalmente, e por derradeiro, reconhecia a legislação as limitações ao direito de proprietário decorrentes de atos negociais, sendo que se diferenciam das limitações estabelecidas no direito privado posto que, apesar de os negócios jurídicos encontrarem suas bases no direito privado, a eles os proprietários se submetem voluntariamente, sob pena de perda da eficácia do próprio negócio jurídico (princípio da livre manifestação da vontade).

Do conjunto legal relativo ao Código Civil de 1916, percebe-se extrema preocupação com as definições de bens, obrigações e transmissão de direitos. Quanto às pessoas, contudo, o Código limitava-se a descrevê-las, tanto as naturais quanto as jurídicas, posto considerá-las como meros sujeitos do direito, aqueles que faziam circular os bens. Nesse ponto, vale trazer razões daquele que projetou a legislação codificada:

Do ponto de vista do objecto, e atendendo aos seus caracteres preponderantes, as relações de direito civil distribuem-se, naturalmente, em quatro categorias; as de família; as de propriedade com as suas modificações; as das obrigações de ordem econômica; e as da sucessão legítima ou testamentária.

Estes grupos de relações não esgotam, porém, o corpo do direito civil, pois é necessário attender; 1º, a que, nas relações de direito, ha um sujeito (a pessoa); um objecto (os bens); e um nexu que une e submete o segundo ao primeiro (as relações de direito).⁷⁵

Não havia uma maior preocupação com o homem quanto seu bem estar e sua importância social, como ente participante e efetivo da sociedade, portanto, influenciando diretamente nas relações e na vida social. Basta lembrar que a mulher, após casar-se e enquanto durasse o casamento, era considerada relativamente capaz, perdendo, portanto a capacidade anteriormente existente, com base em uma suposta manutenção da família, uma

⁷⁵ BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por**. Vol.I, 3 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 85.

vez que diante da estrutura social da época a mulher deveria subordinar-se aos desejos de seu marido na manutenção do lar.

A preocupação com a individualidade e a garantia da propriedade como bem liberto de restrições na ordem social, limitada apenas pelas regras de direito objetivo ou pelos negócios jurídicos, sustentou a aplicação do direito, por muitos anos alicerçados na liberdade de contratação, que se justificava pela autonomia da vontade, e, sobretudo, pela falta de limites ao poder do proprietário.

Paulatinamente, algumas concepções foram sofrendo modificações, até que em 1988 foi promulgada a Constituição Federal do Brasil, tida como a mais social das constituições até então vigentes, trazendo em seus artigos direitos humanos fundamentais e garantias que, em seu conjunto, tornavam efetiva a *dignidade da pessoa humana*, obrigando os legisladores infraconstitucionais a atuar na mesma seara.

Os direitos sociais, elevados a nível constitucional, trouxeram ao debate situações anteriormente afastadas dos diálogos populares e a divulgação da assembléia constituinte fez nascer o interesse nacional na formação e no conteúdo constitucional.

Ocorreu uma mudança no cerne do debate no direito pátrio, que se modificou e transmutou-se em uma esfera de preocupação com a realidade dos fatos como concebidos na sociedade. Uma preocupação com a isonomia material, pois que a igualdade legal já não satisfazia as necessidades da sociedade, nem era capaz de garantir a *dignidade da pessoa humana*.

O liberalismo, até então imperante, começa a ceder lugar a uma humanização do direito, fazendo mais importante o ser humano que o bem. O *ser* passou a existir com mais proeminência que o *ter*^{76,77,78}. A fundamentação jurídica deslocou o foco, elegendo a

⁷⁶ “O “ter”, neste momento histórico de hegemonia dos valores liberais da burguesia, é um elemento de paridade em oposição ao “ser”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16.

⁷⁷ Teresa Negreiros traz em nota de rodapé ensinamento sobre a consideração da pessoa enquanto sujeito de direito e objeto de direito, que devido ao sentido esclarecedor vale trazer ao assunto. “Acerca desta redução da pessoa ao indivíduo, sujeito de direito, capaz de direito e obrigações – um reducionismo que hoje não mais se concilia com a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana –, são preciosas as palavras de Judith Martins-Costa: “Submergia a ideia de ‘pessoa’ na de ‘indivíduo’ (ao senso ‘egoísta’ do termo) e não-visualizada a de ‘personalidade’ pela preeminência do conceito técnico de ‘capacidade’, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o ‘ser pessoa’ com o ‘ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações’. Em outras

dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial como valores máximos a serem tutelados juridicamente pelo legislador e pelo exegeta.

Nessa égide surgiram legislações que procuravam moldar a igualdade e a liberdade de participação nas relações jurídicas, dentre as quais podemos destacar o Código de Defesa do Consumidor⁷⁹. Não obstante, permanecia em vigor o Código Civil de 1916, com suas tendências liberais e trazendo diferentes interpretações e limitações às novas formas de visualização do direito.

As relações sociais, entretanto, começavam a ganhar força contra as determinações individualistas do liberalismo. O momento social havia se modificado, o liberalismo já fora enfraquecido e os movimentos políticos e sociais que a ele se confrontaram também desapareceram (socialismo, anarquismo, governos “fortes”), ainda que filosoficamente e doutrinariamente pudessem persistir.

O direito não poderia deixar de sofrer as influências dessas modificações sociais e de interpretação das relações sociais. Havia urgente necessidade de adaptação aos novos paradigmas e, nesse momento, apesar de um projeto já de vários anos, com as devidas remodelações, ainda que acanhadas, surge o Código Civil de 2002.

3.2 - DIREITO CIVIL BRASILEIRO COMO RELAÇÕES EXISTÊNCIAIS

Diante do contexto social realizado e mesmo da efetividade de normas eminentemente sociais, como o Código de Defesa do Consumidor, não poderia o direito civil permanecer inerte: exigia-se que fosse reformulado não apenas o Código Civil, mas, sobretudo, a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da ideia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito “ (“Os danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação”, in Judith Martins Costa (org.), *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.408-446, p. 411).” Ibidem.

⁷⁸ “Em uma palavra, assiste-se ao que a historiografia das revoluções científicas denomina “ corte epistemológico “ ou “ mudança de paradigma”. Idem, p. 41

⁷⁹ “Entre nós, a promulgação da Lei 8.078/90 (o chamado Código de Defesa do Consumidor - “CDC”) representa o marco da “ mudança de mentalidade “ relativamente ao direito contratual contemporâneo, consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional (a começar pelo princípio da defesa do consumidor, previsto no artigo 170,VV,CF) sobre as relações contratuais de consumo.” Idem, p. 27.

Uma exegese baseada em fórmulas de aplicação da lei ao caso concreto, sem uma pesquisa fática e jurídica das interrelações dos litigantes e das situações de ambos no momento de realização dos negócios jurídicos e assunção de obrigações não mais seria aceita positivamente.

O ser humano agora se encontrava juridicamente inserido em uma sociedade⁸⁰, era dela efetivo participante e, como tal, possuía direitos que lhe deveriam ser assegurados pelo Estado, mas também possuía obrigações que poderiam ser consubstanciados no proceder, na atuação nos negócios realizados e na obrigatoriedade de proceder com boa fé.

O direito tendia a tornar-se mais democrático e constitucionaliza-se. Não apenas no que diz respeito aos direitos individuais do artigo 7º da Carta Magna Brasileira, mas, sobretudo, em uma dimensão constitucional macro nos quais se funda a República Federativa do Brasil enquanto estado democrático de direito e no que vem descrito no artigo 1º da Constituição da mesma República.

A dignidade do ser humano não pode mais ser delegada a um segundo plano jurídico, mas também não pode ser obrigação apenas de terceiros, devendo pautar a conduta do indivíduo, também, em patamares de preocupação com o engrandecimento social, sendo, pois, titular de direitos e, conseqüentemente, sujeito de obrigações em relação à sociedade⁸¹.

⁸⁰ “A autora ao tratar do que denomina *PARADGMA DA ESSENCIALIDADE* e definir a nova ordem constitucional, traz ensinamento de HELOISA HELENA BARBOSA da obra *PERSPECTIVAS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO PARA O PRÓXIMO SÉCULO*, publicado na Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999, p27-39.p.33. “necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que respeita às relações privadas: substitui-se a ótica liberal, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro da estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades como tal. *O patrimônio deixa de ser eixo da estrutura social*, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: *o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio*”. Idem p. 32.

⁸¹ “Nesta perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. Apenas para que tal aspecto não fique sem referência, visto que não será objeto de desenvolvimento, aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, embora inerente às democracias constitucionais já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder.” SARLET, Ingo

Conjuga-se o direito e a interpretação do direito tendo os princípios de Direito Civil, como a força probante e obrigacional dos contratos, com princípios de ordem constitucional, dentre os quais se destacam a cidadania, a *dignidade da pessoa humana*, o trabalho e a livre iniciativa.

O grande desafio do jurista passa a ser equilibrar os interesses individuais, normalmente egoístas e derivados de um convívio filosófico liberal, com a imposição necessária a um ideal social, limitar a liberdade em proveito dos interesses sociais, sem, no entanto, retirar as liberdades individuais, possibilitando que essa imposição não destrua o pluralismo social e os ideais democráticos^{82,83}.

A Constituição e o Código Civil deixam de ser legislações com funções e características diferentes, e passam a ser entendidos como integrantes de um mesmo sistema jurídico. O mandamento civil não rege apenas as relações privadas, mas atua nesta relação de forma a possibilitar a integração das metas nacionais, descritas na Carta Magna que, por sua vez, deixa de limitar-se à regulamentação das relações dos particulares com o Poder Público, para ditar princípios normativos e parâmetros para a concussão de objetivos sociais e democráticos delineados em seu texto^{84,85}.

Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

⁸² “Es importante precisar que el principio: la “función social de la propiedad”, que en su esencia limita el derecho de propiedad, nació en el siglo pasado al calor de los cambios sociales ocurridos en el mundo capitalista por la influencia del pensamiento socialista. En América Latina, la Constitución mexicana de 1917 le otorgó rango constitucional, originando lo que se denomina “Constitucionalismo de los Derechos Sociales”, superando el “Constitucionalismo Liberal” que configuraba solo un sistema de derechos y garantías individuales. Nuestra Constitución de 1999 recoge el legado del Constitucionalismo Democrático y de los Derechos Sociales, y se distancia radicalmente del liberalismo económico, base fundamental del neoliberalismo.” JAVIER Biarreau R, disponível em <http://www.aporrea.org/ideologia/a62870.html>, acesso em 11/03/2012.

⁸³ “O contraste direitos sociais e liberdade veio, porém, a suprimir-se com o advento de uma concepção de liberdade real, expressa pela referência ao homem-pessoa, em substituição ao homem-indivíduo. Provido de novas dimensões, oriundas de sua inserção no meio social, esse homem entrou a ser a um tempo sujeito e objeto, e não apenas objeto, como a antiga concepção dos direitos fundamentais parecia inculcar.” BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

⁸⁴ “O paralelismo entre o direito civil e o direito constitucional fica representado pela existência de duas “Constituições”: ao lado da Constituição dirigida à disciplina da vida pública, o Código Civil era concebido como a “Constituição da vida privada”, baseada na propriedade e no contrato: “... a propriedade privada e o contrato, que constituíam as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, a ‘constitucionalizar’ certa concepção da vida econômica, ligada, como é notório, à ideia liberal”.

Na sociedade contemporânea, o paralelismo acima referido dá lugar à convergência. Nas palavras de Ingo Von Münch: “*Uma vez desmoronado El dique que, según la doctrina separaba El Derecho constitucional*

Não se pode ocultar que esse momento de socialização jurídica não é regionalizado nem específico de nosso direito, mas atende a uma concepção mundial e a uma conversão para o entendimento da função do direito na sociedade em geral, de onde não se poderia afastar o texto que, doutrinariamente, sempre foi considerado como Lei Maior, mas que apenas agora, alcança tal entendimento quanto à aplicabilidade jurídica.

É bem verdade que tal aplicabilidade das normas constitucionais ao direito infraconstitucional, como se pretende na atualidade, apenas foi possível em decorrência de uma modificação que se operou nos estudos constitucionais. Foram incluídos nos textos constitucionais modernos artigos e princípios dantes não imaginados. Deixava a Carta de tratar apenas de preceitos administrativos, de teoria geral do Estado e de obrigações negativas entre particulares e Estado, para trazer em seus textos obrigações positivas, direitos a serem garantidos pelo Estado em relação aos particulares, bem como entre os particulares nos relacionamentos sem a presença do Estado.

Os denominados direitos fundamentais tornam-se direitos dos particulares, passíveis de exigência contra o Estado, obrigando os poderes constituídos ao respeito e garantia dos mesmos, significando um novo foco do direito constitucional, tornando-o mais operante e inserindo-o na vida privada, obrigando o exegeta à observação de dispositivos constitucionais, mesmo quando o debate ocorra dentro do direito privado.

Passaram as Cartas Constitucionais, e a brasileira não foge à regra, a tratar de circunstâncias comuns à vida humana, hora procurando reparar as diferenças em relação ao sexo, hora com atenção especial às necessidades de períodos da evolução humana, como as

Del derecho privado, los derechos fundamentales se precipitaron como una cascada em El mar Del Derecho privado.” NEGREIROS. 2006, p. 49

⁸⁵ “ Tal concepção, à evidência, aplica-se também no nosso constitucionalismo, igualmente caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que – como já frisado – erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito, como, de resto, já tem sido amplamente sustentado também no âmbito da doutrina pátria. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com seu texto – pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa humana, por excelência, ainda que não raras vezes esse dado venha a ser virtualmente desconsiderado.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 92.

crianças e os idosos, hora com atenção a momentos de crise da mesma evolução do ser humano⁸⁶.

Os princípios insculpidos na Carta Constitucional passaram a ser observados como força normativa, e daí obrigaram a uma nova interpretação jurídica. As leis infraconstitucionais receberam, também, um tratamento menos generalizante, obrigando o interprete a uma análise individualizada de cada situação, trazendo um reordenamento valorativo ao direito, principalmente ao direito civil, para nele fazer incluir os ordenamentos principiológicos constitucionais.

3.3 - PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Com as determinações constantes da Constituição da República Federativa do Brasil, os ideais sociais foram sendo incorporados ao direito civil. Consagrando a funcionalidade da propriedade e o caráter pessoal (*homo societas*), surgiu o Código Civil de 2002, que vigorou a partir de 2003, desta feita não deixando, desta feita, margem de dúvida sobre o caráter social do direito civil e da interpretação que se lhe deveria aplicar.

Já o artigo 5º, inciso XXII da Constituição da República Federativa do Brasil garante a propriedade como direito, e no inciso XXIII está declarada a funcionalidade da propriedade

Nesse sentido, a partir de ideais democráticos carreados ao ordenamento civil foi possível uma nova visão da propriedade, pela qual lhe foi atribuída uma função social, fazendo mesmo constar do artigo 1228, parágrafo primeiro, do Código Civil que:

“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

⁸⁶ “Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc.” NORBERTO BOBBIO, **A era dos direitos**, trad. Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.62-62, apud NEGREIROS, p. 54.

ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”⁸⁷

Questão conturbada no direito refere-se à limitação do exercício da propriedade em decorrência de sua função social; debate pertinente apenas pela construção jurídico histórica

⁸⁷ “ Función social de la propiedad

El tribunal señala que *los tratadistas están contestes en que hoy día no puede concebirse el derecho de propiedad sin una función social, la que es absolutamente inherente al derecho*. En esta parte, los sentenciadores no hacen sino recoger el planteamiento mayoritario de la doctrina extranjera (especialmente alemana y española) y chilena⁵, la que de algún modo ya he comentado en artículos anteriores⁶.

Al respecto, señalábamos que la importancia de considerar a la función social como inherente o perteneciente al *escenario interno* del derecho de propiedad, radica en el hecho que la propiedad puede ser intervenida por el legislador, para la consecución de objetivos sociales, sin que sea procedente indemnizar al propietario por dichas intervenciones a su derecho. Esa indemnización es rechazada, por cuanto la intervención sobre la propiedad no es un fenómeno extraordinario ni proviene de su *mundo externo*, sino que nace de su seno. Hablábamos que el concepto más apropiado para referirse a esta configuración e intervención sobre la propiedad era el de *delimitación*, contraponiéndolo al de *limitación*. Pero ¿hasta dónde puede llegar el legislador interviniendo el derecho de propiedad en virtud de su función social y sin indemnización? La frontera de intervención normal y a costo del propietario estaría dada por la denominada *esencia* del derecho de propiedad. Traspasada dicha *esencia*, nos alejamos de la función social y entramos en el concepto de *expropiación*, la que, para que sea legítima, tiene que cumplir con todos los requisitos contemplados en el artículo 19 N° 24 inc. 3° de la Constitución, incluida una indemnización previa y en dinero al propietario. La configuración de la *esencia* del derecho de propiedad la veremos más adelante.

Conservación del patrimonio ambiental

Los sentenciadores señalan que *por ley se puede establecer los mecanismos necesarios para que la propiedad no llegue a constituir un obstáculo para el progreso o para que no sea causa del deterioro o menoscabo del patrimonio ambiental*. En efecto, en este caso, se le impusieron las obligaciones al derecho de propiedad de la recurrente, para la *conservación del patrimonio ambiental*.

¿Qué debemos entender por *conservación del patrimonio ambiental*? Al respecto, ya la Corte Suprema, en reiteradas ocasiones⁷, ha señalado que:

El patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistema ecológico de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven.

Por otra parte, hoy en día es la propia ley (Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, artículo 2° letra b)) la que define el concepto de *conservación del patrimonio ambiental*, señalando que es:

El uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración.

De acuerdo al concepto dado por la Corte Suprema y por la propia ley -en este último caso entendiendo que la fauna es un componente del medio ambiente- las ovejas de la recurrente quedarían comprendidas dentro del patrimonio ambiental, y son constitucionales aquellas medidas que limitan el derecho de propiedad, en virtud de su función social, para la conservación y protección de dichos animales, sean estos considerados como meros recursos naturales (como ocurre en la especie) o animales de importancia cultural (como podría serlo el huemul), o bien considerados importantes para la estabilidad de un ecosistema.” BORDALI SALAMANCA, Andrés. La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1998, vol.9 supl. [citado 11 Marzo 2012], p.153-172. Disponible en la World Wide Web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950, Acceso em 11/03/2012 .

de que o domínio é ilimitado, podendo o proprietário utilizar o bem como lhe aprouver, ou até deixar de utilizá-lo⁸⁸.

Contudo, hodiernamente, não se pode visualizar a utilização da propriedade com fincas em uma função social apenas como limitação, mas, também, como garantia de continuidade, posto que mesmo a terra improdutiva pode cumprir sua função social, como ocorre naquelas destinadas à preservação do meio ambiente⁸⁹.

As limitações derivadas da funcionalidade (função social) da propriedade, cujas delineações foram traçadas, enumerativamente, no artigo 1228 do Código Civil (supramencionado), contudo, de alcance muito mais amplo, já estavam definidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente nos artigo:

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: inciso XXII - é garantido o direito de propriedade; e XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Na mesma linha de funcionalidade da propriedade estão os artigos da Constituição da República Federativa do Brasil, que determinam:

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: inciso III função social da propriedade; o artigo 182: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, parágrafo 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor

⁸⁸ MARÉS. 2003, p. 26.

⁸⁹ Idem, p. 91.

Art 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores., todos do mandamento constitucional.

Diante de tais argumentos, parece claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi além do dirigismo⁹⁰ entre relações dos poderes públicos com os particulares, passando a regular mesmo os atos anteriormente destinados apenas ao Direito Civil, determinando o interesse público nas relações privadas que passou a limitar, quando colocados em risco interesses sociais mais amplos^{91,92}.

Não se trata de um dirigismo ou intervencionismo Estatal nas questões privadas, mas de uma limitação da liberdade de contratar, quando no exercício dessa liberdade puderem ocorrer danos a direitos difusos, ou mesmo atentado contra direitos de terceiros.

⁹⁰ Entenda-se dirigismo como a organização política e legislativa da Constituição sobre as normas infra constitucionais, sem no entanto uma aplicação direta no direito privado.

⁹¹ "O processo de constitucionalização do direito civil implica em substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social." NEGREIROS. 2006, p. 11.

⁹² "Antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, Francisco Amaral já alertava sobre as tendências do direito civil contemporâneo, a saber.

I) *Interpretação crescente do direito civil com o constitucional* e a consequente superação da clássica dicotomia direito público – direito privado;

II) *Personalização do direito civil*, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição. É o personalismo ético da época contemporânea.

III) *Desagregação do direito civil*, face ao surgimento de ramos jurídicos autônomos, que se formam devido à complexidade das relações jurídicas. Por exemplo, direito imobiliário, direito bancário, direito previdenciário, etc.

IV) *Reservas à codificação*. O Código Civil deixa de ser o "estatuto orgânico da vida privada", em virtude da necessidade da releitura do Código Civil à luz dos princípios constitucionais;

V) *Surgimento dos microssistemas jurídicos*. É a chamada "Era dos Estatutos" que surgem para disciplinar temas específicos." MELLO, 2009a, p. 25.

Tal preocupação mostra-se nitidamente no artigo 186 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dentre os requisitos para satisfação da *função social da propriedade* rural traz questões de ordem ambiental, e de cunho trabalhista⁹³.

A atribuição de uma *função social da propriedade*, a partir da Carta Política de 1988, passou a ser condição ou requisito definidor de possível desapropriação para fins de reforma agrária, como se verifica no artigo 184 do diploma, que afirma:

“Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, **o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social**, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”⁹⁴

Em decorrência do que se encontra estatuído no artigo 185 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde se lê: “São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária”, inciso II “a propriedade produtiva”, ocorreram, nos tribunais, entendimentos de que a produtividade supre a *função social da propriedade*, inviabilizando mesmo a desapropriação de áreas produtivas.

Tal entendimento contrasta com o que está posto no parágrafo único do mesmo dispositivo Constitucional, que estabelece “a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social”.

⁹³ “O art. 186 estabelece os requisitos segundos os quais a propriedade rural atende à sua função social: “I. aproveitamento racional e adequado; II utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores.” O preceito, como se vê, condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmo trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.” TEPEDINO, 2008a, p. 328.

⁹⁴ “ADMINISTRATIVO – INCRA – PROPRIEDADE RURAL – RELATÓRIO AGRONÔMICO DE FISCALIZAÇÃO – LEGALIDADE – A vistoria que a equipe técnica do INCRA elaborou com Relatório Agronômico de Fiscalização objetiva desapropriação para fins de reforma agrária, que só poderá ser efetivada quando caracterizado o descumprimento da função social da propriedade rural. Tal Relatório Agronômico de Fiscalização foi acompanhado por engenheiro agrônomo e por um administrador, conclui-se que era do conhecimento do proprietário a realização da vistoria, visto que o próprio impetrante indicou um profissional de sua confiança para acompanhá-la. (TRF 4ª R. – AC 2008.70.00.013540-0 – 3ª T. – Rel. Fernando Quadros da Silva – DJ 19.05.2010)v87”

Como se verifica, não basta a produtividade, é necessário que a função social seja efetivamente realizada⁹⁵.

Dessa forma, o exercício da propriedade apenas se configura legítimo quando realizado de forma a beneficiar a sociedade como um todo.

O exercício da propriedade como poder absoluto contra o qual ninguém pode opor-se foi perdido junto com os ideais liberais, para atingir um novo delineamento, no qual o interesse social e alheio ganham contornos tão importantes quanto os do proprietário.

A propriedade e o exercício da mesma exigem um atuar em favor da sociedade, representando uma obrigação comissiva, imposta juridicamente, não bastando abster-se de certos atos, pois é preciso mais do que isso para a conformação da propriedade sobre o novo viés funcional⁹⁶.

Quando o proprietário deixa de atuar de forma favorável aos direitos difusos, ou deixa de atender aos interesses coletivos, ou mesmo utiliza-se da terra de forma injusta ou ilegal, tendo o dever de assim agir por força da *função social da propriedade*, deixa de exercer a posse de forma legítima, ainda que a exerça com todos os requisitos de ordem legal (titularidade, posse, domínio), pois não atende a requisito constitucional legitimador, qual seja a *função social da propriedade*⁹⁷.

⁹⁵ “A luz, todavia, dos princípios constitucionais e “dos objetivos da República”, a objeção não colhe. A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização da sua função social. O conceito de produtividade vem definido na Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar a sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos – constitucionalmente estabelecidos – da República. Em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumprir a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária.” TEPEDINO. 2008a, p. 331.

⁹⁶ “A esse respeito EROS ROBERTO GRAU afirma que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.” MELLO, 2009a, p. 55.

⁹⁷ “Como elemento interno do domínio, a função social é responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical.

Não basta, portanto, uma conduta passiva do proprietário no sentido de não destruir o meio ambiente, ou não desrespeitar os direitos de terceiros, é preciso também uma conduta ativa, no sentido de utilização da propriedade e efetivação de ações capazes de promover a sociedade⁹⁸.

E é nesse contexto social que até mesmo os direitos de vizinhança sofreram drástica modificação, tanto na ordem positiva quando na aplicabilidade, o que também se observa na ordem condominial, principalmente quando o interesse social houver que prevalecer⁹⁹.

O que advém dessa *funcionalidade* é que a propriedade deixa de ser utilizada como direito individual, capaz de reprimir direitos alheios na garantia das condições mais adequadas aos interesses do proprietário.

Partindo do princípio que o direito apenas tem finalidade se consubstanciado na garantia da pacificação social, seu maior objetivo, há muito reclamava a correção desse direito subjetivo, adequando-o à coletividade, obrigando o proprietário a utilizar-se do bem em atendimento e respeito aos direitos alheios^{100,101}.

A propriedade privada, pois, como direito subjetivo, deve ser analisada em seus dois aspectos, o estrutural e o funcional. Se o proprietário, por exemplo, não preserva o meio ambiente, o direito de propriedade começa a perder a sua legitimidade funcional porque, segundo o artigo 186 da Constituição, a função social só é atendida quando – e agora o Código Civil o prevê expressamente – se respeita o meio ambiente.” TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158.

⁹⁸ “Ora, desta forma, a *função social* é, pois, um elemento conformador de uma nova configuração do direito de propriedade privada.

Daí é possível afirmar que o direito de propriedade não é mais um direito absoluto (já que sofre limitações cada vez maiores), se não deve ser compreendido na sua dimensão existencial, inserido em sua historicidade (conforme *Dasein* heideggeriano). O direito de propriedade deve ser visto a partir de sua própria funcionalidade.” MELLO. 2009a, p. 172-173.

⁹⁹ “Na hipótese de o condômino não melhorar a sua conduta, insensível às punições pecuniárias, o Código não prevê uma solução definitiva, sendo certo que, em alguns casos, a pena pecuniária, só por si, não se mostra suficiente a solucionar o problema. Assim ocorrendo, afirma-se que nada mais poderá fazer, alegando-se dentre outras razões, que a exclusão do condômino anti-social violaria o direito de propriedade.

Entretanto o interesse coletivo deve prevalecer sobre o individual, e a função social da propriedade autoriza a restrição, imposta pela Assembléia, nestes casos, à utilização pelo condômino anti-social de certas áreas do condomínio, ou até mesmo a proibição de seu ingresso no imóvel. Ter-se-ia, neste caso, uma situação peculiar em que o proprietário, embora titular do domínio, estaria privado do direito de freqüentar o seu imóvel, em razão de sua conduta reprovada pelos demais condôminos. Tal medida extrema, só será legítima se respeitar o direito de defesa e o devido processo legal, sendo aplicação última do sistema progressivo de sanções por parte do condomínio, justificável como meio de preservar o convívio social entre os demais co-proprietários.” Idem. p.167-168.

¹⁰⁰ “Em uma sociedade solidária, todo e qualquer direito subjetivo é funcionalizado para o atendimento de objetivos maiores do ordenamento. Nos dizeres de PERLINGIERI, o sistema apenas legitima a satisfação dos interesses particulares à medida que o seu exercício seja preenchido por uma valoração socialmente útil.

Decorre que, ao limitar-se um direito, essa limitação opera-se tanto para impedir ações, como para possibilitar que agressões sejam repelidas. Logo, serve como garantia à propriedade^{102,103}.

A função social é um princípio que opera um corte vertical em todo o sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele se serve e qual papel ele desempenha. Atualmente cogita-se de uma função social das obrigações de família e de outros modelos do Direito Privado.

No direito das obrigações a função social é esquadrinhada pela atenuação do princípio da relatividade. Vale dizer, os negócios jurídicos produzem efeitos também para terceiros e para a sociedade, sendo necessária a imposição de deveres anexos de cooperação e proteção das partes em prol de terceiros (art. 421, CC). Na recíproca, a sociedade também pode cooperar com os contratantes, havendo um dever geral de abstenção no sentido de ser vedado a um terceiro a prática de atos que frustrem a execução de uma relação negocial em andamento.” FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais**. Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 236-237.

¹⁰¹ “Paulatinas transformações ocorreram em tal cenário nos últimos cem anos, sendo que um dos últimos capítulos coincide com a implantação de uma tábua de valores constitucionais, apta a exigir uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizado agora à promoção da dignidade, solidarismo e igualdade substancial. A urgência se revela na determinação da preponderância da pessoa em relação ao patrimônio. Sendo a Constituição o centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia público/privado, pois não mais existem espaços imunes ao alcance de parâmetros normativos substancialmente mais justos.

Assim, a dignidade da pessoa humana assume um papel de defesa da integridade humana em dois planos: a) tutelando as situações jurídicas de personalidade de modo a preservar estes bens jurídicos intrínsecos e essenciais; b) situando a missão de parte do patrimônio, justamente na preservação das condições materiais mínimas de humanidade, o chamado patrimônio mínimo.” Idem. p. 43.

¹⁰² “Diante de tais reflexões críticas, construiu-se o entendimento de que a função social da propriedade consiste em elemento interno do direito de propriedade, aspecto funcional que integra o conteúdo do direito, ao lado do aspecto estrutural. A partir daí, transforma-se a concepção segundo a qual o proprietário deteria amplos poderes, limitados apenas externa e negativamente, na medida em que o legislador imponha confins para o exercício regular do direito. Diversamente, os poderes concedidos ao proprietário adquirem legitimidade na medida em que o exercício concreto da propriedade desempenhe função merecedora de tutela, tendo em conta os centros de interesse extra-proprietários alcançados pelo exercício do domínio, a serem preservados e promovidos na relação jurídica da propriedade, como expressão de sua função social.

O Constituinte, portanto, ao inserir a propriedade privada no rol das garantias fundamentais, ao lado do atendimento de sua função social (art. 5º , XXII e XXIII), condicionou a legitimidade da atuação do proprietário, como expressão do direito fundamental, ao atendimento, no caso concreto, dos interesses sociais e existenciais alcançados pelo exercício dominical. Trata-se, de fato, de técnica eficiente para conferir eficácia à função social da propriedade privada, pois impõe ao proprietário, ao lados dos poderes que lhe são conferidos, cuja estrutura está garantida no *caput* do art. 1.228 do Código Civil, o dever de promover interesses socialmente relevantes, dentre os quais se afigura prioritária, na ordem constitucional, a proteção ambiental.

Verifica-se, assim, alteração radical da dogmática tradicional da propriedade, compreendendo-se a função social não já como limitação externa, contraposta à liberdade (supra legislativa e sagrada) do proprietário, mas como fator de legitimidade do exercício da própria liberdade, qualificando-a e justificando a atuação do proprietário. A função social torna-se, então, “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito”. TEPEDINO. 2009, p. 187.

¹⁰³ Há tempos o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil exalta que “a lei atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”. O bem comum é justamente o interesse social em que a propriedade seja solidária e conformadora de garantias fundamentais. Conformar não significa limitar, restringir, mas conciliar duas ideias a princípio distintas. Trata-se de um ônus social que recai sobre qualquer tipo de propriedade, em

Nesse sentido, o artigo 1277 do Mandamento Civil em vigor, é claro ao determinar que: *“o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”*.

Esses limites, principalmente no que concernem ao sossego, possuem cunho subjetivo¹⁰⁴, e levam em consideração a média dos homens, os costumes locais, as funções das propriedades e os locais onde se encontram¹⁰⁵.

maior ou menor grau. Porém a interferência do governo na vida do indivíduo será realizada dentro do mínimo necessário para inibir o exercício abusivo da propriedade ou atender as necessidades fundamentais da população.” FARIAS. 2011, p. 243.

¹⁰⁴ “Il problema di fondo consiste nell’indeterminatezza dell’espressione “funzione sociale”, che deve essere valutata ed apprezzata in primo luogo dal legislatore. In una sentenza della Corte Costituzionale del 1964 si rileva che “l’identificazione degli interessi da soddisfare e dei mezzi e dei sacrifici da imporre, ai fini dell’utilità generale, spetta al Parlamento alla cui sensibilità è affidato il compito di determinare nei vari momenti della vita della collettività quali siano le esigenze e i mezzi nel quadro e nei limiti dei precetti costituzionali” (p. 321). Ma la Consulta non si è limitata ad un generico richiamo al legislatore, e negli anni sessanta e settanta ha proposto letture sempre attente agli interessi in gioco. Il dibattito intorno al significato della funzione sociale è proseguito fino ai nostri giorni, sebbene con forme e toni meno accorati. Si è acquisita la coscienza del difetto di prospettiva in cui si è incorsi per lungo tempo quando si tendeva a ridurre il senso di tale espressione ai soli limiti della proprietà. In realtà, come osserva Pietro Perlingieri, “in un sistema ispirato alla solidarietà politica, economica e sociale e al pieno sviluppo della persona (art. 2 Cost.) il contenuto della funzione sociale assume un ruolo di tipo promozionale, nel senso che la disciplina delle forme proprietarie e le loro interpretazioni dovranno essere attuate per garantire e per promuovere i valori sui quali si fonda l’ordinamento” (p. 342). Posta questa premessa, si ripercorre il tema della natura della funzione sociale intesa come limite, e si dimostra di aderire all’opinione per cui essa costituirebbe un elemento che contribuisce a disegnare la struttura della relativa situazione soggettiva (p. 347).

Un disinganno forse più amaro sembra emergere dalle pagine di Antonio Gambaro, secondo cui “vi è materia per sospettare che la funzione più importante svolta dalla formula costituzionale sia stata quella di persuadere la dottrina ad abbandonare le visioni della proprietà privata che non erano, se sono state mai, adeguate alla realtà normativa e a quella che si coglie nelle prassi amministrative e negli indirizzi giurisprudenziali” (p. 355). In realtà, prima di pervenire a siffatte conclusioni, Antonio Gambaro esprime una preferenza per l’opinione che su questo punto aveva manifestato Salvatore Pugliatti, secondo il quale la formula costituirebbe una “sintesi di tutte le metamorfosi che la proprietà aveva subito a partire dai codici ottocenteschi per impulso della legislazione speciale” (p. 352). Quindi riprende le diverse posizioni che nel corso degli anni hanno dominato la scena: da quelle più marcatamente ideologizzate, a quelle maggiormente ispirate dalle istanze avanzate dall’analisi economica del diritto.” ALPA Guido, **Poteri dei privati e statuto della proprietà**. Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=5332>, acesso 11/03/2012.

Tradução livre: O problema básico consiste na incerteza da expressão “função social”, que deve ser avaliada e apreciada pelo Legislativo, em primeiro lugar. Em uma decisão do Tribunal Constitucional de 1964 constatou-se que “a identificação de interesses a serem cumpridos e os meios e os sacrifícios a impor, para os fins de utilidade geral, devem ser fixados pelo Parlamento, a quem é confiada a tarefa de determinar nos vários momentos da vida em comunidade quais são as necessidades e os meios no âmbito e nos limites dos preceitos constitucionais” (p. 321). Mas a visão não era apenas uma referência geral para a legislatura, e nos anos sessenta e setenta foi sugerida leituras sempre atentas aos interesses em jogo.

O debate sobre o significado da função social tem continuado até hoje, embora com diferentes formas. Adquiriu a consciência da falta de perspectiva na qual ela foi constituída por um longo período de tempo quando

Extrapolam, pois, os limites do sossego e, portanto garantem ao proprietário o direito de reivindicar a cessação do incômodo, cabendo, então, delinear o que seja incômodo.

Esse conceito irá variar conforme a região, as finalidades das propriedades, a eventualidade do evento e a quantidade de intromissão^{106,107,108}.

se tendeu a reduzir a sensação de que a expressão servia apenas para os limites da propriedade. De fato, como observou Peter Perlingieri, "em um sistema baseado na solidariedade política, desenvolvimento econômico e social e pessoal (artigo 2º da Constituição) o conteúdo da função social serve como um tipo de promoção, no sentido de que disciplina formas de utilização da propriedade e suas interpretações, que serão aplicadas para garantir e promover os valores que sustentam a lei" (p. 342). Dada essa premissa, ele traça o tema da natureza da função social entendido como um limite, e mostra-se a aderir à opinião de que seria um elemento que ajuda a desenhar o contorno de sua situação externa, (p. 347).

A decepção talvez mais amarga parece emergir das páginas de Antonio Gambaro, onde se lê "não há dúvida que a função mais importante desempenhada pela fórmula constitucional é a de abandonar a doutrina da propriedade privada cujas interpretações jamais foram adequados à legislação existente e ao que é encontrado na jurisprudência e práticas administrativas" (p. 355). Na verdade, antes de chegar a tais conclusões, Antonio Gambaro manifestou sua preferência para o entendimento que sobre este ponto tinha mostrado Pugliatti Salvador, segundo a qual a fórmula seria uma "síntese de todas as transformações que a propriedade sofreu a partir dos códigos do século XIX impulsionadas pela legislação especial" (p. 352). Em seguida, retoma as diferentes posições que ao longo dos anos tem oferecido sobre o tema: Da mais marcadamente ideologia aqueles inspirados pelas exigências feitas em uma análise econômica do direito."

¹⁰⁵ "Os estudiosos do tema elegem como fundamento das limitações impostas pelos direitos de vizinhança, em consonância com o novo Código Civil, o uso anormal da propriedade: aquele que estaria em contraste com os usos e costumes locais e ainda cuja interferência ferisse o princípio da tolerância. A aferição de tal anormalidade deveria ser feita não em relação a um ou outro sujeito em especial, mas com relação a um tipo ideal, constituído pelo homem médio, que previsivelmente sentir-se-ia incomodado pela ação do vizinho, observando-se ainda, como determina o artigo 1277 parágrafo único do Código Civil, os limites ordinários de tolerância." CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 676.

¹⁰⁶ "O princípio da tolerância vê no outro não o limite à individualidade, não uma oposição à total liberdade de agir da forma como aprouver daquele que detém um determinado direito, mas percebe o semelhante como aquele que justifica a própria liberdade individual, que a torne justificável e concorde com o Direito. Tolerar significa aceitar, até determinado grau, um comportamento que na hipótese estudada interfere no direito de propriedade, mas dentro dos limites do razoável." Idem. p. 676.

¹⁰⁷ "De mais a mais, a diversidade de valor cognitivo que assumem as categorias jurídicas parece indiscutível, tendo sido relevado, em fundamental contribuição sobre o tema, que "também em relação ao direito subjetivo a atitude deve ser crítica, tendo-se consciência da "historicidade" do conceito e portanto da sua "relatividade", de acordo com os diversos contesto político-ideológicos nos quais ele é historicamente vivido. Relativamente a esse último aspecto, foi evidenciada (S.Rodotà, *Le azioni civilistiche*, cit., p.93) a insuficiência dos mecanismos processuais, rigidamente identificados "dall'ambito fisico a cui è immediatamente riferibile l'attività Del privato, augurando "di recuperare Il piano dei conflitti e di renderne possibile la gestione in senso collettivo", assim como a elaboração técnica dos instrumentos de tutela (S.Rodotà, o.u.c., p. 94 e p. 95. O autor adverte para o perigo de que a proteção dos interesses que dizem respeito a toda uma comunidade viesse novamente inserido no molde individualista, sugerindo a "integrazione degli strumenti individualistici com quelli nuovi, a disposizione della comunità o di gruppi" (S. Rodotà, o.u.c., p.98, proê uma distinção entre "interessi istituzionali", alusivos aos grupos legitimados para agir em nome da coletividade e "interessi occasionali", atinentes à legitimação dos indivíduos, "tutte Le volte Che interventi sul territorio incontrano la loro personalità". Segundo P. Perlingieri, *Il diritto Allá salute quale firitto della personalità*, cit., p.1034, é imprescindível "che Le due logiche, quella [della legittimazione] individuale e quella collettiva [della legittimazione ' per categorie']

Cabe dizer, mais uma vez, que na atualidade, para se definir propriedade e domínio, forçoso debater sobre a definição de *função social*, bem como sobre qual seja a extravagância ou abuso na utilização da propriedade.

Tais conceitos, variáveis que são, tornam-se uma cláusula geral limitadora do domínio, e como cláusula geral, deverá ser preenchida no caso concreto, sempre à luz das definições constitucionais acerca da propriedade, função social, respeito ao meio ambiente e *dignidade da pessoa humana*¹⁰⁹.

A interpretação da *função social da propriedade* urbana ou rural não pode ficar atrelada apenas aos textos dos artigos 182 § 2º e 184 da Carta Política, mas deve ser cingida e insculpida pela interpretação completa e sistemática de todo o texto, pela completude dos direitos individuais e do caráter eminentemente social democrático da Lei Máxima¹¹⁰.

coesistano, AL pari della giurisdizionalità ordinária ed amministrativa e, combinate tra loro, costituiscano un sistema comlesso in fuzione di valori individuali e comuni ad unapluralità di soggetti”). TEPEDINO, 2008, p. 346-347.

¹⁰⁸ “Não é possível pensar o direito sem pensar em sua essência. Da mesma forma que hoje não é possível pensar em *direito civil* sem pensar em *direito civil-constitucional* é, pois, pensar a essência da “personalidade”, ou seja, a tutela da pessoa humana como centro irradiador existencial das relações jurídicas interpricadas. A personalidade é a vivência que está no núcleo da dogmática jurídica civilista. É o novo elemento que iremos encontrar a partir de uma (re)leitura do Código Civil com as lentes voltadas para a tábua axiológica constitucional. Os princípios e valores constitucionais ganham proeminência no processo de interpretação e aplicação do Direito.

Todavia, Renan Lotufo lembra, fazendo justiça à genealidade de Clóvis Beviláqua, que “clóvis foi o precursor do Direito Civil Constitucional, ao tratar do tema sob a denominação ‘A Constituição e o Código Civil’, onde inovadoramente refere à Constituição de 1934, e suas repercussões sobre dispositivos do Código Civil, publicada na RT 97, de setembro de 1935, às páginas 31 a 38.

Com o advento do Código Civil brasileiro de 2002 ganham destaque às *cláusulas gerais* e os *direitos da personalidade*. As cláusulas gerias devem ser interpretadas em harmonia com os princípios fundantes da Constituição da República, já que o intérprete jurídico deve colorir a exegese civilística com os matizes axiológicos da principiologia constitucional. Nesse momento, os valores civilísticos de índole liberal devem ser mitigados pelos valores coletivos de solidariedade e justiça social.” MELLO. 2009a, p. 21.

¹⁰⁹ “Contudo, a despeito da importância histórica dessas considerações, ao intérprete apresenta-se indispensável propor soluções correspondentes ao dado normativo e ao momento atual. E a tal construção teórica pode-se responder, no ordenamento brasileiro, pondo em realce a inegável dignidade constitucional dos direitos da pessoa humana, os quais reclamam, para uma efetiva atuação, a coexistência, às vezes indispensável, com os direitos subjetivos, sendo estes então capazes de condicionar, internamente, o contudo da relação de propriedade, de maneira bem mais intensa do que o princípio geral do *neminem laedere*.” Idem, p. 345.

¹¹⁰ “Os requisitos insculpidos no art. 186, informados pelos arts. 1º, 3º e 5º, XXII e XXIII, oferecem ao legislador (em particular no que se refere aos planos diretores das cidades e à reforma agrária) e ao intérprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade: um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição , sistematicamente interpretada. Tal conclusão tem grande repercussão prática e suas conseqüências fazem-se notar, por exemplo, na hipótese de desapropriação por utilidade pública.” TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. , Rio de Janeiro: Renovar, 2008,p 330.

É nesse sentido que deve ser observado, inclusive, se a propriedade é produtiva, pois apenas poderá ser assim considerada e estará livre de desapropriação para fins de reforma agrária, se produzindo, atender à sua função social¹¹¹.

Percebe-se de todo o texto legal que o exercício da propriedade, enquanto socialmente afeta, passa por respeito à saúde, sossego e segurança dos vizinhos e da sociedade.

A pessoa humana encontra-se no centro do debate sobre o aceitável e o inaceitável no exercício dos direitos do proprietário, direito que permanece intocável e merecedor de toda a proteção jurídica, mas cuja utilização não permite danos a terceiros, ao meio ambiente ou à economia, encontrando, portanto, mais ampla restrição, em relação ao ordenamento anterior^{112,113}.

O titular do direito de propriedade possui sobre a mesma todo o poder necessário à garantia de seu domínio, contudo, em decorrência da nova dogmática jurídica, não poderá

¹¹¹ “À luz, todavia, dos princípios constitucionais e “dos objetivos da República”, a objeção não se colhe. A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá à sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos – constitucionalmente estabelecidos – da República. Em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumpre a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária.” Idem, p 331.

¹¹² “A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade” Idem. p. 337.

¹¹³ “A constituição não indica com clareza qual o castigo que terá uma propriedade que não faz a terra cumprir sua função social, mas ele parece óbvio: o proprietário tem a obrigação de cumprir o determinado, é um dever do direito, e quem não cumpre seu dever, perde seu direito. Quem não paga o preço não recebe a coisa, quem não entrega a coisa não pode reivindicar o preço. Quer dizer, o proprietário que não obra no sentido de fazer cumprir a função social de sua terra, perde-a, ou não tem direito a ela. Ou, dito de forma mais concorde com a Constituição, não tem direito à proteção, enquanto não faz cumprir sua função social. A propriedade é um direito criado, inventado, construído. Ao construí-lo, a Constituição lhe deu uma condição de existência, de reconhecimento social e jurídico, ao não cumprir essa condição imposta pela lei, não pode o detentor de um título invocar a mesma lei para proteger-se que quem quer fazer daquela terra o que a lei determina que se faça. O proprietário da terra cujo uso não cumpre a função social não está protegido pelo direito, não pode utilizar-se dos institutos jurídicos de proteção, com as ações judiciais possessórias e reivindicatórias para reaver a terra de quem as use, mais ainda se quem as usa está fazendo cumprir a função social, isto é, está agindo conforme a lei.” MAREs, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre: 2003, p.117.

extrapolar a garantia desse domínio, e deverá ser desencorajado pelo aplicador do direito a tanto.

Qual o limite desse poder necessário à garantia da propriedade deverá ser a grande construção dos intérpretes e aplicadores do direito, vez que a delineação dos contornos fronteiriços entre a necessidade e o abuso não são, nem serão objetivos, sofrendo variações conforme as localidades, a finalidade e as características da propriedade¹¹⁴.

Tem-se, portanto, que análise integral do direito pátrio impede ao proprietário exercer o seu domínio causando transtornos, não apenas aos vizinhos, mas a toda a sociedade, isso pela obrigação jurídica de utilizar a propriedade sem causar danos à natureza e à economia.

O que se protege é o interesse da coletividade, entre os quais não se pode deixar de incluir o Direito Ambiental, doravante relevante e afeto ao estudo do direito de origem privada, pela nova vista unificada do direito¹¹⁵, como garantidor que é da dignidade das gerações futuras.

Vale dizer que a *dignidade da pessoa humana* tornou-se o escopo do direito, e é a partir dele que se deve analisar a questão da propriedade. È, pois, um novo *locus hermenêutico*, representando uma nova retórica do Direito Civil.

Tereza Negreiros, em sua tese de doutoramento em Direito Civil, apresenta uma proposta de classificação dos bens em: a) essenciais, b) úteis e c) supérfluos. Tal classificação

¹¹⁴ “À luz de tais considerações pode-se aceitar como verdadeira, também no ordenamento positivo brasileiro, a conclusão de “que é constitucionalmente ilegítimo não apenas a estatuto proprietário que concede ao titular poderes supérfluos ou contraproducentes em face do interesse (constitucionalmente) perseguido, como também o estatuto que deixa de conceder ao proprietário os poderes necessários para a persecução do mesmo interesse.

Se a este resultado era consentido chegar sob a égide do Código Civil de 1916, que desconhecia o aspecto funcional do domínio, maiores possibilidades hermenêuticas abrem-se para o intérprete diante da codificação de 2002, sendo forçoso transportar o dispositivo do §1º do art. 1228 do papel para a vida. O risco iminente de se transformar a previsão legal em letra morta (considerada como mera dicção política, fruto da retórica do codificador) debela-se pela identificação, que se procurou até aqui estabelecer, dos contornos constitucionais do direito de propriedade no ordenamento brasileiro.” Idem, p.348-349.

¹¹⁵ “Tal evolução revela-se nítida mediante a análise dos institutos de direito privado, os quais sofreram alteração qualitativa, funcionalizados à realização dos valores constitucionais. Tradicionalmente voltados para os direitos patrimoniais, especialmente os contratos e a propriedade, não se aventuravam os civilistas a questões classificadas como típicas do direito público, mantendo-se por muito tempo alheios às novas temáticas suscitadas pelo desenvolvimento econômico-social, como é o caso do meio ambiente e, por consequência do direito ambiental. Atualmente, no entanto, percebe-se a necessidade da mobilização de todos os instrumentos jurídicos disponíveis, no âmbito do poder público e da iniciativa privada, para a solução das questões ambientais, que adquirem relevância mundial, aproximando-se, assim, na proteção da pessoa humana, mais e mais ameaçada pelos riscos ao ecossistema, o direito civil do direito administrativo e constitucional.” TEPEIDINO. 2009, p. 177.

mostra-se deverás importante na sistematização do conceito de propriedade se for transferido o mesmo tipo de pensamento, levando em conta a essencialidade, para as funções da propriedade, e os direitos de domínio, percebendo os direitos do proprietário em relação à necessidade do homem¹¹⁶.

Não se pode olvidar que o novo viés conceitual de propriedade, que a afasta de critérios individualistas de liberdade, procura o bem estar do homem, de qualquer forma, e em todas as relações a que se submete a preservação do ser humano, desloca os critérios de aferição do *animus dominus*, transfigurando-o da ideia *individualista* para uma visão *humanista e social*.

O que se deseja é que a propriedade cumpra sua função social, que apenas será alcançada em sua plenitude com a integral satisfação do parágrafo primeiro do artigo 1228, bem como do artigo 1277, ambos do ordenamento civil pátrio.

Para tanto, deve o proprietário adequar-se ao que Flávia de Almeida Viveiros de Castro denominou teoria dos três Ss¹¹⁷.

Essa preocupação com a utilização adequada da propriedade mostra um deslocamento de foco no direito civil, que deixa de ser exclusivamente patrimonial, para tomar ares sociais,

¹¹⁶ “O objetivo do presente capítulo, ao encerrar a pesquisa acerca de algumas das mais importantes transformações por que vem passando a teoria contratual contemporânea, é apresentar os fundamentos que propiciem uma resposta afirmativa à questão acima proposta: a caracterização do bem contratado – como bem essencial, útil ou supérfluo – deve, sim, ser considerada como fator determinante da disciplina contratual, influenciando como a forma como hão de ser conciliados os novos princípios do contrato, de índole intervencionista, e os princípios clássicos, finalizados à proteção da liberdade contratual.

À luz do denominado *paradigma da essencialidade*, propõem-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual.

Com tal, o paradigma da essencialidade proporciona instrumentos e conceitos que permitem tratar os problemas sociais a serem enfrentados também pelo direito contratual, constituindo ao mesmo tempo uma expressão e um expoente do compromisso do estudioso desta área do saber jurídico com a tutela da dignidade *essencial* da pessoa humana, tema que estamos finalmente preparados para discutir diretamente.” NEGREIROS. 2006, p. 389.

¹¹⁷ “A regra dominante no tema em comento é a da conciliação de interesse (afinal é este o fim último do direito, permitir a convivência pacífica entre pessoas tão diferentes, mas ao mesmo tempo tão iguais). Para tal desiderato é necessário por em prática a chamada teoria dos três “Ss”: saúde, sossego e segurança dos vizinhos. O artigo 1277 do Código Civil contém a referência aos três dos “Ss” citados. São bens jurídicos, são valores ligados à pessoa e sua dignidade, que devem ser respeitados, para permitir o convívio harmônico de indivíduos que estão fisicamente próximos.

A tutela desses direitos deve ser aferida observando-se a utilização própria das propriedades vizinhas, a situação dos prédios e os usos e costumes locais. Identificar se há uso, ou abuso no exercício dos poderes inerentes à propriedade é, de fato, essencial, para a caracterizar a ofensa aos valores referidos. TEPEDINO. 2008, p. 619-620.

limitando os direitos objetivamente, ainda que com contornos subjetivos, que devam adequar-se aos casos concretos. O que importa ao direito civil atual não é o patrimônio, mas a relação do patrimônio com a sociedade, e em última análise com o próprio ser humano.

O centro do estudo jurídico civilista deixa de ser o patrimônio, para referir-se à pessoa humana e aos fundamentos necessários a uma vida saudável e segura.

Descola-se, portanto, o objeto do estudo, atribuindo à propriedade não mais uma função individualista, concebida na vontade dominical, mas subtraindo dessa vontade tudo que possa ser contrário ao interesse social.

Não se trata, aqui, de repelir a autonomia da vontade típica dos negócios jurídicos, considerada essencial às relações negociais civis. O que se deseja é conformar esses negócios patrimoniais ao exercício dos direitos fundamentais, impedindo a exploração do homem pelo homem, posto que a autonomia da vontade se encontraria limitada pela garantia dos direitos referentes à *dignidade da pessoa humana*.

Não há que se falar em autonomia da vontade que possa de qualquer forma ferir os dispositivos constitucionais, principalmente no que se refere à *dignidade da pessoa humana*¹¹⁸.

E é nesse sentido que o debate acerca da penhorabilidade do *bem de família* nos débitos de natureza alimentar também vem ganhando destaque.

Os tribunais¹¹⁹, assim como a legislação (Lei 8009/90)¹²⁰ declaram a possibilidade dessa penhora, contudo, não se pode esquecer que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, garante o direito à propriedade.

¹¹⁸ “Contudo o tema não é apresentado e discutido nos manuais de direito civil, razão pela qual a problemática somente é enfrentada em sede de pós-graduação em direito. Como tantos outros temas, tornou-se necessário enfrentar a questão da incidência dos direitos fundamentais e sua eficácia no âmbito das relações jusprivatística. Não obstante a controvérsia que permeia a dogmática jurídica constitucional, entende-se que os direitos fundamentais se projetam sobre as relações interprivadas de forma a conformá-las sob o manto constitucional. Daí a importância da interpretação do Código Civil à luz dos cânones e princípios constitucionais. Nesse contexto, Tepedino ensina que “propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.” MORAES. 2010, p. 37.

¹¹⁹ EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - Bem de família.

Detém legitimidade o cônjuge para interpor embargos de terceiro, mesmo que tenha sido resguardada sua meação no ato da penhora. Em se tratando de débito alimentar, descabe excluir da constrição a residência do

Se por um lado existe o direito e a necessidade alimentar, de outro existe o direito e a necessidade da moradia, ambos como garantidores de dignidade da pessoa humana.

Esse embate não pode ser resolvido pela aplicabilidade simples da norma autorizativa, deve o julgador adequar as normas legais ao caso concreto, observando os fatos ocorridos em cada caso (historicidade), para realizar a decisão que for mais justa ao fato que se lhe apresenta.

Na mesma esteira, pode-se colocar a questão afeta ao *bem de família* quando a pessoa é solteira, vez que os Tribunais não vêm autorizando a penhora do único imóvel de solteiro, sob a alegação que as normas (tanto os artigos 1711 a 1722 do Código Civil, quanto a Lei 8009/90) falam em entidade familiar, mas apenas esse termo não impede a garantia do direito de moradia à pessoa solteira.

Desta feita considerando o dispositivo constitucional (artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil) sobre o direito a moradia, que deve servir de norte à interpretação da norma infra constitucional¹²¹.

Pode parecer uma contradição judicial, levando ao entendimento de que uma das decisões encontra-se equivocada, contudo uma análise mais detida é capaz de perceber que não existe erro ou contradição.

Existem casos diferentes, que devem ser analisados pormenorizadamente.

executado, ainda que se trate de bem de família. Apelo provido, rejeitada a preliminar de não-conhecimento e retificada de ofício a sentença. (TJRS - Ap. Cível nº 70.004.801.569 - 7ª Câmara Cível - Porto Alegre - Relª Desª Maria Berenice Dias - J. 04.09.02).

¹²⁰ “Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I) em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III) pelo credor de pensão alimentícia;”

¹²¹ EMBARGOS DEVEDOR - CONSTRUÇÃO DO LOTE DE TERRENO EM QUE SITUA CASA DE MORADIA DO DEVEDOR - EXECUTADO SEPARADO JUDICIALMENTE - LEI 8.009/90 - INSUBSISTÊNCIA DA CONSTRUÇÃO.

Os benefícios da Lei 8.009/90 também se aplicam ao devedor separado judicialmente, não importando o fato de residir sozinho no imóvel, noutro prédio sendo a moradia da ex-esposa e filhos, se a tutela que decorre da lei, no sentido da impenhorabilidade do bem de família, visa proteger todo o indivíduo, a quem assegura um mínimo de dignidade e o conforto necessário e indispensável a uma vida condigna, ao excluir da penhora o local de residência do devedor, presumindo-se estar incluído nos favores da lei também as pessoas que residam sozinhas.

Percebe-se a existência de cláusula aberta, devendo o intérprete analisar cada caso, à luz dos princípios constitucionais e, em cada um deles, realizar a conformação do direito, complementando a norma, ou até atuando contra a mesma¹²².

Surge uma nova forma de interpretação jurídica, que elege a *pessoa humana* como objeto central do estudo. É um novo pensar nas relações entre o patrimônio e seus detentores.

3.4 – O HOMEM COMO *LOCUS* HERMENÊUTICO

Antes de adentrar especificamente na visão do homem como centro da relação e interpretação do direito, mister se faz realizar uma breve reflexão da gênese jurídica e sua aplicação no decorrer dos tempos.

Esse trabalho, já se teve oportunidade de traçar um pequeno histórico sobre as diversas visões e funções da propriedade na história da sociedade, trazendo a interpretação jurídica em cada momento descrito.

Percebe-se que durante longo tempo a propriedade foi considerada como centro do direito, essencial ao ser humano, o que originou o entendimento do direito civil como um direito essencialmente patrimonial.

As sociedades, durante logo tempo, foram governadas por aqueles que possuíam propriedades, o que ocorreu nas cidades antigas com os patriarcas e mais tarde ocorreu nas cidades estado, no feudalismo, e no liberalismo inspirado na revolução francesa¹²³.

¹²² “Estamos pois, em face de duas formas distintas de direito deficiente. A deficiência a que chamamos “lacuna” é afastada por meio da “integração jurídica”. O juiz atua aqui “*praeter legem*”. “*supplendi causa*” (“*supplet praetor in eo, quod legi deest*”). Diferentemente, a deficiência a que chamamos “incorreção” é afastada através da correção da lei: o juiz aqui actua “*contra legem*”, “*corrigendi causa*”.” ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de: J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 275.

¹²³ “Expliquemos: parece que o racionalismo cartesiano, interessado mais no sujeito cognoscente e na ordem racional do conhecimento, não devesse conduzir ao mesmo resultado que o empirismo de Locke, interessado mais na experiência sensível e na natureza experimental do conhecimento. Aparentemente, o cartesianismo deveria conduzir a uma racionalização da ordem política e jurídica, e que conduziu de fato ao máximo da racionalização, isto é, admitir a própria sociedade como criação racional do homem e não como dado da natureza, como o faz Rosseau no Contrato. Entretanto a verdade é que existe em dois momentos na obra clássica do filósofo genebrino: num primeiro momento, quando parte do pressuposto do “estado de natureza”, ele confere com Locke (natureza=liberdade=igualdade=felicidade), mas num segundo momento do mesmo livro, quando trata da passagem voluntária (voluntarismo) para o estado “civil”, subordinado a leis, Rosseau, através do mecanismo da *volante générale*, subordina totalmente o indivíduo ao Estado, não admitindo nenhuma

Da revolução Francesa restou a aplicação do ideal liberal, e apenas dele ao campo jurídico, posto que os ideais de igualdade e fraternidade a ele se renderam. Desse liberalismo nasceu o individualismo, que concebeu a ideia de propriedade ilimitada, que se cristalizou no direito codificado¹²⁴.

Diante do individualismo a propriedade apenas cumpria seu papel social por representar uma aspiração do homem médio, que quando se tornava proprietário de algum bem, móvel ou imóvel, poderia dela utilizar-se sem qualquer limitação.

Mesmo após a independência do Brasil, vigoraram aqui as leis portuguesas, mesmo pela falta de legislações específicas nacionais¹²⁵.

Nesse contexto jurídico e após longo período de elaboração surgiu o Código Civil de 1916 e toda a interpretação jurídica formou-se em torno do individualismo liberal.

A ideia social da propriedade, trazida como já visto, em maior amplitude, pela Constituição Federal de 1988, fez nascer esperança de um direito mais voltado para a justiça e para o engrandecimento da sociedade.

“sociedade parcial” entre indivíduos e Estado. O racionalismo conduziu do liberalismo de Danton e da Gironda ao despotismo de Robespierre e do “Comitê de Salvação Pública”, *avant-première* do Bonapartismo.

Em sentido contrário, o empirismo deveria ter conduzido a formas orgânicas e naturais de relação social de que era rica e fecunda a vida política inglesa, desde a *Magna Charta*, mas tal não sucedeu, pois com Locke tivemos a construção racional de um contratualismo antiestatal, e em Hobbes o mesmo, mas com características anti-individualistas. Seria como se Locke fosse um precursor do Contrato Social – I Parte (primado do estado natural de liberdade) e Hobbes, do Contrato Social – II Parte (primado do Estado e da vontade geral). Somente em Rousseau se passa do Liberalismo ao Autoritarismo, enquanto Hobbes, justificando o absolutismo jacobita, foi anterior a Locke, teórico das “Gloriosas” de 1648 a 1688, quer dizer, a Inglaterra transitou do Absolutismo – Leviatã para o Liberalismo, enquanto a França, no modelo de Rousseau, pela Revolução Francesa, transitou numa primeira etapa (1788 -1791) do Absolutismo para a monarquia liberal, numa segunda etapa (1791-1792) da monarquia para a república liberal, numa terceira, do liberalismo republicano para o despotismo, primeiro jacobino (1793-1794), depois conservador (1794-1799), para, com o golpe de brumário, voltar à forma de governo em que a decisão caberia a um só (1800-1815), ou seja, a restauração da monarquia absoluta com o 1º Império. Quer dizer, com Rousseau, a Revolução, transitou por Locke, consagrou finalmente o Leviatã. Mas um Leviatã a serviço da classe burguesa, do mesmo modo que as “Gloriosas”, chegando ao mesmo ponto que o empirismo, pela via da racionalização.” DE CICCO. 2010, p. 168-169.

¹²⁴ “Ora, cabe novamente lembrar, o coletivismo do lema “igualdade” da Revolução Francesa só estava presentes nas tentativas quixotescas de Grachus Babeuf. Restou o individualismo da “Liberdade” da mesma Revolução, quando Locke, Rousseau, Kant e Montesquieu se punham de acordo com Voltaire. Mas há uma diferença entre o lema *Liberté* enquanto afirmação abstrata e sua realização concreta: Liberdade para todos? Logo se viu que não: “Napoléon perce deijá sous Bonaparte”. Foi o Consulado e depois o Império autoritário e centralista, de fazer inveja aos vários governos “iluminados” de Luís XV e Frederico II da Prússia. Ora, nesta época exatamente se codifica o direito privado”. Idem. p. 184

¹²⁵ MARES. 2003, p. 28-32

Trouxe, porém, temores e dificuldades aos aplicadores do direito, acostumados que estavam a uma visão individualista do direito civil, mudando mesmo os conceitos já arraigados¹²⁶.

Não basta mais ao intérprete conhecer o direito positivado, é necessário que se faça uma inteiração com uma complexidade científica, relacionando os dispositivos jurídicos às necessidades e exigências sociais, pelo que o positivismo normativo deixa de ser meio adequado e funcional de aplicação do direito, para mostrar-se meio alienante da dogmática jurídica¹²⁷.

Não poderia mais o homem ser visto como um ser isolado, mas como uma peça inserida na sociedade, fora da qual o direito não teria aplicabilidade. Sendo o homem um ser social o direito apenas tem aplicabilidade no contexto social, e assim deve ser entendido.

Esse entendimento da importância da sociedade na vida do homem, e de que o homem encontra-se inserido em um contexto social com aspirações comuns e, muitas vezes, conflitantes com o interesse individual, é que deu ares coletivos ao que antes era individual.

¹²⁶ “Convém, inicialmente, examinar o conceito de direito civil. A tarefa, que parece simples à primeira vista, suscita certo embaraço, diante das controvérsias em torno de uma unidade conceitual, “compreensiva de suas genuínas funções”. O jurista, tanto mais o civilista, sabe que a noção se explica melhor através da história das instituições que mediante uma discriminação racional de conteúdo. Reconhece-se como insuficiente, desde logo, a mera repetição de antigos enunciados superados pelo tempo, impondo-se a necessidade de se focalizar a moderna fisionomia do direito civil.

Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou as leis civis das leis públicas -, cuja obra serviu para delimitação do conteúdo inserto no *Code*, conteúdo que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do século XIX.

O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente sua propriedade, consagrando-se como reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver em plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias à viabilidade da convivência social. Emblemática, em propósito, é a concepção que no *Code* se tem acerca da propriedade, seu instituto central, ali definido como o “direito de gozar dos bens da maneira mais absoluta.”

As relações do direito público com o direito privado, neste universo jurídico, apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela dos interesses gerais. As duas esferas funcionam quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.

Nada mais diverso da concepção moderna: irreconhecível seria para os intérpretes do *Code* a nova feição do direito civil, hoje em dia considerado, simplesmente, como uma série de regras destinadas a disciplinar algumas das atividades da vida social; adequadas para a satisfação dos interesses dos indivíduos e de grupos organizados, através de determinados instrumentos jurídicos.” MORAES, 2010, p. 3-5.

¹²⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. **Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos : Maria Augusta Delgado, 2008, p 181-187.

Não se pode conceber liberdade plena onde não exista responsabilidade social. Em outras palavras: a liberdade plena de um homem não pode servir de instrumento a coibir a liberdade de outro. O direito de um não se inicia nem se encerra no limite do direito de outrem, mas no limite essencial da responsabilidade social e de solidariedade.

Essa preocupação com a solidariedade, que se expressa na garantia de segurança, saúde e sossego garantidos aos vizinhos, bem como a preocupação com os direitos difusos, representa uma mudança no sentido do próprio direito civil, não mais voltado à propriedade e às relações patrimoniais, mas acima de tudo, preocupado com a pessoa humana, garantindo uma vida digna ao homem atual e futuro.

Nesse sentido, o ser humano passa a ser o próprio ser fundante do direito, e o bem estar do homem na sociedade o foco a ser desvendado pelo aplicador do direito¹²⁸.

Não se trata aqui de satisfazer os desejos de cada cidadão, mas de possibilitar o mínimo à coletividade, a dignidade não deve ser vista na esfera privada, mas com olhos voltados para o bem comum.

O homem não poderá mais ser visto como um sujeito do direito, mas como autor maior do mesmo direito, submetendo-se às normas legais para garantia do bem social, qual seja, a emancipação de todos os homens, pela garantia de dignidade¹²⁹.

¹²⁸ É dessa forma que o direito ainda se encontra amparado no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e na subjetividade. Observa-se a entificação do direito. Este deve restar harmonioso com o modo de ser no mundo.

O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir do predomínio imposto pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. A transcendência existencial torna-se uma alavanca de evolução da ciência jurídica.

O pensamento jurídico civilista não pode ficar adstrito a uma sistema de pretensão absoluta, isto é, à pretensão do Código Civil bastar a si mesmo, de ser completo, fechado, de ter tudo. Isso quer dizer que o direito não pode ser explicado a partir da relação sujeito-objeto, em que se instaura a subjetividade do sujeito com a objetividade do objeto.

A superação da filosofia da consciência, da relação sujeito objeto, do subjetivismo, é a busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser no mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do direito civil. É o caminho para a (de)sentificação do Direito, já que um ente não pode fundar os entes. É a partir da hermenêutica como o modo de ser no mundo que o Direito deve procurar caminhar por uma área de valores humanos peculiares, subtraídos à lógica formal do direito positivo." MELLO, 2009b, p. 12/13.

¹²⁹ "Isto significa que o indivíduo, elemento subjetivo basilar e neutro do direito civil codificado, deu lugar, no cenários das relações de direito privado, à pessoa humana, para cuja promoção se volta a ordem jurídica como um todo. A verdade é que as conquistas seculares do direito público, que produziu sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o estado, tornar-se-ão inoperantes, para as transformações sociais pretendidas, não fosse a incidência da norma constitucional nas relações privadas" TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 341.

Os bens tutelados pelo direito ganham então uma dimensão maior, axiológica e social. Desmembram-se da esfera individual, que já não atende aos anseios jurídicos modernos, para prenderem-se a uma dimensão social.

Não se pode mais pensar o direito sob uma ótica individualista, mas em uma concepção ampla, na qual o que importa, em última análise, é a *dignidade da pessoa humana*.

A valorização das relações do homem como o próprio homem ganham contornos contemporâneos, em que a cooperação e o senso do comum e do solidário encontram maior destaque, com dimensões de empregabilidade total.

Seria equivocado observar, na atualidade, o fenômeno jurídico, e principalmente o civilista em uma esfera divorciada do mundo vivido. Não se pode mais desejar a adequação do homem ao direito, mas a adequação do direito ao homem.

A velha concepção de que o aplicador do direito deve adequar os fatos ao direito, perde espaço para a adequação do direito ao conjunto de fatos desencadeados pela sociedade, e o indivíduo apenas poderá realizar-se enquanto *Ser* inserido nessa mesma sociedade.

Nesse sentido é que novas questões surgem no direito a cada momento, sem que os legisladores possam sobre elas articular seus afazeres, tornando o aplicador do direito como único capaz de interpretar o conjunto de normas existentes, adequando-as à realidade social.

Como poderá o intérprete deixar de manifestar o direito em casos como o da homoafetividade, clonagem de seres humanos, utilização de células-tronco, adoção por homoafetivos, e diversas outras que surgem diariamente no caminho dos aplicadores do direito. Todas essas questões acabam por confluir para um único ponto, a justiça social, ou o bem estar social, que apenas poderá realizar-se plenamente quando houver dignidade a todos.

Assim, as questões afetas aos direitos difusos (valores históricos, meio ambiente, etc); aquelas afetas ao sossego e à saúde, bem como todos os bens que atualmente se procura tutelar no direito civil desembocam em um ponto único, que seja: um caudaloso rio denominado *dignidade da pessoa humana*¹³⁰.

¹³⁰ “Os doutrinadores de vanguarda, gradualmente, começaram a colocar novas espécies de questões e a traçar linhas inovadoras de desenvolvimento para o Direito Civil. Em vez de procurar fincar o Direito Civil na órbita individualista-patrimonialista, eles procuram apresentar a integridade do Direito Civil, a partir de sua constitucionalização. Por exemplo, perguntam não pela simples relação entre *sujeito de direitos* na esfera interpretativa (individualista), mas antes pela sua *relação intersubjetiva (relação sujeito-sujeito)*, isto é, um agir

Esse novo epicentro do direito civil não se fez, nem se faz automaticamente, mas opera-se em uma construção doutrinária e acadêmica, muitas vezes, ainda distanciada da prática jurídica. Os julgadores modernos, empenhados na valorização do Direito, em sua evolução, já denotam preocupação com as relações interpessoais no direito.

Alguns julgados, até certo ponto corajosos, enfrentam a matéria constitucional da dignidade como dever ser do Estado, como se verifica em sentença de lavra o MM. Juiz Federal de Belo Horizonte, datada de 1985, onde se lê:

"Contra este exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio - o Estado - não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior.

Ou seja, enquanto não construir - ou pelo menos esboçar - "uma sociedade livre, justa e solidária" (CF, artigo 3º, I), erradicando "a pobreza e a marginalização" (n. III), promovendo "a **dignidade da pessoa humana**" (artigo 1º, III), assegurando "a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social" (artigo 170), emprestando à **propriedade** sua "função social" (artigo 5º, XXIII, e 170, III), dando à família, base da sociedade, "especial proteção" (artigo 226), e colocando a criança e o adolescente "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão" (artigo 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir - diretamente ou pelo braço da Justiça - o reto cumprimento da lei.

Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje a pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas - lembrou RUDOLF VON IHERING há mais de 200 anos - hão de trabalhar em harmonia:

"A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança"

Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em princípios, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores.

Se assim é - vou repetir o raciocínio - enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, feita para o homem comum, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem "incomum".

pensando no outro, com vistas no princípio da dignidade da pessoa humana. Algumas vezes um caso concreto decidendo, que deveria ser resolvido por meio de regras e procedimentos imutáveis, resiste ao ataque do procedimento lógico-formal, ou seja, não funciona segundo os padrões antecipados e revela-se uma anomalia que deve ser ajustada às expectativas do Direito Civil Constitucional.. Desta e de outras maneiras, a esfera jurídica civilística desorienta-se seguidamente, já que o *lôcus* hermenêutico está na constituição e não apenas no Código Civil. Daí que a *Constitucionalização do Direito Civil* representa um fenômeno desintegrador da tradição civilística, já que implica uma mudança na postura hermenêutica que governava a prática anterior." MELLO, 2009b, p. 17.

Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir - quando feita perante o Judiciário - ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos artigos 267, I e VI; 295, I, e parágrafo único, III, do Código de Processo Civil, atento à recomendação do artigo 5º da LICCB e olhos postos no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama:

"Todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial, a alimentação, o vestuário e a moradia".

Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas "invasões".
P. R. I.

Belo Horizonte, 03 de março de 1995

ANTONIO FRANCISCO PEREIRA

Juiz Federal da 8ª Vara¹³¹

A referida sentença delimita a determinação constitucional em relação aos deveres dos Poderes Públicos e, ao mesmo tempo, inter-relacionando esses deveres com direitos estabelecidos no artigo 5º da Lei Máxima e os fundamentos essenciais do Estado.

O questionamento presente no julgado sobre a capacidade do Estado em garantir a dignidade das pessoas é um prolegômeno do grande debate que seguirá no Direito Civil Constitucionalizado

Os direitos do Estado, o interesse público e a valorização humana, encerram definitivamente com a divisão entre direito público e privado, para trazer ao debate um único direito.

Por fim, os direitos reais, entre os quais o direito à propriedade; os direitos obrigacionais e tantos outros apenas poderão ser devidamente elucidados quando esclarecido o significado amplo de *dignidade da pessoa humana*.

¹³¹ Jurid XP Publicações Eletrônicas.

CAPÍTULO 4 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

4.1 – A PESSOA HUMANA COMO CENTRO DA FIGURA SOCIAL.

Historicamente o direito sempre se preocupou com o homem e seu bem estar¹³². Essa preocupação poder-se-ia inspirar nas crenças, por muitos consideradas como primeiras manifestações de um direito natural¹³³. Na história recente e durante muito tempo, contudo, a dignidade do homem foi reduzida a uma visão individual, como pudesse o mesmo bastar-se por si, sem qualquer intervenção ou intermediação com outros homens e do todo social.

Mas não foi sempre assim, na Grécia antiga, em Roma, em Esparta, e até mesmo na Índia, podia se notar uma preocupação com a sociedade, ainda que patriarcal, e com direito derivado de cultos religiosos.

O grande problema dos povos antigos, que até possuíam uma cultura jurídica voltada para a sociedade, estava na consideração da condição de cidadão, não estendida a todos os participantes da sociedade¹³⁴. Isso demonstra um juízo aristocrático e tendencioso, que não se

¹³² “Ora, parece que essa é a ciência política, pois é ela que determina quais as ciências que devem ser estudadas em uma cidade-Estado, quais as que cada cidadão deve aprender, e até que ponto; e vemos que até as faculdades tidas em maior apreço se incluem entre elas, como a estratégia, a economia e a retórica. Visto que a ciência política utiliza as demais ciências e, ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre o que devemos abster, a finalidade dessa ciência deve necessariamente abranger a finalidades das outras, de maneira que essa finalidade deverá ser o bem humano. Ainda que esse fim seja o mesmo para o indivíduo e para a cidade –Estado, o fim desta última parece ser algo maior e mais completo, seja a atingir, seja a preservar, e embora seja desejável atingir esse fim para um indivíduo só, é mais nobre e mais divino alcançá-lo para uma nação, ou para os cidades-Estados. Sendo esses os fins da nossa investigação, esta pertence, portanto, à ciência política em uma das acepções do termo.” ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nasetti, São Paulo: Martins Claret 2007, p. 18.

¹³³ “A ideia de propriedade privada estava implícita na própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegiam, eram sua propriedade.

Os antigos vislumbravam uma misteriosa relação entre esses deuses e o solo.. Vejamos primeiramente o lar: esse altar é o símbolo da vida sedentária; o seu próprio nome o indica. Devia estar assentado sobre a terra; uma vez construído, nunca mais deveria mudar do lugar. O deus da família quer ter morada fixa; materialmente seria difícil transportar a pedra sobre a qual ele brilha; religiosamente isso seria muito mais difícil, só sendo permitido ao homem quando acossado por dura necessidade, quando expulso por inimigo ou se a terra não pode mais alimentá-lo. Ao construir o lar, fazem-no com o pensamento e a esperança de que ficará sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem mesmo pela precária vida do homem, mas pelo tempo que essa família existir e dela restar alguém que conserve a chama do sacrifício. Assim, o lar toma posse da terra; apossa-se dessa porção de terra que fica sendo assim sua propriedade.” COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 66-67.

¹³⁴ “Em tal meio, prosperou o poder político da nobreza, detentora das armas e da *ápetn* guerreira, ínsita à natureza de seus membros, aliado ao poder religioso emanado da autoridade sacerdotal, representante da ordem e

poderia aferir na atualidade, pela falta de isonomia, mas cujos princípios basilares mostram sentido de justiça social, ainda que não totalitário.

Essa aparente socialização do direito antigo, guardava forte apelo protecionista às classes dominantes, e mesmo o direito não escrito permeava-se dessa parcialidade¹³⁵.

O Código de Napoleão também trouxe o direito voltado à proteção do homem, porém, entendia-o como ser único, instalado na sociedade e dela devendo proteger-se, daí o Código Civil ser entendido com o Direito do Particular, garantindo a liberdade individual¹³⁶.

O que desejava proteger, na verdade não era o homem como ser, mas como um conjunto patrimonial, daí ficar o Direito Civil conhecido como direito patrimonial.

da justiça divinas. Consoante o espírito de vida imperante, as classes campesinas, uma vez que a atividade produtiva restringia-se basicamente à agricultura, submetiam-se à justiça imposta pelos detentores dos poderes temporal e espiritual, que cunharam o seu conceito de acordo com os interesses e com a cultura predominantes. A noção de destino, como responsável pela distribuição social dos homens, assim como de seus valores, riquezas e condições, justificou durante vários séculos a irregularidade tanto das condições de vida, quanto da distribuição de justiça, e fez do homem objeto passivo do mundo supraterrano. BITTAR, Eduardo C.B. **A justiça em Aristóteles**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 37

¹³⁵ “No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verificava-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência pessoas mais dignas ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estoíco, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como a ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade. Com efeito, de acordo com o jurisconsulto político e filósofo romano Marco Túlio Cícero, é a natureza quem descreve que o homem deve levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de também serem homens, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis naturais, de acordo com as quais é proibido que uns prejudiquem aos outros, passagem na qual (como, de resto, encontrada em outros autores da época) se percebe a vinculação da noção de dignidade com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus todo ser humano. Assim, especialmente em relação a Roma – notadamente a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu um compreensão da dignidade desvinculada do cargo ou posição social – é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estoíca referida) e o sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados; 2010, p. 34-36.

¹³⁶ “Nada mais diverso da concepção moderna: irreconhecível seria para os interesses do *Code* a nova feição do direito civil, hoje em dia considerado, simplesmente, como uma série de regras destinadas a disciplinar algumas das atividades da vida social; adequadas para a satisfação dos interesses dos indivíduos e de grupos organizados, através de determinados instrumentos jurídicos. Afastou-se do campo do direito civil (propriamente dito) aquilo que era a sua real bota sonante: a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado (hoje matéria constitucional), alcançável graças à predisposição de um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica.” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2010, p. 5.

Nessa época, o debate filosófico sobre o que representava a *dignidade da pessoa humana* já se apresentava, sendo que os conceitos passaram pela qualidade natural do homem (referindo-se à posição social); chegando à utilidade ou valoração das capacidades humanas na sociedade (o soldado em tempo de guerra possuía mais dignidade que o soldado em tempo de paz); passando pelas concepções de ordem religiosa (por ser criatura à imagem e semelhança de Deus); e chegando à garantia de liberdade dos atos (a dignidade encontrava-se na possibilidade de manifestar-se livremente)¹³⁷.

Kant trouxe mutação importante no conceito de *dignidade da pessoa humana*, vinculando-a a liberdade de ação para atingir os meios, possibilitando, assim, uma interpretação da lei. Divorciou, portanto, o conceito de dignidade de qualquer esfera sacro santa, para determinar uma atitude ética e individual, para conceber dignidade ao homem¹³⁸.

A dignidade do homem se encontrava na possibilidade de determinar seus atos conforme a representação de certas leis. O homem seria digno, portanto, quando pudesse

¹³⁷ “No que diz com a concepção vigente neste período(mas que, de certa forma, segue presente nos dias de hoje, quando se fala na dignidade de cargos e funções, na honra e imagem da pessoa em seu contexto social, etc.), importa destacar, recolhendo aqui a lição de Paolo Bechi, que no mundo romano antigo, a noção de dignidade humana adquire – precisamente por influência do pensamento de Cícero, primeiro a ressaltar ambas as acepções – um duplo significado, visto que, por um lado o homem possui a dignidade que decorre de sua posição mais alta na hierarquia da natureza, já que é o único ser racional dentre os animais, o que lhe assegura uma posição especial no universo (sentido absoluto de dignidade), ao passo que, já em outro sentido, relativo, a dignidade está vinculada à posição social do indivíduo, posição essa que poderá ser alterada ao longo de sua existência.

Como bem lembra Marco Ruotolo, no pensamento de Cícero e no pensamento Greco-romano, a dignidade assume uma dupla significação, como dote (dádiva) e como “conquista”, no sentido de ser também o resultado de um fazer, um agir na esfera social, o que também corresponde à concepção dominante na tradição cristã, onde é possível distinguir entre uma dignidade ontológica (ou inata), visto que decorrente da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida, correspondente a circunstância de se levar uma vida de acordo com os ditames da religião cristã.

Na primeira fase do cristianismo, quando se havia assumido a condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo. Logo, depois, do período inicial da Idade Média, Anício Manlio Severino Boécio, cujo pensamento foi (em parte) posteriormente retomado por São Tomás de Aquino, formulou, para a época, um novo conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional.” SARLET.,2011, p. 36-37.

¹³⁸ “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret. 2006, p. 65.

manifestar sua vontade independentemente de qualquer visualização com fincas em religiosidade¹³⁹.

Tal concepção, ligada aos interesses econômicos e de desenvolvimento da Europa, propiciaram e integraram o ideário liberalista, pregando uma atuação diferenciada entre o direito público e o privado, como se as duas esferas atuassem em tempos e espaços diferentes, não devendo o primeiro intervir no segundo, sob pena de ferindo a autonomia da vontade, ferir o próprio direito e, portanto, a *dignidade da pessoa humana*, cabe lembrar, individual¹⁴⁰.

Foi a necessidade de intervenção na economia, retendo abusos, que tornou o Estado mais próximo das necessidades sociais, intervindo nas relações privadas com a finalidade de alcançar um necessário equilíbrio social.

Nesse ponto, principalmente em nosso país, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe enormes avanços no que concerne a direitos e garantias sociais, e preocupação com a pessoa humana, a dignidade de idosos (art. 230); da criança e do adolescente (art. 227); dos índios (capítulo VIII); e do consumidor (art. 5º XXXII).

Essa preocupação com o social é percebida em todo o texto da Carta Constitucional brasileira, principalmente quanto à funcionalidade da propriedade.

A regra geral insculpida no artigo 170 da Lei Magna que estabelece uma ordem econômica em que o trabalho seja valorizado e tenha concebida uma função social à propriedade e demonstração disso.

¹³⁹ “Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Em síntese e no que diz com o presente tópico, é possível acompanhar Tadeu Weber quando se refere que autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite de exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética” Idem. p. 40.

¹⁴⁰ “Uma concepção de Estado pode se diferenciar das outras segundo o fim que põe as atividades dos governantes. Pode-se perguntar: Qual o fim do Estado segundo a concepção liberal? É a liberdade individual. Segundo esta concepção o estado é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual. Assim, o estado não tem um fim próprio, mas o seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos. Portanto, sua tarefa é atuar de maneira que cada indivíduo possa alcançar livremente seus próprios fins. Ele deve preocupar-se em garantir para cada um uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo suas próprias capacidades e talento, perseguir os fins que livremente se propõe.” PEREIRA, Rosilena de Oliveira. **Liberdade, Moralidade E Direito No Pensamento De Kant: A Questão Dos Fundamentos**. Londrina: Humanidades, 2004, p. 83.

Essa intervenção do Estado em matérias até então considerados de cunho estritamente privado, fez nascer uma nova interpretação jurídica, em que as normas constitucionais aplicavam-se diretamente, influenciando nas interpretações das leis hierarquicamente inferiores, é a denominada Constitucionalização do Direito.

Com a constitucionalização do Direito Civil, e as garantias individuais carreadas na Constituição Federal, o exegeta pode transferir a interpretação individualista do direito civil para uma interpretação do homem inserido na sociedade¹⁴¹.

Não se deve entender, contudo, que esse caminhar hermenêutico é fácil. Muitos profissionais trazem arraigados os ideais de cunho liberal e individualista, com os quais o direito foi aplicado durante anos. Observa-se o surgimento de microssistemas jurídicos visando à proteção específica de certos atores do direito, como o consumidor, o idoso, a infância e a juventude. Essas legislações específicas desejam manter a salvo direitos de parcelas da população teoricamente mais frágeis e com dificuldades para lutar e garantir seus direitos.

Representam uma intervenção do Estado na vida privada, na forma como devem os jovens ser educados, na forma como os idosos devem ser tratados e na relação obrigacional referente a essas mesmas pessoas, seus bens e sua dignidade.

Tais conceitos decorrem, quase que logicamente, da falta de preocupação da população e dos órgãos sociais, no cotidiano, com os hiposuficientes jurídicos, dentre os quais se enquadram os grupos supra mencionados. É exatamente para tentar reequilibrar essa desatenção da sociedade, que os microssistemas são criados¹⁴².

¹⁴¹ “Desde Tomás de Aquino (1225-1274) até os recentes estudos do Existencialismo, a liberdade esteve e está presente. O *eu* e o *outro* são como dois pólos da relação jurídica, sempre *plural*, nunca *singular*. Ora é aqui que justamente se impõe a superação do individualismo de índole liberal, já que as relações jurídicas se aproximam mais à ideia de *colaboração*, *convivência*, *mundo vivido*, *solidariedade* e *justiça social*. É pois a essência da alteridade que se desvela no mundo jurídico.” MELLO, Cleyson de Moraes. **Curso de direito civil – Parte Geral**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p.10

¹⁴² “O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente – ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno significa a rejeição da ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admissão, ao revés, da estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para que possa abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado.” MORAES. 2010, p. 7.

Esses microssistemas transmutaram a relação privada, trazendo, com a intervenção estatal realizada pela opção constitucional, uma mudança de postura nas relações entre particulares. Tais mudanças deslocaram o foco hermenêutico de um sistema vinculado ao culto da propriedade e do liberalismo, para a preocupação com o indivíduo e as relações entre esses indivíduos. Esse deslocamento não decorre de outro fator, senão do emprego das normas constitucionais na esfera privada, fazendo com que se realizem, junto aos particulares, os princípios e fundamentos que a Carta Constitucional determina¹⁴³.

Nesse cenário jurídico, surgiu o Código Civil de 2002, que em seu todo reforça a condição social do Direito Civil, posto aderir-se aos princípios constitucionais já mencionados, trazendo a *dignidade da pessoa humana* como condão a ser alcançado pelas atividades privadas. Mas, não a dignidade individual, como pretendia o estado Liberal, uma dignidade que se concentra no homem enquanto ser social, considerando mesmo que a *dignidade da pessoa humana* apenas pode ser alcançada em uma totalidade social.

Não se trata aqui de excluir a ideia de privado, mas construir uma ideia de que a coisa, ainda que privada, não traz ao seu proprietário uma utilização ilimitada do bem, mas uma ocupação preocupada com o outro, na qual não se pode conceber o bem unitário em prejuízo do bem do outro.

¹⁴³ .. Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo a Lei do Direito Autoral e, recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, Base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (*rectius*, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (*Grundnorm*), fator determinante de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade das antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, num sistema). A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto a questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para a “revalidação” da ordem jurídica.

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que os princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando em consequência inaceitável a rígida contraposição direito público x direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem estender-se a todas as normas do ordenamento, sob pena de admitir-se a concepção de um *mondo in frammenti*, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário”. Idem. p. 8-9.

Essa preocupação com o bem estar alheio, com o direito do próximo, com o outro, representa profunda modificação na forma de se pensar o homem, antes individual, que fazia valer o direito próprio sobre o de todos os demais integrantes da comunidade; para representá-lo, como sempre foi para as demais ciências antropológicas, um ser social, cuja existência apenas pode possuir algum sentido quando ligada a outra ou outras existências.

A adequada utilização da propriedade será aquela que atenda aos interesses de seu proprietário, sem causar qualquer dano, desconforto ou infortúnio ao direito de seu próximo. Esse o significado de direito sociabilizado, um direito em que o homem é o centro de toda a preocupação e interpretação jurídica, limitando assim a utilização da propriedade, o exercício do poder público, no sentido que o interesse público é aquele que mais se adéqua ao interesse do homem na sociedade. Não se concebe o direito como uma forma pré-definida, mas como um engajamento de interesses de seres humanos, com vontades e necessidades individuais que se devem enganchar na necessidade social.

Para tanto, o que se pode considerar é a relação entre sujeitos de direito, em que deverá ser levada em conta a responsabilidade social (não basta deixar de agir prejudicialmente, é preciso também não omitir-se em obrigações) e a atuação no viver social¹⁴⁴.

Visto que o direito, na atualidade, deslocou o *locus* hermenêutico da propriedade para o homem, mas o homem social, com deveres de solidariedade, e que sobre esse aspecto a *dignidade humana* restou determinada como fim a ser alcançado pela aplicação jurídica.

Esse dever de solidariedade, insculpido no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu inciso I acentua como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*. Trata-se aqui, da obrigação

¹⁴⁴ “Os doutrinadores de vanguarda, gradualmente, começaram a colocar novas espécies de questões e traçar linhas inovadoras de desenvolvimento do Direito Civil. Em vez de procurar fincar o Direito na órbita individualista-patrimonialista, eles procuram apresentar a integridade do Direito Civil, a partir de sua constitucionalização. Por exemplo, perguntam não pela simples relação entre *sujeitos de direitos* na esfera interpretativa (individualista), mas antes pela sua *relação intersubjetiva* (relação sujeito-sujeito), isto é, um agir pensando no outro, com vistas no princípio da dignidade da pessoa humana. Algumas vezes um caso concreto decidendo, que deveria ser resolvido por meio de regras e procedimentos imutáveis, resiste ao ataque do procedimento lógico-formal, ou seja, não funciona segundo os padrões antecipados e revela-se uma anomalia que deve ser ajustada às expectativas do Direito Civil Constitucional. Desta e outras maneiras, a esfera jurídica civilística desorienta-se seguidamente, já que o *locus* hermenêutico está na Constituição e não apenas no Código Civil. Daí que a *Constitucionalização do Direito Civil* representa um fenômeno desintegrador da tradição civilística, já que implica uma mudança na postura hermenêutica que governava a prática anterior.” MELLO. 2009b. p.17.

de agir em prol da sociedade em que está inserido, demonstrando que não basta não prejudicar, é necessário um agir em respeito aos interesses de terceiros.

A alteridade, portanto, é o marco inicial do caminhar jurídico para efetivar a transformação do homem indivíduo (*homo clausus*) no homem social (*homo societas*), pois fora da sociedade e da inclusão social não se pode falar em dignidade humana.

Pois bem, uma vez que o agir pensando em outro é o caminho para alcançar a dignidade do homem, fim primeiro e essencial do direito, é necessário delimitar o que representa e qual o alcance dessa dignidade.

4.2 – O QUE PODE SER CONSIDERADO DIGNIDADE:

Traçar uma delimitação de *dignidade da pessoa humana* não é tarefa simples, havendo já diversos estudiosos na área da jusfilosofia engendrado por caminhos não menos variados, sem que se pudesse chegar a uma conclusão definitiva.

Sendo a sociedade um ente em constante mutação, também o conceito de dignidade sofrerá variações diversas, como já foi demonstrado no estudo histórico do presente trabalho. Mas importa saber, na atualidade, o que se pode definir como *dignidade da pessoa humana*.

Não se pode conceber que a dignidade apenas esteja presente onde exista o direito. Sendo condição inata ao homem, dele não pode se separar, sequer por vontade do mesmo.

Trata-se de bem irrenunciável e inalienável, mas cuja definição jurídica ainda não apresenta consenso¹⁴⁵.

A tarefa é desgastante e encontra conflitos, inclusive quanto a aspectos filosóficos e de aplicação jurídica, havendo entendimentos diversos, quanto à quantidade de garantia devida pelo Estado, e o que se pode chamar de dignidade humana. Faz-se necessário, entretanto, se não defini-la, ao menos apresentar algumas considerações a esse respeito.

¹⁴⁵ “Mas em que consiste a dignidade humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada? Esta é uma questão que, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e metodológicas. A temática tornou-se, a partir de sua inserção nas longas constituições, merecedora da atenção privilegiada do jurista, que tem, também ele, grande dificuldade em dar substância a um conceito que, por sua polissemia e pelo atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controvertido do que no passado.” MOARES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 75.

Algumas teorias entendem que ao Estado cabe indicar um mínimo existencial, referindo-se à condição de miserabilidade, e que o Estado, substituindo a função assistencial da Igreja, obrigou-se a retirar as pessoas dessa miserabilidade¹⁴⁶.

Segundo Ricardo Lobo Torres pode-se definir o princípio do mínimo existencial como o direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas¹⁴⁷.

Não se pode, contudo, esquecer que as pessoas se distinguem em gostos, anseios e pensamentos. Não existe entre os seres humanos uma concepção filosófica unânime do que seja a felicidade. Na verdade, nem a filosofia, nem a sociologia nem e nenhuma ciência antropológica conseguiu apresentar uma definição universalmente aceita da *essência humana* e, portanto, de no que consiste a *dignidade do homem*.

A primeira ideia que se tem de *dignidade da pessoa humana* é consistente com o cristianismo e a concepção de um ser humano criado “à imagem e semelhança de Deus”. Sendo assim, foi descrito como centro da criação e, justamente por isso, foi salvo de sua condição originária pelo raciocínio, que lhe permite a liberdade de escolha, tornando-o capaz de atuar deliberadamente, e em um sentido contrário ao que seria designado por seu instinto natural¹⁴⁸, não fazer aos outros o que não gostaria que fizessem a ti, raiz filosófica de todas as grandes religiões da humanidade.

¹⁴⁶ “No Estado Patrimonial os pobres não eram imunes aos tributos. Daí resultava uma estrutura impositiva essencialmente injusta, prejudicial à liberdade e à dignidade do homem e permanentemente deficitária, pelo pequeno aporte de recursos dos impostos indiretos pagos pela população carente. Incumbia à Igreja, com uma parcela dos dízimos, e aos cristãos ricos dar assistência social aos pobres, o que acabou por gerar o estímulo à mendicância. O relacionamento entre a fiscalidade eclesiástica e os pobres está intimamente ligado ao elogio da pobreza e à condenação da riqueza feitos pela Escolástica. Tal atitude se inverterá a partir do iluminismo e do liberalismo, transferindo-se a assistência à pobreza ao Estado, imunizando-se o mínimo existencial contra os tributos e incentivando-se a riqueza suscetível de imposição fiscal. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.3-4.

¹⁴⁷ idem. p. 8.

¹⁴⁸ “Daí se pôde pensar, como fez São Tomás, a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; a dignidade existe *in actu* só no homem, enquanto indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano. A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora, não mais olhar apenas em direção a Deus, mas também se voltar para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade. E assim agir de modo compatível. Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera a sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina.” MORAES. 2010. p. 78

A partir daí, diversos foram os autores e estudos sobre o homem e a atuação do mesmo no mundo, passando pelo antropocentrismo; por teorias como a de Thomas Hoobes que reduzem o homem a um ser tão malévolos que apenas a força do Estado seria capaz de reduzir essa diversidade de vontades a um ideal único; por John Locke e a consciência da identidade do ser humano; por Immanuel Kant e a visão do homem como fim em si mesmo¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Em 1486, Giovanni Pico, Conde de Mirandola, então um jovem com 23 anos, enunciou a sua famosa *Oratio de Hominis Dignitate*, depois considerada o discurso fundador do renascimento humanista, "o primeiro horizonte da modernidade", assim definida em razão de seu compromisso com a valorização e a promoção filosófica do homem. O antropocentrismo presente na obra não era completamente novo para a época, já tendo sido celebrado por outros autores, como Petrarca, Bruni e Manetti. O que diferencia Giovanni Pico e o torna digno de menção é que o seu texto, embora faça numerosas alusões à *ratio theologica*, a par da *rathio philosophica*, não estabelece entre elas a habitual relação de subordinação, de dependência, de causa e consequência entre Criador e criatura. Não por acaso as teses de Pico foram consideradas heréticas por Inocêncio VII, embora viesse seu autor a ser absolvido pelo sucessor, Papa Alexandre IV.

Entre os teóricos modernos, debruçaram-se sobre o conceito de pessoa humana principalmente Hobbes, Locke e Kant. Thomas Hobbes, no *Leviatã* (1651), a partir da aludida obra de Cícero, usa a noção como central para o conceito de soberania absoluta que defende: a única saída para evitar a guerra, de fato, parece-lhe ser a criação do Estado como uma entidade capaz de reduzir a vontade dos indivíduos a uma vontade única, mediante atribuição de todos os poderes e de todos os direitos (menos o direito à vida) a uma única pessoa: a pessoa do soberano.

John Locke, ao contrário de Hobbes, acreditando que o fundamento único do Estado deve ser o consenso entre seus membros, publica, em 1689, o célebre *Ensaio sobre a compreensão humana*, no qual afirma, em relação ao que aqui nos diz respeito, que entende a palavra "pessoa" como a que é empregada para designar aquilo que alguém chama de "si mesmo". Locke associa ao termo as palavras "identidade", "consciência", e "memória", vendo o ser humano individual como um ser dotado de identidade reflexiva, em virtude da consciência dessa sua identidade.

Em 1788, através da *Crítica da razão prática* Immanuel Kant reasentou a questão da moralidade em novas bases, resumidas, em última instância, no que ele denominou de "imperativo categórico". O dever, segundo Kant, não se apresenta através de conteúdos fixos, nem tampouco é uma lista ou catálogo de virtudes, antes configura-se através de uma "forma" que deve valer universal e incondicionalmente, isto é, categoricamente, para toda e qualquer ação moral.

O imperativo categórico está contido na sentença: "Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral". Esta formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais. São elas: i) "Age como a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza", o que corresponde a universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar; ii) "Age de tal maneira que sempre trate a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio", que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas; e iii) "Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais", que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral.

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora do homem precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro." Idem. p.79-80.

É possível, portanto, considerar a dignidade como um valor interiorizante do ser humano, que poderá, no entanto, ser violado por causas exteriores, como ações humanas que venham a degradar o sentimento íntimo, transportando o indivíduo a uma concepção de menos valia em relação a terceiros, ou mesmo de desprezo de seus direitos em relação à sociedade.

Justamente por estar interiorizado o sentimento de dignidade, existe tanta dificuldade em se realizar uma conceituação adequada a todos, sendo aplicável *erga omnes* e universalmente.

Ocorre que os valores humanos modificam-se em razão do lugar e do tempo, e muitas vezes o que se considera digno para determinada pessoa, em certo país, poderá consistir em desonra em outro local do mundo.

Logo, a conceituação jurídica de *dignidade da pessoa humana* não poderá ser fixada *a priori*, mas dependerá de conjugação entre experiência e história, sendo, portanto, um conhecimento empírico¹⁵⁰.

Conclui-se que, ao analisar-se uma ocorrência de violação à *dignidade da pessoa humana*, não bastará ao aplicador do direito uma sucinta análise do que lhe pareça digno ou não. Não são seus preceitos individuais que estão em jogo, mas os preceitos sociais e locais, que deverão ser adequados às garantias constitucionais e ao indivíduo^{151,152}.

¹⁵⁰ “Eis uma questão que merece reflexão: existe mesmo um conhecimento que não dependa da experiência e das impressões dos sentidos? Esses conhecimentos são chamados *a priori*, e diferem dos empíricos, cuja origem é *a posteriori*, ou seja, são provenientes da experiência.” KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco, São Paulo: Martin Claret, 2009, p.13.

¹⁵¹ “Mesmo assim, tal como consignou um arbusto estudioso do tem, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Com efeito, não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência – notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no ceticismo manifesto de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica dignidade, aspecto que, por sua vez, voltará a ser referido. Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que (também aqui), nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que

Em se tratando de uma conjugação entre a experiência e a história, o conceito de dignidade estará em constante modificação, reconstruindo-se constantemente, à medida que as sociedades evoluam e as necessidades humanas se alterem.

Isso significa que a dignidade humana deve ser pensada através de uma forma não pré-concebida, mas que se atualiza a cada interpretação, reconduzindo o homem ao seu caráter humanístico, e como ser humano integrado a uma sociedade, que também possui seus valores, que devem ser observados com uma conjugação da expressão dos valores dos indivíduos que a compõem.

Essa indefinição no conceito de dignidade, aliada à dificuldade do Estado em garantir os direitos essenciais, possibilita que Ricardo Lobo Torres defenda a aplicabilidade do mínimo existencial como garantidor de uma vida qualitativa e aceitável¹⁵³.

Sendo assim, o conceito de dignidade deve ser pensado em continuidade, a fim de que esteja sempre atual, não podendo ser contextualizado fora do ambiente social do próprio indivíduo¹⁵⁴.

também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela prática constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.” SARLET. 2011, p. 50-52

¹⁵² “Mas quer o preenchimento dos conceitos objetivos-normativos “carecidos de um preenchimento valorativo”, que há pouco referimos, se possa apoiar numa tradição moral inteiramente firme, quer se tenha de orientar pelos juízos de valor mutáveis de “sectores populacionais em mudança” – a função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças e valorações – a “valoração que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de conhecimento.” ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de: J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p 239.

¹⁵³ “O problema da qualidade de vida, portanto, se coloca no vértice das discussões sobre o desenvolvimento humano e tem merecido diversas outras respostas. Rawls enfatiza a importância dos “bens primários (primary goods) para uma boa qualidade de vida. Dworkin prefere ver na “igualdade de recursos” (equality of resources), que é diferente de igualdade de bem-estar (equality of welfare), o fundamento para garantir o “well-being”, conceito ético-jurídico, que não se confunde com o bem-estar (welfare).

Comunitaristas como Walzer procuram a vida boa (good life) através da objetividade do “significado social” do bem (social meaning), mas não apresentam resultados palpáveis.

A qualidade de vida, enfim, deve ser mensurada pela garantia dos mínimos sociais e das prestações positivas de justiça distributiva ligadas à educação, saúde, moradia e demais direitos sociais.” Torres. 2009, p. 19-20.

¹⁵⁴ “Por outro lado, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada, pelo menos não exclusivamente, como algo inerente à pessoa humana (no sentido de uma quantidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, refutando-se a tese de que a dimensão ontológica da dignidade possa ser equiparada a uma dimensão por assim dizer biológica. Tal circunstância, importa consignar, que já havia sido reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em referencial decisão, restou

Ainda que a dignidade seja concebida como a autonomia da pessoa em decidir a atuar conforme seus projetos existenciais e na busca da felicidade; essa autonomia deve encontrar limites na esfera social, sob pena de retirar-se a dignidade daqueles que não podem atuar em defesa de seus próprios projetos, como os absolutamente incapazes, aos quais, apesar de sua absoluta falta de condição em prover a própria existência, ou mesmo de realizar projetos pessoais, devem ser deferidas garantias à dignidade.

Da mesma forma, não se pode retirar o direito à dignidade daqueles que atuaram contra a própria sociedade, razão pela qual vêm sendo adequadas mesmo as penalidades criminais, no sentido de garantir sanções mais dignas à qualidade da pessoa humana.

Ocorre que, apesar de a *dignidade da pessoa humana* possuir um sentido individualista e pessoal, não se pode desconsiderar que ela deve ser percebida em um contexto social, não sendo crível que a individualidade se coloque acima do coletivo. Daí a importância da conjugação da experiência com a história, ou estaríamos diante de uma ditadura individual, que levaria novamente ao liberalismo.

Logo, a *dignidade da pessoa humana* encontra sentido apenas em uma localização social, até porque, fora da sociedade não há que se falar em dignidade do homem, muito

igualmente consagrada em outras ordens constitucionais. Com efeito, de acordo com a seguinte passagem extraída de decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, revelando esta inequívoca dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana e que aqui se amolda perfeitamente, “a ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”. Neste contexto, importa mencionar que a dignidade da pessoa humana, como símbolo lingüístico que também é (e como tal tem sido utilizada), não tendo, como já frisado, um conteúdo universal e fixo, no sentido de representar uma determinada e imutável visão do mundo e concepção moral, dificilmente poderá ser traduzida por uma fórmula que tenha a pretensão de ser “a verdadeira” noção de dignidade da pessoa humana, mas acaba, pelo menos em parte, sendo permanente objeto de reconstrução e repactuação quanto ao seu conteúdo e significado. Ainda a respeito deste ponto, vale registrar a lição de Ernest Benda, de acordo com o qual, para que a noção de dignidade não se desvança como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana” SARLET. 2011, p. 57-58.

menos em direito a ser atribuído ao mesmo¹⁵⁵. Essa preocupação com o outro, denominada alteridade, é que diferencia o homem de tudo o que existe¹⁵⁶.

O que se tem levado a efeito, e parece ser a tendência dos juristas da atualidade, é a ligação da *dignidade da pessoa humana* com os direitos fundamentais insculpidos na ordem constitucional¹⁵⁷.

Apesar tal aproximação trazer alguma luz à questão, não chega a solucionar definitivamente o impasse, posto caber, ainda, determinar quais seriam os direitos fundamentais que configuram a *dignidade da pessoa humana*^{158,159}.

¹⁵⁵ “Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo.” Idem. p. 64

¹⁵⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 189.

¹⁵⁷ “Dentre suas obras, a mais conhecida, e que condensa melhor suas teses, é o *Discurso sobre a dignidade do homem*, que passou a posteridade como uma espécie de manifesto renascentista do homem, descrito como *centro do mundo* (antropocentrismo). Mas por que esta obra, verdadeiro elo entre filosofia medieval e filosofia moderna, mereceria ser lida nos dias de hoje? Ora, mais do que um valor, ou uma constatação metafísica, a dignidade humana é hoje um *princípio jurídico*, encontrando-se protegida como *norma* nas Constituições das nações civilizadas. As Constituições, todavia, não dizem o que é a dignidade humana, apenas garantem-na em seu texto como princípio fundamental. É preciso, então, preencher a norma *de sentido*: devemos compreender o que é o homem e por qual razão ele possui uma dignidade que deve ser socialmente protegida. Para esta tarefa, a ciência jurídica deve buscar o apoio da filosofia. Neste breve artigo, limitar-me-ei a mostrar o fundamento filosófico que Giovanni Pico, em seu *Discurso*, apresenta para a questão da dignidade humana. Suas ideias, aparentemente circunscritas a um período determinado da história do pensamento (o Renascimento), ultrapassam esta perspectiva, alcançando validade atemporal.” LACERDA, Bruno Amaro. “**A dignidade humana em Giovanni Pico Della Mirandola**” disponível em http://www.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_2.pdf, acesso em 10/03/2012.

¹⁵⁸ “Se, por um lado, considerarmos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda de modo e intensidade variáveis – , ser conduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda. Neste sentido, Vieira de Andrade, embora sustentando que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admite, todavia, que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da ideia de dignidade e outros que destes são decorrentes. Assim, mesmo que se deva – nesta linha de entendimento – admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade dessa vinculação, aspecto que, por sua vez, voltará a ser abordado no próximo seguimento. O que importa frisar, nesse contexto, é que embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição Brasileira, que nem todos os direitos fundamentais tenham

O debate transfere-se da esfera da dignidade individual alcançando os direitos sociais, em outras palavras, a *dignidade da pessoa humana* poderá ser alcançada apenas pela garantia dos direitos individuais (artigo 5º da Constituição), ou sua efetivação depende da atuação dos direitos sociais, passando esses últimos a integrar o rol dos direitos fundamentais.

Os adeptos do direito ao mínimo existencial fazem profunda diferença entre os direitos individuais, que consideram fundamentais, e os direitos sociais que, apesar de sua inegável importância, colocam como segundo objetivo, dependentes de dotação orçamentária e de possibilidade governamental¹⁶⁰.

Lado outro, juristas como Ingo Wolfgang Sarlet, definem os direitos sociais como fundamentais e, portanto, inerentes à condição digna do ser humano¹⁶¹.

fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando – tal como bem aponta Jorge Reis Novais – inclusive as possibilidades de abertura e atualização do catálogo constitucional de direitos, como mais adiante temos oportunidade de verificar. Todavia, há que levar em conta, como bem aponta José de Melo Alexandrino, que a ideia de acordo com a qual o princípio da dignidade da pessoa humana imprime unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais não resulta imune a controvérsias, visto que não fastos alguns pontos problemáticos, a começar pela ampla gama de conteúdos e dimensões que se atribui à noção de dignidade da pessoa humana em si, bem como na (já referida) e não necessariamente linear e incontroversa relação entre dignidade e os direitos fundamentais.” SARLET. 2011, p. 93-94.

¹⁵⁹ O Tribunal Superior do Trabalho está julgando o Recurso de Revista 2462-02.2010.05.02.0000, em que uma ex orientadora do vigilantes do peso foi demitida por justa causa, em decorrência haver aumentado 20 quilos além do peso ideal. O tribunal debate se a demissão por justa causa é pertinente ou não, e se a regra contratual que proíbe o aumento de peso é válida. Até o momento o relator do processo Ministro Guilherme Caputo Bastos votou pelo não conhecimento do recurso, considerando válida a cláusula que proíbe o aumento de peso; o Ministro José Roberto Freire Pimenta, proferiu voto divergente, alegando direito fundamental da pessoa, que não pode ser obrigada a não aumentar seu peso. O processo aguarda o parecer do Presidente da Turma.

¹⁶⁰ “Em síntese, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos mais pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre os direitos fundamentais e os direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos, sequer na sua dimensão mínima.” TORRES.2009, p.80-81.

¹⁶¹ “Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. Além disso, a própria utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava-se utilizar a denominação “direitos e garantias individuais”, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional. A acolhida dos direitos

Uma análise dos termos da Carta Política, principalmente no que concerne ao inciso III do artigo 1º, parece colocar em termos de aceitação a teoria do civilista, haja vista dispor o princípio da *dignidade da pessoa humana* como fundamento do próprio Estado.

Enquanto princípio fundante, cabe ao Estado promover a dignidade da pessoa, em todo o seu aspecto, quer individual, quer social, levando à consideração de que todo o conteúdo do capítulo destinado aos direitos fundamentais seja necessário à dignificação do ser humano.

Quando o direito se preocupa com a *dignidade da pessoa humana* transfere para o intérprete a obrigação de trazer para a efetivação do direito uma aplicabilidade que leve em consideração a condição de dignificar o homem, levando essa dignidade não apenas como princípio fundamental, mas como direito instituído e, portanto exigível¹⁶².

Ao aplicador do direito cabe, portanto, instituir a *dignidade da pessoa humana* ao interpretar, executar e julgar as relações entre os particulares, entre os Poderes Públicos e os particulares, e de uma forma geral nas relações jurídicas.

4.3 - A PESSOA HUMANA COMO DESTINATÁRIA DO DIREITO:

Sendo a *dignidade da pessoa humana* fundamento do Estado, os Poderes Públicos encontram-se obrigados a unir esforços na concepção dessa dignidade.

Por ser seu fundamento, o direito deve ser pensado no sentido de possibilitar e facilitar o princípio dignificador da pessoa humana.

fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.”SARLET. 2010, p. 66.

¹⁶²“A concepção de acordo com a qual – pelo menos em grande parte- os direitos fundamentais (assim como, em especial, os direitos humanos) encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, quando contrastada com a noção de dignidade na condição de um direito (fundamental) à proteção e promoção dessa dignidade, foi percebida, pelo menos na acepção de Jeremy Waldron, como constituindo uma “dualidade de usos”, visto que a dignidade opera tanto como fundamento (a fonte) dos direitos humanos e fundamentais, mas também assume a condição de conteúdo dos direitos. Tal dualidade, de qualquer sorte, não representa uma incompatibilidade entre os dois usos da dignidade, aspecto que se impõe seja aqui frisado, ainda que não resulte desenvolvido.” SARLET. 2011,p. 94-95.

Sendo assim, cabe ao legislativo, em sua função criadora do direito, laborar no sentido de efetivar condições infraconstitucionais capazes de suprir as lacunas legais, realizando disposições capazes de viabilizar a dignidade humana¹⁶³.

Além dos órgãos estatais, também a comunidade de um modo geral encontra-se obrigada a laborar no sentido de alcançar a *dignidade da pessoa humana*, dado o caráter social do princípio, que exige uma atuação democrática e participante muito maior que a obrigatoriedade do voto e participação na escolha de dirigentes políticos.

Como já dito, a atuação social no caminho da alteridade, de um pensar no outro, exige, portanto, um caminhar de prevenções e atuações negociais de boa fé e voltadas para o engrandecimento social^{164,165}.

¹⁶³ “Nesse contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do estado de abster-se de ingerência na esfera individual que sejam contrários à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda eu para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.” SARLET. 2011, p. 132-133.

¹⁶⁴ Assim, se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica, também, em *ultima ratio* por força de sua dimensão subjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, decerta forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas.” Idem, p. 136.

¹⁶⁵ ““ A boa fé contratual é uma norma de conduta. É a conduta ética, leal, honesta e transparente esperada dos parceiros contratuais. O legislador determina no artigo 113 que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Isto representa que a exegese dos atos jurídicos deve ser conduzida pelo intérprete a partir de um ponto originário chamado boa-fé.

Essa matriz hermenêutica é tão importante que o Código Civil brasileiro reforça esta conduta nas relações jurídicas contratuais ao estabelecer no artigo 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Pode-se afirmar que as normas previstas nos artigos 421 e 422 representam cláusulas abertas implícitas em todos os contratos. Assim, a probidade e a boa fé exprimem-se através de cláusulas gerais de conduta que devem regular os atos jurídicos. As cláusulas gerais possibilitam ao julgador uma maior autonomia e liberdade

A atuação proba é uma conduta contínua, que deriva da alteridade, da preocupação constante em não prejudicar, ainda que involuntariamente. É a preocupação do ser social¹⁶⁶.

É proba aquele que toma cuidados para não ser prejudicado e, ainda, assumindo sua condição de ser social, cuida para que suas ações ou omissões não prejudiquem terceiros, atuando como ser solidário¹⁶⁷.

Essa atuação solidária, no caso da propriedade, consolida-se no exercício responsável da produção, da utilização da terra e dos recursos naturais, na manutenção de condições de sobrevivência das gerações futuras.

Mas quem cumpre a função social não é a propriedade, posto conceitual, mas o homem que dela se utiliza, e se o faz em consonância com os dispositivos constitucionais de aproveitamento racional do solo; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis; preservação do meio ambiente; observação da legislação trabalhista; exploração equilibrada capaz de garantir o bem estar do proprietário e dos trabalhadores. Satisfaz, então, o requisito de legitimidade exigido na Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶⁸.

na tarefa hermenêutica de analisar o caso concreto decidendo. É uma espécie de correção normativa efetuada pelo magistrado com o firme propósito de superar o positivismo científico e legalista.” MELLO. 2008b, p. 303.

¹⁶⁶ “Da mesma forma, o princípio da boa-fé ganha destaque na norma do artigo 187 do Código Civil que determina que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Esta forma se fez necessária porque os membros da sociedade nem sempre agem de forma honesta, leal, digna e com respeito ao semelhante.

Ademais, repise-se, todo e qualquer negócio jurídico deve ser interpretado conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, conforme resta consignada na regra do artigo 113 do nosso Código Civil, conhecida como a regra da “boa-fé hermenêutica”.

Evidentemente, que a combinação dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil brasileiro representa a trilogia da boa-fé objetiva em nosso ordenamento jurídico civilístico. Mais que isso: tais condutas representam um componente ético-jurídico nas relações interprivadas consagradas pelos elementos de cooperação, lealdade, confiança e probidade entre os agentes envolvidos.” Idem. p. 307.

¹⁶⁷ “A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externo. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja o elenco essencial de toda e qualquer relação jurídica. Neste sentido “a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida que passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.” NEGREIROS. 2006, p. 118-119.

¹⁶⁸ MARÉS. 2003, p. 116.

Ressalte-se que a função social da propriedade está posta como norma delimitadora de atuação interna de proprietário, daí a fluidez e indeterminação que lhe são atinentes, restando mesmo sua percepção no campo da ética e estritamente ligada à dignidade da pessoa humana, como obrigação geral.

Perceptível a importância das funções legislativas e das relações interpessoais na realização das pessoas, na dignificação das mesmas, contudo, a maior tarefa cabe ao Poder Judiciário, na interpretação e efetivação dos deveres individuais e interpessoais, bem como na aplicação das normas entabuladas pelo Legislativo.

Cabe, então, arguir se o Judiciário está preparado para tal desafio.

A modificação do *locus hermenêutico* do direito brasileiro, mormente do direito civil, voltando-se para as garantias fundamentais e a dignidade humana, trazem novidade, principalmente pela constitucionalização do direito civil, que são capazes de alardear, ou deixar sem fundamentação, julgadores ainda impregnados dos conceitos individuais e liberais com os quais formaram suas opiniões jurídicas.

4.4 - A HERMENÊUTICA APLICADA AO DIREITO.

Os tribunais brasileiros vêm, crescentemente, adotando o princípio da *dignidade da pessoa humana* como fundamento, ainda que marginal e sem uma adequação mais apurada.

O correto é que os Tribunais têm procurado, em suas decisões, principalmente envolvendo assuntos de maior debate e polêmica, decidir aplicando os direitos e garantias fundamentais, como *a propriedade e sua função social* e *a dignidade da pessoa humana*.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao decidir o Agravo 0000464-88.2009.404.7007/PR, relatado pelo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, e publicado no Diário Oficial em 10.05.2011, assim se manifestou sobre o direito de propriedade e a função social da mesma:

“Cabe lembrar que o direito de uso da propriedade não é ilimitado, encontrando limites, inclusive, constitucionais. Deste modo, a propriedade deve atender a sua função social, conforme dispõe a Carta Magna do país, função esta que constitui direito fundamental, princípio da ordem econômicas e, principalmente,

critério constitucional de política agrícola¹⁶⁹, esta última revelando a função sócio-ambiental da propriedade. Destarte, conclui-se que não pode ser considerado o direito constitucional de propriedade na. Utilização desta em confronto com o critério sócio-ambiental estabelecido pela própria Constituição, qual seja: utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. Do mesmo modo, não é mais convincente o argumento do direito adquirido de uso da propriedade, pois que este deve-se pautar, em tudo o mais, pelos preceitos acima delineados. Evidentemente que pode haver direito adquirido de uso da propriedade, embora não haja qualquer direito adquirido de uso da propriedade, e, sim, um direito qualificado, pela função sócio-ambiental constitucionalmente estabelecida.¹⁶⁹

O texto é bem claro informando ao jurisdicionado, no caso específico, que o direito de utilizar a propriedade não é ilimitado, nem confere ao proprietário direito de aviltar interesses coletivos, estando o direito de utilizar-se da propriedade, atualmente, limitado pelos preceitos Constitucionais de funcionalidade e socialidade.

E ainda, falando sobre os direitos difusos, e do interesse social da proteção desses direitos, faz constar:

“ Bem assim, é dever constitucional de todos a proteção e a preservação do meio ambiente, não sendo plausível justificar o uso impróprio da APP em razão do fato de outrem, mesmo que do Estado. Tratando-se de propriedade inserta na Mata Atlântica área que requer maior cuidado em sua preservação (tanto que erigida como área de preservação permanente), tem-se que considerar com muito zelo o perigo de a sua utilização indevida ocasionar danos irreversíveis ao frágil bioma ali estabelecido, especialmente com a utilização da área de proteção permanente para uso agropastoril, o que, precisamente, é o que vem fragilizando o referido bioma. Não bastasse, é consabido que a Floresta Atlântica é um dos biomas mais ricos em biodiversidade, muito embora mais da metade das suas espécies - Arbóreas e não arbóreas - Sejam endêmicas (isto é, encontradas exclusivamente na região), e, igualmente, boa parte da sua fauna. Quanto ao Rio Santo Antônio, é relevante afirmar que ele é afluente do Rio Iguaçu, o qual, por sua vez, além de cortar a porção inferior do Estado do Paraná, tem vultosa importância ao banhar todo o

¹⁶⁹ TRF 4ª R. – AG-AC 0000464-88.2009.404.7007/PR – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – DJe 10.05.2011 – p. 372

Parque Nacional do Iguaçu. Assim, eventuais danos ambientais não vão causar impactos apenas naquela determinada localidade, mas em todas as demais cidades que estão abrangidas por esta esfera de influência fluvial, principalmente em razão dos assoreamentos e erosões decorrentes do desmatamento das matas ciliares ao longo do Rio Santo Antônio. Destarte, não havendo nenhuma ilegalidade no Procedimento administrativo que cominou a multa aplicada (posto que inexistente prova nos autos neste sentido), e tendo-se em conta que a multa é de extrema importância para o controle do esforço depredatório sobre a área de preservação permanente compreendida pelas matas ciliares do Rio Iguaçu, cuja relevância foi acima exposta, tem-se que a sua imposição por parte da autarquia é absolutamente necessária e devida.¹⁷⁰

Mas, se por um lado, como no caso supramencionado, a *função social da propriedade* impõe limites, por outro garante o uso da mesma, impedindo que gravames lançados por antecessores venham a criar obstáculos à plena utilização do bem, quando a necessidade fática exige o pleno exercício do direito.

No Superior Tribunal de Justiça, decidindo Recurso Especial, a Relatora Ministra Nancy Andrighi, ao analisar contenda versando sobre a inalienabilidade de bem recebido por herança, considerando a *função social da propriedade* e, sobretudo a *dignidade da pessoa humana*, proferiu voto onde se lê:

Verifica-se, dessa forma, que o TJ/MG buscou atribuir ao texto legal “um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor*, e não *em prejuízo* de quem ela evidentemente visa a proteger” (Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 17ª Ed., p. 156 – destaques no original). Assim, se a manutenção das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade instituídas em testamento acabam por constituir verdadeiros obstáculos à própria fruição do imóvel pelo proprietário, sua relativização não só é possível como é também necessária.

Essa necessidade decorre do fato de que a supressão ao direito de livremente dispor dos bens - ainda que eficazmente instituída por meio de testamento válido - não pode ser considerada de modo absoluto, devendo ser delimitada por preceitos de

¹⁷⁰ Idem.

ordem constitucional, como a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana. Não parece razoável admitir que a sobrevivência e o bem-estar da recorrida sejam prejudicados, em prol da obediência irrestrita às cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

A 4ª Turma desta Corte já teve a oportunidade de analisar situação semelhante à dos autos, na qual foi admitida a dispensa judicial das cláusulas restritivas incidentes sobre imóvel objeto de compromisso de compra e venda. Naquela ocasião, o i. Min. Cesar Asfor Rocha certificou que

A regra restritiva a propriedade encartada no art. 1.676 do código civil deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar a entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura.

Todavia, não pode ser tão austeramente aplicada a ponto de se prestar a ser fator de lesividade de legítimos interesses, sobretudo quando o seu abrandamento decorre de real conveniência ou manifesta vantagem para quem ela visa proteger associado ao intuito de resguardar outros princípios que o sistema da legislação civil encerra, como se da no caso em exame, pelas peculiaridades que lhe cercam (REsp 10.020/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 14/10/1996).

Os gravames, além do mais, devem sempre ter em vista a função social da propriedade sobre a qual foram impostos, pois não é possível admitir a manutenção de um bem que acabe por prejudicar seu proprietário, de modo a causar-lhe aflições e frustrações. O exercício do direito de propriedade, nesses casos, descaracteriza-se tanto jurídica quanto economicamente, sendo importante destacar que a hipótese dos autos trata de uma pequena propriedade rural, que evidentemente necessita de investimentos para que se torne produtiva e atinja seus fins sociais. Daí decorre, ainda, que o impedimento ao exercício dos direitos decorrentes da propriedade por um longo período de tempo e na presença de circunstâncias que justifiquem a disposição do bem constitui ofensa ao princípio da função social da propriedade, já que impede a livre circulação e exploração da riqueza.¹⁷¹

¹⁷¹ Recurso Especial nº 1.158.679 – MG (2009/01933060-5) Documento: 1051329 - Inteiro Teor do Acórdão site certificado - DJe: 15/04/2011.

Deve-se observar que a decisão supra que, em primeira vista pode parecer ferir a lei, dá a ela integral cumprimento, quando coaduna suas disposições aos fundamentos constitucionais, principalmente referentes à *dignidade da pessoa humana*.

Existindo o bem como serviço e prestação ao indivíduo, não se pode conceber que esse mesmo bem, enquanto servil, passe a ser obstáculo à existência do possuidor, como houvesse uma transferência de valores, onde o homem é coisificado e o bem entificado, como decorria anteriormente, momento jurídico em que o individualismo e o liberalismo centralizavam a produção legislativa e jurídica¹⁷².

Importante observar que o acórdão supra dá o limite do julgador, como pacificador de lides e aplicador do direito, adequando a norma ao caso concreto, não apenas um repetidor de normas legais subjetivas, mas atuador do direito.

Em decisão proferida no Agravo regimental 1.138.517-MG (2009/0085811-0) a ementa do acórdão já traz lição quanto à *função social da propriedade*, desta feita, para proteger os direitos de proprietário contra ato lesivo do Poder Administrativo, e ainda, como demonstração da relatividade na consideração da propriedade como direito individual, e assim entendido, mas com finalidade social.

3. Nos moldes em que foi consagrado como um Direito Fundamental, o direito de propriedade tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais. Enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre a sua função individual.

¹⁷² “O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio imposto pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. A transcendência existencial torna-se uma alavanca de evolução da ciência jurídica.

O pensamento jurídico civilista não pode ficar adstrito a um sistema de pretensão absoluta, isto é, à pretensão do Código Civil bastar a si mesmo, de ser completo, fechado, de ter tudo. Isso quer dizer que o direito não pode ser explicado a partir de uma relação sujeito-objeto, em que se instaura a subjetividade do sujeito com a objetividade do objeto.

A superação da filosofia da consciência, da relação sujeito objeto, do subjetivismo, é a busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser no mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do Direito Civil. É o caminho para a (des)entificação do Direito, já que um ente não pode fundar os entes. É a partir da hermenêutica como modo de ser no mundo que o Direito deve procurar caminhar por uma área de valores humanos peculiares, subtraídos à lógica formal do direito positivo.” MELLO, 2009b, p.12-13.

4. Em situação diferente, porém, encontra-se a propriedade de bens que, pela sua importância no campo da ordem econômica, não fica adstrita à finalidade de prover o sustento do indivíduo e o de sua família. Tal propriedade é representada basicamente pelos bens de produção, bem como, por aquilo que exceda o suficiente para o cumprimento da função individual.

5. Sobre essa propriedade recai o influxo de outros interesses - que não os meramente individuais do proprietário - que a condicionam ao cumprimento de uma função social.

6. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II, da CF.

7. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.

8. Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros.

9. Assim, nos termos dos arts. 186 da CF, e 9º da Lei n. 8.629/1993, a função social só estará sendo cumprida quando o proprietário promover a exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores.

10. No caso concreto, a situação fática fixada pela instância ordinária é a de que não houve comprovação do descumprimento da função social da propriedade. Com efeito, não há como aferir se a propriedade - apesar de produtiva do ponto de vista econômico, este aliás, o único fato incontroverso - deixou de atender à função social por desrespeito aos requisitos constantes no art. 9º da Lei n. 8.629/93.¹⁷³

¹⁷³ Agravo Regimental 1.138.517-MG (2009/0085811) Documento: 935830 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 01/09/2011

Na ementa resta claro que a propriedade possui ainda nos dias atuais uma função individual, garantidora de benefícios ao possuidor e sua família, referindo-se à pequena propriedade e à propriedade urbana, ao que parece.

Contudo, quando se refere àquelas propriedades que, por sua extensão possuem uma função produtiva, a essas emprega uma função social, o cumprimento dos preceitos elencados no artigo 186 do Mandamento Constitucional.

Essa concepção, apesar de interessante e demonstradora da dicotomia das funções individuais e sociais da propriedade, não deve ser considerada integralmente correta, haja visto que as propriedades de modo geral, rurais ou urbanas, maiores ou menores, trazem em seu cerne uma concepção social, ainda que manifestada de diferentes formas¹⁷⁴.

Ocorre que a propriedade urbana, ainda que não capaz de produzir riquezas, também cumpre sua função social, quando preserva o meio ambiente, os recursos naturais, o patrimônio histórico e artístico, como determina o artigo 1228 do Código Civil, em seu parágrafo primeiro.

Outro ponto que merece destaque é aquele que invoca profunda distinção entre a função individual e a *função social da propriedade*, discorrendo que para ser possível que a propriedade satisfaça a função individual, basta uma conduta no sentido de não causar incômodos, como as definições delineadoras do direito de vizinhança, enquanto a satisfação da função social impõe uma conduta ativa, qual seja a de tornar o bem útil à sociedade, com a conservação do meio ambiente, respeito às leis trabalhistas e manutenção da propriedade seus proprietários e trabalhadores em condições dignas.

Não obstante, o Ministro Humberto Martins, proferindo seu voto, presta esclarecimento quanto à importância da *função social da propriedade*, como se lê:

¹⁷⁴ “Na sociedade atual não há mais espaço para entender a propriedade divorciada do elemento que lhe confere conteúdo e tutela jurídica que vem a ser o exercício do domínio mediante atenta observância da função social, pois, em que pese a proteção privatística da propriedade, ela deverá retratar uma finalidade econômica e social apta a sua vocação urbana ou rural, gerando frutos, empregos e conduzindo à uma justa circulação das riquezas de modo a que tenhamos uma sociedade mais justa e solidária, objetivo primaz do estado democrático de direito inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil.” MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.88.

“Com essas considerações, percebe-se que, em tese, possui razão o agravante quando afirma que o desrespeito à legislação ambiental e a tensão social provocada pelos proprietários são fatos que indicam que a propriedade não está cumprindo sua função social.

Todavia, e é por esta razão que o agravo regimental não merece provimento, os fatos consignados pelo Tribunal de origem não se harmonizam com os que estão relatados nas razões recursais.

Eis a fundamentação do acórdão recorrido (fl. 261-e):

"Quanto ao mérito, igualmente sem razão o agravante.

O INCRA não fez a juntada de seu trabalho de campo, peça que seria necessária à análise da controvérsia. Contudo, ele próprio admite que a propriedade dos agravados é produtiva, e, como tal, não pode ser desapropriada.

Ainda que a área de reserva legal não tenha sido averbada, o que não foi provado pelo INCRA, os cálculos do grau de produtividade realizados pela autarquia devem considerar essa área.

Ademais as questões concernentes aos conflitos ocorridos no imóvel rural não servem para afastar a condição de terra produtiva constatada em perícia. Aliás, como o próprio juiz observou, demonstra que houve invasão e que, mesmo se a propriedade fosse improdutiva, seria necessário aguarda-se o prazo legal de dois anos, como prevê o art. 2º, § 6º, da Lei 8.629/93, da redação dada pela MP 2.183/01. " (Grifei.)

Conforme se observa, a situação fática narrada pelo agravante não é confirmada pela instância ordinária, cuja fundamentação, apesar de lastreada no fato da produtividade econômica do imóvel, assenta-se igualmente na não comprovação do descumprimento da função social da propriedade.

Com efeito, não há como aferir se a propriedade – apesar de produtiva do ponto de vista econômico, este aliás, o único fato incontroverso – deixou de atender à função social por desrespeito aos requisitos constantes no art. 9º da Lei n. 8.629/93.

Analisar a existência desses fatos, conforme narrado pelo recorrente, implicaria revolvimento de matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ.

Estando a propriedade produzindo e satisfazendo sua função social, a desapropriação para fins de reforma agrária representa uma intervenção inapropriada e desnecessária da

Administração Pública na economia privada, fugindo mesmo da função pública e ferindo os princípios da legalidade¹⁷⁵ e da moralidade¹⁷⁶, constantes da própria Constituição, e limitadoras dos direitos privados, mas também das intervenções dos poderes na vida privada.¹⁷⁷

¹⁷⁵ “Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a qualquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que os representantes da sociedade. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: “Todo poder mana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir a lei e na conformidade da Constituição os interesse públicos e os meios e modos d persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária. Por isto se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito Inglês, que no Estado de Direito quer-se o governo das leis, não dos homens; impera a *rule of law, noto f men.*” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91-92.

¹⁷⁶ “De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm que atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte do cidadão.” Idem, p. 89.

¹⁷⁷ “A segunda e mais importante circunstância diz respeito à evolução dos mecanismos de proteção dos Direitos Humanos. Com efeito, a cultura jurídica ocidental reconheceu a insuficiência dos instrumentos oferecidos pelo Direito Público para a proteção da pessoa. O século XX mostra-se pródigo na produção de expedientes de amparo do cidadão em face do Estado (de que são exemplos o mandado de segurança, o habeas data e suas variantes europeias e norte-americanas), ao mesmo tempo em que robustecem os índices de violência doméstica e crueldades perpetradas na vida privada. Justifica-se por isso a opção axiológica do constituinte brasileiro, privilegiando a pessoa além dos confins entre os espaços público e privado. Ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa. Vale dizer que a família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, todo e qualquer tecido contratual deve permitir a realização existencial isonômica, segundo a ótica de solidariedade constitucional. Sendo assim, não são espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de Direito Público quanto nas relações de Direito Privado. Não se poderia admitir a democracia nas ruas e a intolerância na vida privada.” TEPEIDINO, Gustavo. Revista Del Rey Jurídica, ano 6, vol. 13, p.23.

Doutra perspectiva, demonstram que a administração pública também possui uma limitação de poderes, limites esses presentes nas disposições constitucionais, principalmente disposições concernentes às garantias individuais e aos fundamentos constitucionais, dentre os quais, a *função social da propriedade* e a *dignidade da pessoa humana*.

Não basta ao órgão público, portanto, a alegação de descumprimento da função social, é necessário que esse descumprimento seja comprovado através de pesquisas de campo e relatórios, sem os quais o direito individual não deve ser desrespeitado¹⁷⁸.

Quando se trata da *dignidade da pessoa humana*, e não estando essa dignidade ligada ao tema da propriedade, os Tribunais têm se manifestado de forma muito mais ampla, e a aplicabilidade do conceito tem ganhado consideráveis adornos, sendo utilizada como fundamentação e interpretação hermenêutica nos diversos Tribunais¹⁷⁹.

¹⁷⁸ “Ora, em síntese, a desapropriação é um ato estatal contra o qual o particular não pode se insurgir, discutindo-se apenas o quantum da indenização que receberá do Estado.

São pressupostos da desapropriação a utilidade pública, nesta se incluindo a necessidade pública, e o interesse social.

Quanto aos conceitos de utilidade pública, necessidade pública e interesse social CARVALHO FILHO diz que “ocorre a utilidade pública quando a transferência se afigura conveniente para a Administração. Já a necessidade pública é aquela que decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. Embora o Texto constitucional se refira a ambas as expressões, o certo é que a noção de necessidade pública já está inserida na de utilidade pública. Está é mais abrangente que aquela, de modo que se pode dizer que tudo o que for necessário será fatalmente útil. A recíproca é que não é verdadeira: haverá desapropriações somente úteis, embora não necessárias. Quando nos referimos, pois, à utilidade pública, devemos entender que os casos de necessidade pública estarão incluídos naquele conceito mais abrangente. Exemplo de utilidade pública: a construção de uma escola pública ou de um centro de assistência social do Estado.

O interesse social consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. O poder Público, nesses casos, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas. Exemplo mais marcante é a reforma agrária, ou o assentamento de colonos.” MELLO. 2009a, p. 188-189.

¹⁷⁹ “Nesse contexto, a despeito de já ter apontado – e, na época, não sem boa dose de razão – para a ausência, entre nós, de experiências jurisprudenciais mais avançadas no que diz com a ampliação do princípio da dignidade da pessoa humana, o fato é que, cada vez mais, se encontram decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para a solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada, e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada como ofensiva (ou não) à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza do órgão julgador, acaba em muitos casos, contribuindo mais para a desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para sua maior eficácia e efetividade.” SARLET. 2011, p. 96.

Assim é que vários assuntos vêm voltando ao debate jurídico sob nova fundamentação, a da *dignidade da pessoa humana*¹⁸⁰.

A relevância desses assuntos, como o da validade da união entre pessoas do mesmo sexo e as atribuições e direitos sucessórios derivados dessa relação, o direito a uma vida digna, ainda que consistentes em valores distintos daqueles praticados pela maioria da sociedade têm produzido consideráveis e importantes interpretações com fincas na *dignidade da pessoa humana*.

Relevante, mas ainda pouco debatida, está a situação dos religiosos participantes da comunidade religiosa conhecida como Testemunha de Jeová em relação à transfusão de sangue. Ocorre que, nesses casos, em que pesem outros procedimentos médicos capazes de assegurar a vida, a medicina, odienarmente, tem se utilizado das vias judiciais para garantir o direito de realizar a transfusão sanguínea negada pelo paciente, sob a alegação de manutenção da vida como bem maior do homem.

Sem trazer ao debate quaisquer questões religiosas, mesmo porque, vivendo em Estado laico tais não interessam ao direito, sempre melhor preservar, como se faz, a liberdade de escolha e de culto religioso.

Contudo, em caso de doença, a questão de ser o membro da comunidade religiosa conhecida por Testemunha de Jeová submetido a uma transfusão sanguínea sem seu consentimento e mesmo contra a sua vontade, é motivo de enorme preocupação e inquietação entre os mesmos.

Os direitos fundamentais e os princípios do direito atualmente se consubstanciam em direitos postos, e porque não dizer positivados, haja vista a inserção dos mesmos na

¹⁸⁰ “Apenas para entender esse contexto de transformações, vale perguntar: e quanto ao direito de morrer ou de ser auxiliado a morrer? A eutanásia ganha adeptos, invade a mídia e agita o dia a dia forense. Em outra oportunidade, uma batalha legal de quase uma década, que envolveu os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Estados Unidos, chegou aparentemente ao fim quando médicos desligaram o tubo de alimentação que permitia Terri Schiavo, de 41 anos, permanecer viva. Responsável legal por Terri, seu marido, Michael, brigava na justiça há oito anos com os pais dela, Robert e Mary, pelo direito de desligar o aparelho (EUTANÁSIA,2005,p.40). No Brasil, em setembro de 2005, circulou na mídia “o direito de viver do pequeno Jhéck”, cujo pai, desesperado com o estado do filho de quatro anos, que destrói seu corpo, já tentou duas vezes desligar os aparelhos que mantêm a criança viva. A mãe da criança luta contra a eutanásia na espera de um milagre (O DIREITO, 2005,p.1).” MELLO, 2009b, p.15.

Constituição Federal, mormente nos artigo 1º inciso II (*dignidade da pessoa humana*), artigo 5º (Direitos e deveres individuais e coletivos) e artigo 7º (direitos sociais)¹⁸¹.

A verdade, de cada situação concreta deve ser buscada pelo intérprete, que deve encontrar o sentido do que está julgando, sentido que nunca se conforma, mas sempre se reestrutura, conforme a situação que se apresenta¹⁸².

Ao analisar um caso e iniciar a interpretação do mesmo, principalmente quando existe colisão entre princípios, deve o intérprete admiti-los ponderadamente, sobejando os valores em risco, e através da historicidade, desvelando o momento hermenêutico que se lhe apresenta (pertença)¹⁸³.

A essa interpretação consciente e fundamentada em comportamento hermeneuticamente revelador, vez que na busca da justiça o que se deseja não é a imposição arbitrária de uma decisão judicial, mas antes, que a justiça possa realizar-se em sua plenitude, pondo fim a uma demanda e trazendo pacificação social^{184,185}.

¹⁸¹ .. Os juízes, embora vinculados em primeira linha pela mediação legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática à *função de proteção* (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias.” CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1292.

¹⁸² “O Círculo hermenêutico deve ser compreendido a partir dos estudos heideggerianos, ou seja, a estrutura circular da compreensão é dada a partir da temporalidade do ser-aí(*Dasein*). É o círculo hermenêutico em um sentido ontológico originário, através do qual a verdade se manifesta através do desvelamento do ser.

A compreensão é sempre um projetar-se. Gadammer afirma que “quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido do texto, o intérprete prelineia o sentido do todo”. Melhor dizendo, a compreensão é um constante projetar-se a partir de determinadas perspectivas do intérprete. As perspectivas do intérprete (opiniões prévias), ou seja, antecipações do sentido do texto não devem ser confundidas com arbitrariedade do julgador.” MELLO, 2009a, p. 43-44.

¹⁸³ “Esse comportamento histórico hermenêutico realizado através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores é o sentido da pertença. Logo, *pertença* é o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico. É a consciência hermenêutica incluída na consciência histórica. Os preconceitos fundamentais e sustentadores são aqueles que tornam possível a compreensão (preconceitos produtivos). Daí que a compreensão é um comportamento produtivo e não (re)produtivo. É o texto “levado a sério na sua pretensão de verdade.” Idem, p. 44-45.

¹⁸⁴ “Comum a todos os casos, de acordo com o que emblematicamente revela o último exemplo referido, é a necessária ponderação (e, acima de tudo, hierarquização) dos bens em causa, com vistas à proteção eficiente da dignidade da pessoa, aplicando-se também o princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, igualmente – j[á] nesta perspectiva – encontra-se conectado ao princípio da dignidade. De outra parte, como bem aponta Jônatas Machado, em seu referencial estudo sobre a liberdade de expressão, não há como olvidar a relação dialética que se estabelece quando da fundamentação (com base na dignidade) de limites a outros bens fundamentais, considerando que estes, no mais das vezes, são igualmente deduzidos (em maior ou menor grau) da dignidade da pessoa, de tal sorte que – em face da generalidade e abstração da própria noção de dignidade – se impõe um rigoroso controle material e procedimental das restrições, evitando-se a imposição unilateral e arbitrária de determinadas concepções do bem e da justiça, questão que nos remete à seara tormentosa das

Cabe lembrar que a *dignidade da pessoa humana* é um dos fundamentos constitucionais, sendo, portanto, basilar na construção de todas as normas infraconstitucionais, e servindo, em princípio, como norteador das decisões judiciais.

Assim, como garantia da dignidade humana, mister se faz que as pessoas sejam relacionadas em igualdade (princípio da igualdade). E essa igualdade deve conferir a todas as pessoas o direito de optar livremente pelos caminhos de suas vidas (princípio da liberdade), mas em respeito aos demais membros da sociedade (princípio da solidariedade social)¹⁸⁶.

Inafastável, portanto, o choque entre princípios, sendo imperativo que, em casos tais; e aí sim, poderemos ver a realização da hermenêutica, pelo desvelamento do ser, com aplicabilidade da historicidade e descoberta, no caso concreto, da justiça; com a atuação do intérprete no sentido de alinhar esses princípios, na busca daquele que melhor se aplica à *dignidade da pessoa humana*¹⁸⁷.

possibilidades e limites do controle jurisdicional, que aqui não será objeto de desenvolvimento.” SARLET. 2011, p. 139-140.

¹⁸⁵ “Essa decomposição serve, ainda, para demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas – cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica –, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objeto a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito de dignidade humana. Somente os colorários, ou sub-princípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.” MORAES. 2010, p. 85.

¹⁸⁶ “O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

São colorários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir um princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade, enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade.” Ibidem.

¹⁸⁷ “Desde logo, e sem que nos venhamos prender em demasia a tal dimensão da problemática, temos por improcedente o questionamento ora referido, já que irremediavelmente o reconhecimento de um princípio absoluto – tal como bem lembra Alexy – contradiz a própria noção de princípio, ao menos de acordo com o entendimento adotado pelo próprio Alexy, o que, de qualquer modo, não impede – ao menos em tese – que se parta de outro conceito de princípios para chegar a resultado diverso. Além disso, resta a evidência, amplamente comprovada na prática, de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diversos graus, isto sem falar na necessidade de se resolver tensões entre a dignidade de diversas pessoas, ponto sobre o qual voltaremos a nos manifestar, ou mesmo da possível existência de um conflito entre o direito à vida e à dignidade, envolvendo um mesmo sujeito (titular) de direitos.” SARLET. 2011, p. 88-89.

Há que se ressaltar e lembrar que a dignidade da pessoa é algo pessoal e intrínseco, não devendo o intérprete analisar qualquer situação envolvendo pessoas a partir de valores próprios, mas sim avaliando a historicidade de cada caso que se lhe apresentar, tendo como ponto central os envolvidos, o meio social onde se formaram, para aí sim, decidir.

O intérprete deve possuir noção de que o atuar em favor da dignidade humana requer respeito às diferenças¹⁸⁸. Não se pode, portanto, obter um conceito de *dignidade da pessoa humana* sem analisar questões de pessoalidade, regionalidade e temporalidade.

Esse exercício de (re)construir o direito, de perceber as novas possibilidades é que traz a tona a hermenêutica filosófica, possibilitando, que os princípios constitucionais sejam aplicadas ao direito civil.

O magistrado deve se despir da toga (no sentido de levantar da cadeira da magistratura e investigar a historicidades e o momento efetual) para vestir-se de humanidade, para poder compreender a questão humana, deixando que o homem esteja no centro das preocupações, cuidando de modificar o “*locus*” hermenêutico, para concentrá-lo no ser humano, fazendo entender que a lei apenas serve para que o homem viva em comunidade, não podendo o homem servir à lei, mas ao contrário, deve a lei garantir a sobrevivência do homem^{189,190}.

¹⁸⁸ “ Por conseguinte, a preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função das particularidades individuais e coletivas dos diferentes grupamentos humanos que se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, a idade, a sanidade, a realização, etc.

Sob esta perspectiva, o pluralismo eleva-se à condição de princípio indissociável da ideia de dignidade humana, exigindo do Estado e da sociedade a proteção de todos os “outros”, diferentes de nós pelos aspectos *supra* mencionados.

Chegamos então ao ponto central de nossas preocupações. Como diferenciar sem violentar? É possível discriminar sem ofender a noção de dignidade humana? E as ações afirmativas, elemento central na concepção de discriminação reversa, compatibilizam-se com o constitucionalismo contemporâneo?

Para tanto é preciso reconstruir, tal como fizemos, o conceito de direito fundamental e, em especial, o direito à igualdade e seu irmão univitelino, o direito à diferença. Esta reconstrução se faz necessária para uma sociedade marcada pela injustiça. E nosso foco central, numa perspectiva de renovação do Poder Judiciário, centra-se nos operadores do Direito que figuram, como atores essenciais para efetivação das renovadas pretensões das minorias.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**, 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 13.

¹⁸⁹ “A compreensão encontra-se no nível ontológico, é, pois, um existencial. Daí a importância que o magistrado se insira na situação hermenêutica que, segundo Hans-Georg Gadamer, é a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição. É nesse sentido que exsurge a necessidade de se pensar o Direito a partir do *Dasein*, a partir da abertura de possibilidades, abertura de novos horizontes. O operador do direito que não se inserir em uma situação hermenêutica não poderá ver suficientemente longe e, por conseguinte, supervalorizará o direito positivo legalista.

Ao considerar o homem como objeto máximo da fundamentação hermenêutica, lhe será possível perceber as angústias que assolam os espíritos dos litigantes, enxergando as várias possibilidades que se lhe acometeriam.

Eis o liame decorrente, a propriedade, antes individual, ganha contornos sociais, modificando a forma como deve ser entendida pelo direito, e mesmo a utilização da terra de se modifica em decorrência da funcionalidade.

Essa funcionalidade traz a obrigação de uma utilização interna do bem, e principalmente da terra, com objetivos de exploração consciente e conservação da capacidade produtiva para gerações futuras, em última análise, uma preocupação com a pessoa humana.

A preocupação com a pessoa humana também se faz presente na determinação que a função social seja exercida pelo respeito aos direitos trabalhistas e o bem estar dos trabalhadores e do proprietário.

Logo, a função social da propriedade apenas se justifica, pela manutenção da pessoa humana, e da dignidade da mesma.

Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao direito positivo, ao texto da lei, mas poder ver para além disso, aquele que tem horizontes sabe valorizar as mutações sociais, os novos valores, vê e dialoga com as dimensões culturais, sociais e históricas de seu tempo. Caso Contrário, o intérprete está sujeito a mal entendidos.” MELLO. 2008, p. 111.

¹⁹⁰ “O novo impulso filosófico de Heidegger não fez sentir seus efeitos positivos apenas na teologia, mas rompeu, sobretudo com a rigidez relativista e tipológica reinantes na escola de Dilthey. Deve-se a G. Misch ter liberado novamente os impulsos filosóficos de Dilthey confrontando-o com Husserl e Heidegger. Não obstante a sua construção do princípio filosófico que rege a filosofia da vida de Dilthey estabeleça uma oposição com relação a Heidegger, o retorno de Dilthey à perspectiva da “vida”, ultrapassando a “consciência transcendental”, representou um importante apoio para a elaboração filosófica de Heidegger. A publicação de diversos tratados dispersos de Dilthey, realizada por G. Misch e outros, nos volumes V-VIII, assim como as instrutivas introduções de Misch, trouxeram a público, pela primeira vez, nos anos 20, a obra filosófica de Dilthey, que havia sido encoberta pelos trabalhos históricos. O problema hermenêutico alcançou sua radicalização filosófica quando as ideias de Dilthey (e Kierkegaard) passaram a fundamentar a filosofia existencial. Foi quando Heidegger formulou o conceito de uma “hermenêutica da facticidade”, impondo – em contraposição à ontologia fenomenológica de Husserl – a tarefa paradoxal de interpretar a dimensão “imemorial”(Schelling) da “existência ” e inclusive a própria existência como “compreensão” e “interpretação, ou seja, como projetar-se para possibilidades de si próprio. Nesse momento, alcançou-se um ponto no qual o caráter instrumentalista do método, presente no fenômeno hermenêutico, teve de reverter-se à dimensão ontológica. “Compreender” não significa mais um comportamento do pensamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, conformando assim a um procedimento científico, mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana. ” GADAMER. 2002, p. 125.

5 – CONCLUSÃO:

Sendo o direito considerado uma ciência social, que possui núcleo na relação entre os homens colocados em uma sociedade, procurou-se no presente trabalho demonstrar as variações do direito e de sua interpretação filosófica no passar dos anos, mormente quanto à finalidade da propriedade e sua utilização adequada.

Historicamente, e desde a antiguidade, o homem procurou adequar o regramento social (Direito) às suas necessidades, variando as interpretações sobre essas necessidades conforme a época e a localidade, havendo que se considerar sociedades que enalteciam o social como um todo e nas quais a propriedade privada praticamente não existia; sociedades que conviveram com propriedades sociabilizadas conjuntamente com propriedades privadas e outras em que a propriedade privada assumiu status de principal bem.

Recentemente, percebe-se tais relações quando se trata do Estado liberal com seus dogmas de liberdade e igualdade, e do Estado Socialista que também se mostrou impotente em consolidar uma igualdade social com a falta da propriedade privada.

O Estado Constitucional não chegou a concretizar os direitos a que se programou no âmbito social, e por derradeiro chegou-se ao Estado Social de *direitos fundamentais*, onde se busca a plenitude social pela efetivação dos direitos dos homens.

O que variou nos diversos Estados e sociedades foi o entendimento sobre o conceito, ou o caminho que poderia levar ao bem estar e à igualdade do ser humano, ou seja, o que tornaria o homem membro inserido em uma sociedade, ou ainda, o conceito de dignidade do homem.

Assim, a humanidade passou pela dignidade atribuída ao homem em consequência de suas qualidades, como fosse uma espécie de “valor monetário” que a sociedade atribuiria ao homem. Posteriormente, tomando vestes sacrais e religiosas, tornou-se o homem cristão digno, por haver sido criado à imagem e semelhança de Deus. Tal entendimento, porém, não foi suficiente para evitar a escravização de índios e negros durante o expansionismo europeu e colonização por eles perpetrada (daí falar-se em homem cristão), ocasião em que coincide a noção de dignidade com as concepções de liberdade e igualdade da revolução francesa.

Outras concepções de dignidade, que colocam o homem como ser ativo e por isso digno, mas responsável pelas outras formas de vida, alcançam hoje um patamar elevado no debate sobre a dignidade dessas formas de vida não humanas, mas que a lei vem tentando proteger e por a salvo dos atos do próprio homem.

Essas leis protetivas e específicas não tratam da dignidade humana, mas de uma proteção posta ao meio ambiente (aqui incluída a flora, a fauna e os recursos minerais) para a manutenção da vida do próprio ser humano, sem que para isso se possa transferir a dignidade a esses outros seres.

Até porque, como explicar a proteção dos recursos hidrominerais, por exemplo, que desprovidos de vida, ou inanimados, gozam da mesma proteção legal dos seres vivos (flora e fauna)?

A ideia de dignidade relacionada com a propriedade, tão à mostra no liberalismo, também foi ultrapassada, sendo reconhecido no direito atual que a propriedade apenas tem sentido enquanto seu valor social, não havendo dignidade pela simples propriedade.

Cabe dizer que a dignidade do ser humano não pode projetar-se em algo. Não pode o ser considerado o homem mais ou menos digno pela quantidade de bens que possui. Os bens estão no direito como utilidades ao ser humano (são bens as coisas dotadas de valor que podem ser objeto de relações jurídicas).

Da mesma forma, a condição de liberdade, igualdade e fraternidade não serve como forma de garantia da *dignidade da pessoa humana*, como pretendeu a revolução francesa. Resta demonstrar pela história que a liberdade em questões econômicas sem qualquer intervenção do Estado nas relações interprivadas, não foi garantidora da igualdade, mas autorizou a exploração do homem pelo homem, distanciando da dignidade tanto o explorador quanto o explorado, entendida a dignidade como a forma ou a titularidade de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelo outros seres humanos e pelo Estado, mas os dogmas de igualdade e fraternidade foram totalmente esquecidos.

Os ideais liberais da revolução burguesa não conduziram aos efeitos esperados pela sociedade oprimida, que permaneceu explorada, desta feita com mais ímpeto, permanecendo sem participação no governo e na formação da vontade estatal. A democracia não existia, apenas mudou a classe privilegiada.

O que se percebeu por todo o período liberal foi uma exagerada importância com as obrigações assumidas e com o acúmulo de riquezas, em total detrimento ao homem e às necessidades humanas.

Os direitos patrimoniais, consagrados no direito civil, principalmente após o Código Napoleônico, bem como as disposições contratuais eram consideradas como expressão da vontade da pessoa, a que deviam se submeter os envolvidos, como garantia da propriedade em toda a sua plenitude.

Não havia preocupação novamente com direitos sociais ou humanos, que apenas vieram a ser debatidos e considerados em meados do século XX, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Durante o liberalismo o direito civil, reconhecidamente, preocupava-se com o direito patrimonial e as relações entre os indivíduos, reduzindo as pessoas a simples participantes dos negócios jurídicos, ocorrendo a *entificação da coisa*, ou a *coisificação do homem*, dogmas de submissão do homem ao direito, como a “*pacta sunt servanda*”, o individualismo dos contratos e a não limitação dos direitos do proprietário.

O direito atual não se coaduna com a perspectiva individualista, exigindo uma concepção social de todo o direito. O cerne do debate jurídico deslocou-se do indivíduo (*homo clausus*) para a pessoa (*homo societas*).

Entenda-se como pessoa o ser colocado em uma ordem social, e que sendo pessoa está obrigado a respeitar e viver com outros seres substancialmente iguais.

Essa nova tendência, que também se refere ao direito civil, determinou significativa mudança na concepção do direito, até então tido como patrimonial, para fazer com que suas regras tomassem um rumo menos individualista e se aproximasse do social.

Assim, já contaminado e iluminado pelos dispositivos constitucionais, principalmente aqueles referentes aos direitos sociais, à *função social da propriedade* e à *dignidade da pessoa humana*, o direito civil, mesmo anteriormente à nova codificação ocorrida em 2002, ganhava contornos sociais, com a criação de leis extravagantes que traziam novos matizes, principalmente ao direito contratual, como o Código de Defesa do Consumidor e o entendimento da *função social do direito* e, via de consequência, da *função social da propriedade*.

Essas funções sociais que levam à proteção dos mais fracos por legislações específicas (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e Adolescente, Estatuto do Idoso), bem como aquelas determinações referentes à função *social da propriedade* tornam o proprietário obrigado a conformar a utilização de sua propriedade com aspectos de caráter econômico e de preservação ambiental e cultural, mostrando uma preocupação, dentro do direito patrimonial, de considerações distintas das anteriormente ligadas ao individualismo liberal.

Não ocorreu, como pode parecer, um esvaziamento dos direitos do proprietário, que permanece com o direito de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. O que ocorreu foi que aos direitos do proprietário foram acrescidas obrigações de cunho social, que mostram a relação do proprietário com direitos de terceiros que lhe sejam afetos, ou mesmo com direitos difusos.

Essa sociabilização de direitos conhecidos como individualistas, apesar da existência histórica de formas distintas de propriedade, representa uma modificação significativa na forma de ver o direito, pois se antes preponderava o patrimônio e a obrigação, passou a vigorar a pessoa e as relações sociais.

A preocupação com o social e a pessoa humana não ocorreu por acaso, mas após o embate e a junção do direito constitucional com o direito civil, até então de cunho eminentemente patrimonial.

Uma junção que encerrou com a distinção de direitos, possibilitando a aplicação dos princípios e normas constitucionais ao direito civil e, mais ainda, na interpretação dos direitos de conteúdo exclusivamente privatistas, adequando-os às novas necessidades impostas pelo mandamento constitucional.

Ao que se denominou constitucionalização do Direito Civil, ou simplesmente Direito Civil Constitucional, operou-se uma série de mudanças hermenêuticas e de entendimento de conceitos consagrados, alterando significativamente seus contornos.

A modificação do centro de referência do direito patrimonial, deslocando-se do objeto para a pessoa, representa um novo momento hermenêutico, onde o ser humano para a ser valorizado como *ente*, representando a *descoisificação* do homem.

O que se pretendeu mostrar é que o novo viés hermenêutico traz uma maior preocupação com a pessoa em seu ambiente coletivo natural, deixando o indivíduo, que representava um entendimento socialmente alienante.

A ideia de justiça pela legalidade, sem conteúdo social, não permitia ao intérprete qualquer fundamentação valorativa, devendo apenas adequar o fato à norma, incapaz, no mais das vezes, de produzir justiça.

A inserção da função social do contrato e da propriedade, bem como os direitos e garantias fundamentais, trouxe ao direito civil e ao intérprete um vasto leque de possibilidades interpretativas.

Com isso, o julgador deixou de estar limitado ao direito objetivo, podendo buscar matizes interpretativos e fenomenológicos em diversos campos, sendo-lhe possível aferir o que seja justo ou injusto, no além do direito posto, servindo a norma como matiz inicial, mas não como limitadora do direito.

Isso significa uma abertura para o julgador na interpretação e decisão dos casos que se lhe apresentam, sendo-lhe possível criar o direito a partir das normas postas, mas em consonância com os princípios do direito e, principalmente buscando a colocação do homem em relação à sociedade como ser coletivo.

Por outro lado, traz a tona a dignidade do ser humano como valor fundante do direito pátrio, o que, se de um lado traz nova perspectiva ao intérprete, de outro cria uma nova concepção jurídica, fazendo do ser humano objeto máximo do direito, não apenas como partícipe de relações patrimoniais.

Esse esforço de complementação faz com que o conceito de dignidade humana esteja em constante formação, cujo entendimento no caso específico dependerá de um aprofundamento do julgador no caso concreto, considerando a historicidade do mesmo e o momento hermenêutico, não esquecendo que a dignidade do homem apenas tem finalidade em um contexto social. Ainda que a dignidade individual exista e mereça proteção, não pode estar dissociada das relações interpessoais.

Cabe observar que a dignidade do indivíduo (enquanto *homo clausus*) permanece, mas não pode se sobrepor ao interesse coletivo.

Sendo assim, uma das finalidades da *propriedade* enquanto *valor social*, é garantir a *dignidade da pessoa*. Contudo não havendo um conceito rígido e eterno sobre o que consiste a dignidade da pessoa humana, essas interpretações sofrerão variações, conforme a época, o local e as circunstâncias que se apresentem.

Constitui esse contínuo realizar da função social essa permanente interpretação, círculo hermenêutico em que o julgador, pesquisando hermeneuticamente os fatos que lhe foram apresentados, sem deles tirar conclusões que lhe pareçam particulares (isolando-se do *pre conceito* negativo) faz a cada momento um projetar de perspectivas, analisando-as criticamente, na busca de uma concretização que lhe seja convincente.

Isso quer dizer que, ao elaborar uma fundamentação jurídica baseada na pessoa humana, o trabalho do intérprete jamais se encerrará, havendo sempre um descortinar de novas opções hermenêuticas, nas quais a historicidade de cada caso e a realidade se entrelaçarão.

Esse esforço hermenêutico de busca da dignidade humana, de busca da pessoa, é da realização da *função social da propriedade*, na busca de uma inclusão social dos atos praticados no campo patrimonial, no caso do direito civil, adequando aos princípios determinados constitucionalmente.

Sendo assim, não se pode deixar de conjugar o princípio da *dignidade da pessoa humana*, com o disposto no artigo 3º (Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil); inciso I (construir uma sociedade livre, justa e solidária); inciso III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) da Constituição da República Federativa do Brasil.

A *função social da propriedade*, portanto, não se prende ao individualismo, mas ao social, sendo digno aquele que se enquadra em princípios de desenvolvimento social, atuando, nesse ponto, em conformidade com o bem estar do outro e da sociedade como um todo. O princípio da dignidade do humano, a busca pela pessoa, passa, sem dúvidas, pelo princípio da alteridade.

Cabe dizer que, ao julgador, na análise de um caso concreto que se lhe apresente, não bastará analisar o ato jurídico que lhe foi submetido, sua forma e legalidade. Além disso, deverá observar se na realização dos atos as partes, quaisquer que sejam elas, participaram

exigindo atuação responsável, com preocupação de não causar dano a outros, definindo uma atuação positiva dos agentes.

A ideia de igualdade substancial não mais se coaduna com isonomias comuns ligadas, definitivamente, ao princípio da liberdade, consistindo a isonomia no direito contemporâneo, sobretudo no respeito às diferenças, questão basilar em sociedades plurais, como as atuais, em que as ideias, culturas e filosofias se difundem com enorme rapidez (via internet, televisão, revistas, jornais, livros etc.), não havendo que se falar em territorialidade como modo de “ser no mundo”, uma vez que as fronteiras territoriais foram banidas pelos meios de comunicação e informação em massa.

A dignidade, então, está em agir socialmente, agir segundo princípios de alteridade. O que se deseja é que o individual dê lugar ao coletivo, sendo a pessoa um ente inserido na sociedade, com necessidades, direitos e obrigações próprias, que devem se coadunar com os desejos e aspirações de outras pessoas do mesmo grupo social, por mais diferentes que sejam, e ainda que ocorram choques e conflitos de interesses, o que é normal em uma sociedade pluralista, que tais eventos não sejam marcados pela intolerância.

A historicidade a ser observada pelo julgador vai de encontro, portanto, a toda uma questão de *pre conceitos* referentes à tradição do pensamento e é nesse sentido que deve o juiz, ao iniciar a interpretação de qualquer caso que se lhe apresente não fundar-se nas primeiras opiniões, mas permanecer com horizontes abertos quanto às interpretações possíveis de aplicação ao caso, sem pré-definições ligadas à cultura clássica e ao conhecimento tradicionalista, mas capaz de enxergar em cada litígio suas consequências sociais.

Não existe uma solução correta, portanto. O momento histórico, a pessoalidade, a dignidade deixam um grande caminho às interpretações jurídicas, cabendo ao intérprete observar e pesquisar todos os caminhos hermenêuticos possíveis e, dentre eles, aplicar o que melhor recepcione a funcionalidade social da propriedade e do direito.

Não quer isso dizer que não exista segurança jurídica. O direito positivo permanece sendo aplicado, contudo, devem ser observadas questões sociais de alta significação, como a boa-fé, a alteridade, o desenvolvimento social e a *dignidade da pessoa humana*.

A segurança jurídica transfere-se, deixa de representar forma de atuar individualizada, e passa a ser entendida como forma de contextualizar-se com a sociedade, passando o homem ser percebido como um “ser no mundo”.

A aplicação do texto jurídico ao caso concreto passa, portanto, por todo um estudo histórico efetual, sem o qual não se pode desvelar o direito a ser aplicado, ou seja, sem o entendimento do contexto de criação dos atos jurídicos não pode o intérprete concluir de forma socialmente aceitável.

Esse esforço interpretativo traz ao aplicador do direito uma missão árdua, porém muito mais nobre: a de estar em constante contato com a sociedade, participando efetivamente de suas transformações e absorvendo seus anseios, cabendo adequar as leis aos casos que se lhe apresentem, e não mais adequar a sociedade às leis.

Para tanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e posteriormente o Código Civil de 2002, consubstanciaram-se de normas abertas, propiciando ao intérprete um maior campo de pesquisa e aplicação do direito.

A propriedade, portanto, principalmente na realização de sua função social, garante a *dignidade da pessoa humana*, quer em condições presentes, quer em momentos futuros, possibilitando a continuidade da vida humana pela conservação do meio ambiente e das relações sociais.

Essa funcionalidade da propriedade não se faz presente apenas nas relações do homem com o Estado, mas também as relações interpessoais e obrigacionais, como no caso de execução de débitos alimentares sobre o bem de família, sobre a garantia de moradia ao solteiro que possui um único imóvel, e tantas outras que a prática jurídica mostra diuturnamente.

Esse novo viés interpretativo traz uma íntima ligação entre propriedade e sua função social e a visão do homem enquanto pessoa e não mais individualmente, daí a importância do debate sobre a *dignidade da pessoa humana* quando se estuda ou discute sobre a *funcionalidade da propriedade*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALPA Guido, **Poteri dei privati e statuto della proprieta**. Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=5332>, acesso 11/03/2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nasetti, São Paulo: Martins Claret 2007.

_____. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: Edipro, 1995.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por**; 2 ed., vol.III; Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1923.

_____. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por**. Vol.I, 3ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.

BITTAR, Eduardo C.B. **A justiça em Aristóteles**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução e notas PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORDALI SALAMANCA, Andrés. La funcion social como delimitacion interna e inherente del derecho de propiedad y la conservacion del patrimonio ambiental. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1998, vol.9 supl. [citado 11 Marzo 2012], p.153-172. Disponible en la World Wide Web:http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950, Acesso em 11/03/2012.

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

_____**Estado de Direito.** disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAh1gAJ/canotilho-estado-direito-artigo>, acesso em 11/03/2012.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**, 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de: J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais.** Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I.** Tradução Flávio Paulo Meurer, 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____**Verdade e método II.** Tradução Flávio Paulo Meurer, 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

JAVIER Biarreau R, disponível em <http://www.aporrea.org/ideologia/a62870.html>, acesso em 11/03/2012.

Jurisprudência Mineira, NE 1 a 6, julho a dezembro de 1963 – Ano XIV.

Jurisprudência Mineira, Vol. 92 – julho a dezembro de 1985.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco, São Paulo: Martin Claret, 2009.

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

LACERDA, Bruno Amaro. "A dignidade humana em *Giovani Pico Della Mirandola*" disponível em http://www.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_2.pdf, acesso em 10/03/2012.

MACHIAVELLI, Nicollò. *O príncipe; Comentado por Napoleão Bonaparte*. Tradução NASSETI, Pietro, São Paulo: Martin Claret, 2007.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. AGUIAR, Renan. **História do direito**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. Atualização Malufe Neto, Miguel Alfredo. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre: 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Cleyson de Moraes **Curso de direito civil: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2009^a.

_____ **Curso de direito civil – Parte Geral**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____ **Curso de direito civil: obrigações**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008^a.

_____ **Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporâneas: um atuar dinâmico da magistratura na perspectiva civil-constitucional: a (re)produção do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008b.

_____ **O direito civil constitucional: proposições para a autenticidade, dignificação e ontologização do direito civil**. Revista Augustus, vol. 14, n 28. Rio de Janeiro: UNISUAM, 2009b.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado Parte Especial TOMO XI Direitos das coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Borsol, s/d..

MOARES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rosilena de Oliveira. **Liberdade, Moralidade E Direito No Pensamento De Kant: A Questão Dos Fundamentos**. Londrina: Humanidades, 2004.

PLATÃO. **As Leis**. Tradução Edison Bini, 2ª ed. Bauru, SP: Edipro. 2010.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto do código civil**. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/index.html>, acesso em 10/03/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Revista Del Rey Jurídica, ano 6, vol 13.

_____. **Temas de direito civil** – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Temas de direito civil – tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Temas de direito civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.