

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

IVONE CAMPOS GUILARDUCCI CERQUEIRA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO:

Tutela do sujeito situado – o ser superando o ter.

**JUIZ DE FORA – MINAS GERAIS
2012**

IVONE CAMPOS GUILARDUCCI CERQUEIRA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO:

Tutela do sujeito situado – o ser superando o ter.

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Teoria do Direito–Hermenêutica e Direitos Fundamentais para a obtenção do título de Magister Scientiae.

Orientador: Dr. Cleyson de Moraes Mello
Coorientador: Dr. Nuno M.M. Santos Coelho

**JUIZ DE FORA – MINAS GERAIS
2012**

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que de alguma forma doaram um pouco de si para que a conclusão deste trabalho se tornasse possível:

A Deus, companheiro constante, que me permitiu compartilhar a vida com André, meu esposo e meus filhos Gabriel, Igor, Breno e Brenda.

Ao professor e Dr. Cleyson de Moraes Mello, pela paciência na orientação e incentivo no desenvolvimento desta dissertação, que me oportunizou trilhar esse caminho, minha eterna gratidão pelo empenho e dedicação, contribuindo com sua intelectualidade para o desfecho deste trabalho.

Ao professor Dr. Nuno Morgadinho dos Santos Coelho por dispensar de forma generosa seu dinamismo intelectual a esse projeto de mestrado, especialmente por acreditar ser possível o seu êxito e pelo estímulo inicial e permanente.

A todos os demais professores do Mestrado, pela generosidade em partilhar conhecimentos.

Aos amigos e colegas, pelo apoio constante.

RESUMO

O Direito Civil-Constitucional é uma corrente doutrinária dentro do Direito Civil que parte da premissa ser a Constituição, como norma hierarquicamente superior a todas as demais, portadora de uma determinada hierarquia de valores que devem ser observados por todo o ordenamento jurídico e, portanto, pelo próprio Direito Privado, que assim deixa de encontrar seu único fundamento no Código Civil e na legislação ordinária. O presente trabalho busca, assim, perquirir sobre o liame existente entre a relação privada/individual, modelo do Estado Liberal e o interesse da coletividade a partir da Constitucionalização do Direito. Ressalta a influência da Carta Constitucional de 1988 sobre as relações de natureza privada levando a um modo novo de abordar problemas e de raciocinar sobre a sua solução. Persegue-se através dessas premissas identificar as origens, as características e as conseqüências desta influência nos dias atuais, principalmente no que tange à construção de alternativas paradigmáticas, levando em conta as perspectivas da fenomenologia, que traça novo perfil sob a égide da hermenêutica jusfilosófica. Assim, temos que a dogmática advinda com a Constitucionalização do Direito irradia para o ordenamento privado a carga axiológica pautada em princípios e valores supremos de modo a potencializar a realização de suas finalidades principais, quais sejam, a concretização da Justiça dentro do contexto social e cultural, de uma sociedade complexa, pautada no pluralismo, que está a exigir condutas éticas, solidárias, figurando a pessoa humana no epicentro de todo o ordenamento jurídico, traduzindo o princípio da dignidade humana como fundamento da República brasileira. É o ser humano despontando como razão primeira e única do ordenamento jurídico. Enfim, sob essa visão jus-filosófica traçada pela Constitucionalização do Direito Civil buscamos pesquisar quais conseqüências resultarão para o indivíduo, como sujeito de direito e obrigações, cidadão, jurisdicionado e como ser situado? O que essa nova moldura jurídica trará efetivamente de benefício ou será produtiva para a sociedade pós-moderna; se representa uma conquista social ou um retrocesso, ao permitir que o Estado se imiscua em matérias antes consideradas exclusivamente privadas, passando a disciplinar e ditar regras antes deixadas ao livre jogo das vontades de particulares? Colimamos desconstruir velhos dogmas como o absolutismo do direito de propriedade e reintroduzir a discussão sobre o verdadeiro sentido e alcance da prática jurídica que primava pela proteção do interesse capitalista, em detrimento de valores existenciais, ultrapassando o caminho da interpretação literal da norma, com a aplicação exauriente e abstrata do texto legal, para alcançar novos rumos consentâneos com a realidade da sociedade multifacetária, ansiosa por efetividade e concretude. Pretendemos demonstrar que a justiça somente ocorrerá a partir da conscientização de que o indivíduo abstratamente considerado cedeu espaço para o sujeito situado, analisado na sua vivência diária, com identidade, rosto, sentimentos, defeitos, virtudes, suas relações sociais, comerciais, afetivas. Nessa vertente, o patrimônio não poderá ser havido como principal razão de ser do sistema jurídico de direito privado, mas apenas um instituto legal capaz de contribuir para a promoção da pessoa humana e suas realizações enquanto sujeito de direito.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito Privado. Princípios. Dignidade Humana. Hermenêutica.

ABSTRACT

The Civil Law, Constitutional doctrine is a current within the Civil Law starts from the premise that the Constitution be, as a rule superior to all others, carries a certain hierarchy of values that must be observed throughout the legal system and therefore by the private law, which thus fails to find its only foundation in the Civil Code and common law. The present study attempts thus perquirir on the bond between the private relationship / individual model of the Liberal State and the interest of the community from the Constitutionalization of Law. Emphasizes the influence of the Constitutional Charter of 1988 on the relations of a private nature leading to a new way of approaching problems and think about your solution. Pursue through these premises to identify the origins, characteristics and consequences of this influence today, especially regarding the construction of alternative paradigms, taking into account the perspectives of phenomenology, which outlines new profile under the aegis of hermeneutics jusfilosófica. Thus, we have a dogmatic arising with the Constitutionalization of Law radiates into national private axiological load based on principles and supreme values in order to maximize the performance of its main purposes, namely, the realization of justice within the social and cultural context of a complex society based on pluralism, which is demanding ethical conduct, community, figuring the human person at the epicenter of the entire legal system, reflecting the principle of human dignity as the foundation of the Brazilian Republic. It is emerging as a human being first and only reason the legal system. Finally, under this view drawn by jus-philosophical constitutionalisation of civil law sought to investigate what consequences will result for the individual as subject of rights and obligations, citizen, and as jurisdicionado be located? The new legal framework that will effectively benefit or be productive for the post-modern society, it represents a social achievement or a step backwards by allowing the State imiscua exclusively on matters previously considered private, spending discipline and dictate rules before left to the free play of the wills of individuals? Colimamos deconstruct old dogmas and the supremacy of property rights and reintroduce the discussion about the true meaning and scope of legal practice to excel in protecting capitalist interests at the expense of existential values, exceeding the path of literal interpretation of the standard, with the application exauriente and abstract legal text, to achieve new directions consistent with the multifaceted reality of society, eager for effectiveness and concreteness. We intend to demonstrate that justice will only occur from the awareness that the individual considered abstractly gave way to the subject set, analyzed in their daily lives, with identity, face, feelings, faults, virtues, their social relations, trade, affective. In this instance, the assets can not be there as the main reason for the legal system of private law, but only an institute legally able to contribute to the promotion of the human person and his accomplishments as a subject of law.

Keywords: Constitutionalization. Private Law. Principles. Human Dignity. Hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	13
1.1 RAÍZES HISTÓRICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	17
1.1.1 Os Códigos	22
1.1.2 Descodificação	23
1.2 DO PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	23
1.3 DO CÓDIGO CIVIL À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	26
1.4 DISTINÇÃO ENTRE PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	38
2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SUA INCIDÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES PRIVADAS	42
2.1 EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS	46
2.1.1 Eficácia direta	47
2.1.2 Eficácia interpretativa	48
2.1.3 Eficácia negativa	48
2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....	49
2.3 ALGUMAS APLICAÇÕES CONCRETAS DOS PRINCÍPIOS.....	54
3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO PRIVADO	56
3.1 A GRÉCIA ANTIGA	56
3.2 O PENSAMENTO CRISTÃO	57
3.3 TOMÁS DE AQUINO	57
3.4 IMMANUEL KANT	58
3.5 SARTRE	61
3.6 HANNA ARENDT	63
3.7 CONCEITO E VALOR FONTE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL	64
3.8 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:FUNDAMENTO DA REPÚBLICA E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	65
3.9 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO PRIVADO.....	67
4 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	74
4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	74
4.2 CÓDIGO CIVIL DE 2002 NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	77
5 A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA: NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO PRIVADO	80
5.1 HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA: DE HEIDEGGER A HANS-GEORG GADAMER	84
5.2 HERMENÊUTICA: LEGITIMIDADE E JUSTIÇA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	88
5.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE INTERPRETADO SEGUNDO A	

PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	90
CONCLUSAO	100
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	106
ANEXO.....	110

INTRODUÇÃO

Contextualização e Justificativa

Sem receio de abordar tema já bastante comentado em sede doutrinária, tem o presente trabalho por escopo analisar, em linhas gerais, os reflexos do fenômeno denominado constitucionalização do Direito Civil, que reformulou todo o pensamento da civilística, inclusive arredando a visão absolutista do direito de propriedade, conforme iremos destacar oportunamente.

Como ponto de partida, traçamos breve exposição acerca da razão de ser do fenômeno, cuja origem está relacionada à percepção da insuficiência dos instrumentos de Direito Privado na tutela plena do indivíduo, que passou a ser almejada por uma sociedade amadurecida pela experiência de duas grandes guerras. A realidade social exigiu, portanto, a revisão dos antigos institutos de Direito Privado que, embora concebidos com a justificativa na promoção do indivíduo e, posteriormente, do bem-estar social, mostraram-se incapazes de proteger a dignidade da pessoa humana.

Neste raciocínio, é importante notar que o próprio conceito de Direito Público e Direito Privado passou por reavaliações. A distinção entre os ramos da ciência jurídica encontra-se atualmente em fase de reexame, havendo certo intercâmbio entre eles, embora não seja recente este intercâmbio.

Logo, a abordagem transitará sobre aspectos da codificação oitocentista, das transformações sócio-político-econômicas da sociedade pós-moderna, da formação do Estado Democrático de Direito e de seus reflexos na metodologia da ciência jurídica, hoje pautada em bases axiológicas e principiológicas, cujos contornos se traduziram em profundas mudanças de paradigmas ao direito de propriedade, hoje constitucionalizado pela prevalência da função social.

Problematizações e Hipóteses

Colima o presente trabalho trazer à discussão a corrente de pensamento surgida com a constitucionalização do direito privado, entronizando novo modelo e novas perspectivas para as relações jurídicas interpessoais, modificando inclusive os paradigmas do direito de propriedade, gerando inúmeras transformações na produção legislativa, e principalmente na aplicação e interpretação do direito, sobretudo na seara jurisprudencial.

Inicia por analisar a ocupação do centro do Direito Civil pela Constituição Federal, desalojando desta posição o Código Civil de 1916, destacando que a efetivação da supremacia da Constituição e a realidade social não permitiram que nem mesmo o Código de 2002 viesse a retomar o posto perdido pelo fenômeno da descodificação, num primeiro plano e pela constitucionalização, num segundo plano.

Analisa a transformação do sistema, assim como sua fragmentação, porém unindo justamente pela *vis atractiva* exercida pelos princípios constitucionais, demonstrando o fim da dicotomia Direito Público e Direito Privado, corolário lógico da transição do Estado de Direito para o Estado Social e deste para o Democrático de Direito, sem se esquecer que tudo se deu, fundamentalmente pelas pressões exercidas pelas forças sociais, tendo em vista cada momento da trajetória histórica mundial, de um modo geral, e brasileira, de um modo especial.

Reafirma a queda da lei do pedestal das fontes, agora ocupado pelos princípios gerais de direito positivados na Constituição, deixando de conter apenas normas de organização Estatal e de Direitos Individuais, passando a disciplinar sobre direitos sociais e econômicos, perseguindo a diminuição das desigualdades e o alcance da justiça social, reformulando a visão epistemológica da propriedade como único instrumento de preservação de riqueza e de poder, passando a ser concebida como importantíssimo mecanismo jurídico hábil a redimensionar o cenário sociológico, com a efetiva aplicação da justiça.

Nesse panorama, portanto, serão feitas algumas abordagens

histórico-político e fundamentalmente algumas referências importantes às doutrinas e teoria do direito, bem como algumas conclusões acerca da importância deste tema da contemporaneidade ou pós-modernidade, sem afastar a análise crítica acerca da forma como o assunto vem sendo trabalhado no Direito Constitucional e Privado.

Objetivos

A relevância do presente estudo coincide com a importância de se buscar alternativas para a realização do direito no contexto jurídico atual, marcado pela busca da ética, pela pluralidade e diferença cuja finalidade precípua é a concretização da justiça.

Diante de tais premissas, os objetivos desta dissertação são os seguintes:

1- Compreender de que modo a corrente doutrinária pautada na perspectiva do Direito Privado Constitucional pode contribuir para a realização da justiça, na sua concretude, efetivado o direito no contexto sócio-cultural da conjuntura contemporânea, mormente no que diz respeito ao direito de propriedade.

2- Investigar concepções doutrinárias e jurisprudenciais traçadas pelo modelo do direito positivo concebido no Estado Liberal, fazendo uma análise comparativa em relação aos reais ganhos da sociedade com o novo modelo, ou seja, o ser humano sendo considerado em sua plenitude.

3- Compreender as delimitações conceituais, a importância efetiva e o modo como a justiça deve ser aplicada para a obtenção da ação prática justa a partir da nova perspectiva traçada pela hermenêutica jusfilosófica, na leitura do direito civil constitucional.

4- Avaliar as principais insuficiências do modelo jurídico positivista para o modelo contemporâneo, buscando compreender uma possível reconstrução dos paradigmas de atuação normativa do Direito, sobrelevando a aplicação efetiva dos princípios constitucionais, tendo a dignidade da pessoa como um dos fundamentos da Carta Republicana.

Metodologia

O presente estudo fará uso da técnica de pesquisa bibliográfica, serão consultados obras e artigos de especialistas nos ramos do direito, tais como leis e doutrinas. Também serão pesquisadas obras que tratam do assunto sob a ótica jurisprudencial, em função da especificidade do tema escolhido, como também serão utilizados os dados disponíveis na internet, elaborados por órgãos públicos e privados, jornais, revistas e periódicos.

Para tanto, realizaremos levantamentos de decisões judiciais com essa nova visão epistemológica do Direito Privado, a partir da Carta Constitucional de 1988, tendo como principal enfoque a propriedade, embora, diga-se, a constitucionalização esteja transitando por toda a dinâmica da ordem jurídica vigente, seja na seara pública ou privada. Buscaremos descobrir o verdadeiro sentido e alcance do tema e confrontar o direito positivo tradicional com as normas constitucionais de 1988.

Não poderemos deixar de realçar que o homem, a sua dignidade alçou o ápice do ordenamento jurídico ao ser a dignidade humana inserida como um dos fundamentos da República, importando por assim dizer, o homem passou a ser a razão, assim o homem passou a ser a razão e a finalidade da existência do próprio Estado.

A pesquisa será descritiva e explanatória, onde além da busca de maiores informações sobre o tema, serão descritos os fatos, as características e as causas do objeto de pesquisa, bem como vários pontos de vista acerca do assunto. Jamais terá a pretensão de esgotar o tema, tão vasto e polêmico, buscará fomentar a discussão e questionar o verdadeiro sentido e alcance dos princípios constitucionais nas relações privadas.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O intervencionismo do Estado na atividade econômica e na vida social dos indivíduos, fez com que surgissem importantes mudanças no ordenamento jurídico, inclusive no que tange ao direito civil. Esse intervencionismo estatal ocorreu em diversos países, inclusive o Brasil.

Corolário disso adveio uma certa publicização do direito privado¹, no sentido de que o Estado passa a intervir de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas à livre vontades privadas, como, por exemplo, alguns contratos recebiam certas pinceladas do intervencionismo estatal, em nome de certos garantismos da ordem econômica vigente, etc.

A importância dessa regulamentação passou a ser tanta que foi elevada à dignidade constitucional. Temos, então, o fenômeno da constitucionalização de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como da família, da propriedade, da atividade econômica, ou seja, passam a estar disciplinados na Constituição os princípios fundantes dos três institutos básicos do direito privado que compõem os três pilares: família, propriedade e contrato.²

Desse modo, deixou a Carta Constitucional de representar apenas e tão somente um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração ao inserir em seu corpo uma normatividade jurídica reforçada, qualitativamente distinta e superior aos demais regramentos do ordenamento jurídico, pois integram o sistema de valores essenciais ao convívio social, passando, destarte, a servir de paradigma à ordem jurídica vigente, auxiliando como critério informativo e interpretativo para todo o ordenamento.

¹ O direito civil atual não se funda em uma só lei codificada, ao contrário há muitas leis para distintos setores de atividades e de cidadãos. A idéia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda do prestígio das visões totalizadoras: o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como “ordem” social. O direito civil codificado era auto-suficiente, não necessitava de outros textos para os litígios. Ao ter uma parte geral ordenada, exportava instituições e técnicas. Assim sucedeu, por exemplo, com o conceito de negócio jurídico, que se pretendia aplicável ao direito de família, ao direito do trabalho, ao direito administrativo, dentre outros. LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo: RT, 1998, p. 42-45.

² FIUZA, César. *Direito Civil/Atualidades*. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 29.

De outra parte, as normas programáticas e principiológicas referentes ao direito privado, mas inseridas na Constituição, impõem ao legislador o dever de editar uma legislação harmônica com tais princípios e que lhe satisfaça a finalidade, fazendo, destarte, com que surjam leis especiais capazes de reduzir o antes primado inabalável da civilística, inserida no corpo do ordenamento privado pelo Código Civil³.

Até então, era a codificação do direito privado elevado ao grau de Constituição das relações interpessoais. O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado, sua centralidade. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente às relações privadas e ao império da vontade dos indivíduos: a constituição da família, a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, dentre outros, são alguns dos temas antes atrelados ao direito privado, que passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.

De outra parte, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua ocupação central, deixa de ser o centro gravitacional das relações privadas, porquanto não mais se pautar tanto no interesse da pessoa, mas voltar-se para as atividades por ela desenvolvidas e os riscos dela advindos⁴. Adveio, assim, uma certa descodificação, ou seja, foi retirada do Código Civil a ideia de centralidade, perdendo, assim, sua hegemonia. Esse processo desencadeou o surgimento dos microssistemas, sendo rompida de vez com a estrutura da civilística, até então posta, representada pelo texto oitocentista, sedimentado no apego ao individualismo e no patrimonialismo.

Assim, a despeito de honrosas opiniões adversas, torna-se forçoso reconhecer o caráter revolucionário imposto ao direito civil na era pós-positivista, pois a Constituição Federal passou a ocupar o topo da pirâmide normativa, irradiando todo o sistema de normas, com suas opções valorativas.

De conseguinte, adveio uma abertura no sistema, surgindo um novo

³ *Idem*, p. 29.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. São Paulo: Forense, Volume X, 2004, p. 7.

olhar para o ordenamento jurídico.

As cláusulas abertas inseridas no corpo do Código Civil de 2002 serviram não só para abrir o sistema jurídico, para que pudesse estar em franco debate com os preceitos constitucionais, como também para fazer uma releitura, redimensionar todo o direito privado, antes estruturado no primado do patrimonialismo, fruto da concepção do estado liberal, e agora, tendo como valor supremo a pessoa humana. Nesse reboque, adveio a socialização do direito, diga-se, não só o contrato e a propriedade passaram a ser interpretados em conformidade com a função social, mas toda a estrutura do ordenamento normativo vigorante foi redimensionada pela mudança de paradigma e unidade de todo o sistema, passando, assim, a existir uma circularidade das relações, possibilitando o intercâmbio do regramento vigente, ocorrendo um diálogo entre os diversos ramos do direito, com o direito constitucional.

Hodiernamente, clarivamente se torna os diversos domínios da nova ordem civil-constitucional, ante a força normativa dos princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de direito privado.

A novel metodologia imposta e advinda com a Constitucionalização do Direito Privado resultou na hierarquização centralizante de todo o ordenamento, como já consignado, tendo como ápice da pirâmide a Constituição Federal, demarcando, por consequência, os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens.

Isso não importa dizer que foi abolida de aplicação normas que encampam à autonomia privada, porém devemos sempre observar a unidade sistêmica, ou seja, sopesados os valores axiológicos, visando à harmonia e pacificação social. Ao depois de aferir se não irão se chocar com os princípios emanados da Carta Constitucional, estas normas serem aplicadas, observando o valor social da livre iniciativa.

Essa mudança de perspectiva, de construção interpretativa, todavia, não retira do atual Código Civil a sua importância no cenário nacional frente aos interesses interpessoais. Não podemos perder de vista que a nova ordem e dimensão jurídica advinda com o modelo dogmático lhe conferiu ainda mais destaque no cenário da civilística pós-moderna, pois a

ele foi conferido a máxima eficácia social.

Assim, a vertente do pensamento otimizado pela leitura do texto constitucional vigente, com a novel dogmática do direito privado conduz-nos à conclusão de que o projeto jurídico filosófico está a exigir um direito de ação, traduzido na prática social efetiva. Essa prática se realizará na sua aplicação, ou seja, o direito traduzido na sua concretude, se contrapondo às deficiências do texto normativo pretérito, ante sua ineficácia e inoperosidade em responder às questões sociais prementes, aos ideais de justiça, equidade e segurança jurídica e em última análise ao bem comum.

Na sistemática jurídica pós-moderna não se colima a segurança do direito, pois se assim o fosse, retornaríamos à fase da abstração, do subjetivismo e individualismo, busca-se a segurança no direito, máxime porque o interesse é o que deverá ser tutelado. Afasta-se o sujeito-objeto (abstração) em prol do sujeito- situado, vivificado, *ser no mundo*.

Destarte, o sujeito abstratamente considerado, cedeu espaço ao sujeito visto na sua essência, na sua concretude, afastando, a obediência cega ao texto da lei, mas acolhendo as escolhas do legislador constituinte.

As mudanças de paradigmas trouxeram novas perspectivas ao Direito Civil, atenuando-se a ingerência de dogmas que não atendem à realidade das ruas, as aspirações do Estado Democrático de Direito. As cláusulas gerais e abstratas do Código de 1916, de cunho abstrato não tinham a feição de fazer justiça no sentido concreto, ocupando-se mais com a legalidade. Hoje, as cláusulas denominadas como abertas inseridas no texto normativo de 2002 ao mesmo tempo em que vinculam o julgador, o permite decidir preenchendo valores em aberto da norma, mas sempre obedecendo aos princípios constitucionais que a inspiram.

Assim, torna-se forçoso reconhecer que a Constitucionalização do Direito Privado não se amolda ao positivismo de Kelsen, que considera a regra codificada e oferece possibilidades para solucionar as questões conflituosas, de acordo com a moldura de opções apresentada.

A ruptura com o positivismo de acordo com Hans Kelsen e juspositivismo de Hart resultou em nova concepção da hermenêutica, do

pensamento reformista ideológicos, voltados para os preceitos constitucionais, dentro da dogmática de interpretação moderna dos princípios, a exigir uma aplicação do direito focado na argumentação racional e do controle social racional.

1.1 RAÍZES HISTÓRICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

As balizas da livre iniciativa e da autonomia de vontade foram no decorrer dos tempos as balizas do Direito Privado. As doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código Napoleônico (1804) representavam na época, os ideais racionalizadores do Iluminismo, que buscavam dimensionar o direito sobre bases incorporadas pelas codificações do século XIX.

São os Códigos criados sob o modelo do Estado liberal, onde resultou delimitada a separação entre Direito Público e Direito Privado. Ao Estado, cumpria a função de ser o ordenador político. Ao Direito Privado, assegurar a realização dos negócios, na defesa de interesses da classe burguesa, preservando assim seu patrimônio.

No início do terceiro milênio, os juristas se encontravam entre dois paradigmas, o da modernidade e o da pós-modernidade. O primeiro cumpria o racionalismo, que defendia a razão e o sistema reorganizando o direito, o individualismo e a subjetividade jurídica, a consideração da regra jurídica como imperativo. Prevalciam o monismo jurídico e a segurança jurídica, tendo como valor fundamental do direito, o formalismo que reduzia o direito à norma.

O segundo, o paradigma da pós-modernidade, compreende a substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico da sociedade civil; a personalização ou humanização do indivíduo, que passa a titular de novos direitos e deveres; o pluralismo das fontes e das soluções no interior do mesmo sistema; a perda crescente da importância da certeza e da segurança jurídica em favor do primado de outro valor fundamental, que é a justiça; o

pensamento problemático, ou o direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico dedutiva.

Enfim, a superação da ideia do direito como sistema hierárquico e axiomático, próprio da cultura dos códigos que usavam a razão em sentido teórico, e sua substituição pelos microssistemas jurídicos, tudo isso implicando a retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do direito.⁵

A par de tais premissas adveio o Código Civil Brasileiro 1916, calcado no que foi denominado de “o mundo da segurança”⁶, importando em dizer que sendo o sistema de normas concentrados, pautado no positivismo, estariam bem traçados os limites e possibilidades da atividade privada, ou seja, havia uma disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo.⁷

Esta estabilidade e segurança entram em queda na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais, combinado com o crescente processo de industrialização do século XIX, aliados aos problemas do fornecimento de mercadorias e a eclosão da Primeira Grande Guerra, fez inarredável que o Estado atuasse de forma mais amiúde nos limites do ordenamento privado.

A consagração política do princípio da igualdade, com a abolição

⁵ AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós-Modernidade*. São Paulo: Del Rey, 2003, p.76-77.

⁶ Configura-se como página da história o Direito Civil tradicional: “No Direito Civil clássico havia uma tendência, justificada da necessidade de segurança jurídica, para o uso de tipos leais que fossem instantaneamente aferidos e por isso tornasse clara a existência de vínculos familiares, tendo em vista a necessidade de segurança –*rectius*, clareza, certeza- nas relações patrimoniais. Era de todo desejável- e de certa forma ainda hoje o é, só que em menor grau- saber exatamente a quem pertencia cada bem disponível para poder fazê-lo circular por entre as pessoas através das relações jurídicas. Com a maior importância da proteção à pessoa humana, os conceitos jurídicos dos respectivos vínculos familiares – tanto horizontal quanto vertical –ganham maior flexibilidade para incluir situações que antes estavam à margem do Direito, no campo do não jurídico, no campo fático. A necessidade maior, a diretriz, é não mais ter certeza da titularidade, mas sim de proteger, através das normas de Direito de Família cada um dos seus membros, neste local privilegiado para o desenvolvimento das personalidades individuais”. (KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da Família; notas sobre o tempo como elemento da “*fattispecie*” Família,. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira;TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* Orgs. *Diálogo sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 324.

⁷ TEPEDINO, *Op. Cit.*, p. 8.

dos privilégios estamentais, reclamava a existência de um direito único, que atendesse as vicissitudes de todas as pessoas, atentando-se pela generalidade e abstração, regulando de modo completo e exaustivo as relações sociais, colimava findar com a multiplicidade de normas, emanadas das mais variadas fontes.

O Estado legislador atua mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas classes econômicas, que se formam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, a Revolução Francesa visava combater.

O Código Civil mantinha a feição de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, que contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, não retiravam o sentido de completude e de exclusividade pretendido pelo Código. Assim concebidas, tais leis extracodificadas corroboravam o papel constitucional do Código no que concerne às relações privadas, como lecionava a dogmática tradicional, permitindo que situações não previstas pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado, delineando-se assim o cenário dessa primeira fase intervencionista do Estado, que tem início logo após promulgação do Código Civil de 1916.

Assim, a burguesia tinha nos códigos a proteção de seus interesses. Suas propriedades eram protegidas, a autonomia contratual era a tônica, sendo conferido segurança ao tráfico jurídico, essencial para o desenvolvimento do capitalismo.

Embora todos fossem iguais e autônomos perante o Código, dentro do paradigma de produção capitalista só o burguês possuía bens para ser tutelado e poderia comprometer-se através do contrato e assim era o sujeito de direito mirado pela codificação.

Nessa premissa, surgiu o individualismo possessivo, onde prevalecia o Ter sobre o Ser. O direito não era destinado à tutela de interesses das classes desfavorecidas, inclusive porque o voto era direito apenas de alguns, o caráter censitário do voto excluía do processo político

a maioria da população.

Enfim, o Código aspirava à completude, visando disciplinar todos os aspectos da vida humana, do nascimento ao óbito e a liberdade de contratar, como também o direito de propriedade fundia-se para formar o centro de gravidade do sistema privado.

Ao longo do século XX, todavia esse quadro se alterou. A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública. Em domínios como o direito de família em que, desde sempre, vigoraram limitações decorrentes da religião e da moral, de propriedade e do trabalho ainda subsiste influência decisiva da vontade e do consenso na formação das relações jurídicas, mas seus efeitos são comumente determinados pela lei, e não pelas partes. A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada publicização do direito privado.

Já mais próximo da virada do século, esse processo se aprofunda, dando lugar a um novo desenvolvimento dogmático, referido pela doutrina como Constitucionalização do Direito Civil. Na primeira parte do século, afirmava-se que o Código Civil era a Constituição do Direito Privado: De um lado, o Direito Privado, no qual os protagonistas eram o contratante e o proprietário, tendo no epicentro a autonomia da vontade; de outro, o direito público, em que atores eram o Estado e o cidadão, e a questão central, o exercício do poder e os limites decorrentes dos direitos individuais.

Ao longo do século, as novas demandas da sociedade tecnológica, estando aqui a sociedade mais cônica em relação aos direitos fundamentais, promoveram a superposição entre o público e o privado.⁸

A partir do longo processo de industrialização que tem curso na

⁸ A distinção entre o Público e Privado deverá se assentar não na finalidade perseguida pelo agente, mas nos meios utilizados para atingi-la, pois se forem públicos – ex: desapropriação de um bem – a relação será de direito público; se forem privados – aquisição de um bem pelo Estado mediante acordo - a relação terá natureza privada, mesmo que, em ambos os casos vise ao atendimento de uma finalidade pública. GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras*. Separata de: Revista dos Tribunais, nº 747, p. 52 *apud* RAMOS, Carmem Lúcia Silveira, *Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma Racionalidade Contemporânea*. São Paulo, 2002, p. 17.

primeira metade do século XX, diante dos movimentos sociais fomentados pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, delimitando a atuação da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens.

A Constituição brasileira de 1946 é um exemplo desta tendência, expressa nitidamente na Constituição italiana de 1948. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 05 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais.

Em relação a esta terceira fase de aplicação do Código Civil, fala-se de uma era dos estatutos, para designar as novas características da legislação extravagante.⁹

O contingente de leis extravagantes, a disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. Ao seu lado situava-se a legislação extravagante que, por ser destinada a regular novos institutos surgidos com a evolução econômica, apresentava característica de especialização, formando por isso mesmo, um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil.¹⁰

A descodificação não se resume à multiplicação de normas setoriais, fora do âmbito do Código, mas destaca-se por ser um fenômeno mais profundo na medida em que os microssistemas são independentes do Código Civil e se inspiram em ideais e valores diversos daqueles que norteiam a codificação. O Código Civil não pode mais ser considerado como lei geral em face destes microssistemas, passível de direcionar a interpretação das suas normas e a preencher suas lacunas, ante à

⁹ TEPEDINO, *Op. Cit.*, p.8.

¹⁰ TEPEDINO, *Op. Cit.*, p. 6.

divergência axiológica.¹¹

A consciência científica da unidade do ordenamento e do recíproco condicionamento dos institutos permitiu superar a perspectiva do direito civil essencialmente patrimonialista, apontando na direção da democratização e eficiência do aparato do Estado e dos entes públicos.

O Código, então, enfrenta o surgimento de microssistemas, já que apresentam fontes próprias, suas leis, regulamentos, interpretação, congressos científicos com uma especificidade que se acentua, até se constituírem como subsistemas regulados, sendo as normas fracionadas, se afastando totalmente para formar organismo próprio como aconteceu com o CDC.

1.1.1 Os Códigos

O Código, ao contrário, surgiu para contrapor-se ao modelo das Ordenações, sendo fruto da concepção do Estado liberal, buscava romper com a continuidade, sendo denominado por muitos como Constituição do Direito Privado.

O Código representava segurança, sendo formatado com uma sequência ordenada de artigos como base de um sistema. Sua principal característica sempre foi a imutabilidade. O intérprete tem como fonte de atuação a lei que se transforma em exegese.

A pretensão da codificação era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária; uma só norma, aplicável por igual a todos os cidadãos, sejam nacionais ou estrangeiros, servindo de garantia de separação entre a sociedade civil e o Estado.¹²

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. São Paulo: Lumen Juris, 2004, p. 96.

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 220.

1.1.2 Descodificação

A descodificação surgiu em decorrência da edição de inúmeros textos normativos, perdendo o Código sua abrangência, sua centralidade. A multiplicação dos conflitos sociais de massa, a complexidade de situações não abrangidas ou previstas pela codificação e outros demandas setoriais até então desconhecidas como a genética, a computação. A linguagem jurídica se tornou particularizada e setORIZADA.

O sistema jurídico atual convive com um pluralismo de fontes. O Código Civil não é mais o único corpo normativo a reger as relações privadas, havendo leis diversas para distintos setores da atividade e interesses interpessoais. Surgiram os microssistemas, que são pequenos textos normativos que regulamentam setores específicos de interesse privado.

Para o mestre Ricardo Luiz Lorenzetti, “a explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o código é o sol, ilumina-os, colabora com suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles”.¹³

Com isso, surgiram diversos microssistemas como da empresa, de proteção ao consumidor, do direito ambiental que possuem delimitações próprias e ordenam seus campos de ingerência, sendo independentes e exaurientes ao disciplinarem sobre normas inerentes a setores correlatos de interesse civil.

1.2 DO PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a Revolução Francesa¹⁴, que marca o fim do antigo regime

¹³ LORENZETTI, *Op. Cit.*, p. 221-222.

¹⁴ O direito é uma ordem, comportamento e organização social que se modela em um projeto político-filosófico cuja finalidade é realizar idéias básicas que formam a ética da comunidade e que, por isso

absolutista e o começo da instauração dos regimes liberais, surge o Estado de Direito. Sua importância para o direito privado é tanta, que se permite a afirmação de ser o direito privado moderno e o sistema jurídico que o Estado de Direito exprimiu.

Antes da Revolução Francesa tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalismo, fruto da contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo.

No passado, o poder político tinha ascendência sobre o econômico. Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais contradições do século XIX: a liberal-democracia.¹⁵

O Estado Liberal também conhecido por Estado de Direito, é o primeiro paradigma constitucional, sendo limitador do Estado à estrita legalidade, sendo acentuada essa ideológica marcada pela atividade hermenêutica do juiz à mera atividade mecânica de interpretação literal.

A separação de poderes é uma técnica de declínio, sujeita à gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo.¹⁶

Na sociedade estatal, a liberdade primitiva, para ser parcialmente recuperada, fez-se liberdade jurídica. A organização política restitui aos indivíduos, através da lei e da participação na elaboração da vontade estatal, os direitos que estes lhe haviam cometido, limitando a própria liberdade, ao estatuírem as bases do contrato social.

A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático. Esse seria acometido, depois, já pela reação conservadora da monarquia, através de

mesmo se chamam de valores. FIUZA, Cesar. *Direito Civil, atualidades*. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 66.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55.

¹⁶ BONAVIDES, *Op. Cit.*, p. 65.

impiedosa crítica doutrinária do historicismo, já pela insatisfação social do quarto estado, que percebia com nitidez o rumo divergente, contraditório e espoliativo em que envolviam os dois princípios, o democrático e o liberal, quando de sua aplicação concreta às realidades sociais e políticas.

No paradigma do Estado Liberal, a constituição não se imiscuía no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia.¹⁷

A importância que tem o indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico manifesta-se, com particular relevo, no fato de que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado.¹⁸ O ser humano não conseguiu ter tutelado no Estado Liberal seus interesses maiores, sua personalidade.

A crise do Estado Liberal teve seu ápice em meados de 1917, confirmando-se posteriormente com o surgimento da Constituição de Weimar. Com a ruptura do Estado Liberal, salientando não se tratar de uma evolução de paradigmas e sim de rupturas, passou-se ao Estado Social ou o também chamado, Estado de bem-estar Social.

Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos.¹⁹

Ao Estado Social sucedeu o Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pela institucionalização da convergência da democracia e do socialismo, superando o neocapitalismo próprio do Estado Social de Direito. A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.²⁰

O Estado social pressupõe a materialização dos direitos anteriormente formais, tais como a liberdade, a igualdade, a propriedade, mesmo que com suas devidas relativizações/restrições. Em razão dessa concretização do Direito, o Estado tem sua esfera de atuação ampliada

¹⁷ SARMENTO, *Op. Cit.*, p.69

¹⁸ BONAVIDES, *Op. Cit.*, p.53

¹⁹ SARMENTO, *Op. Cit.*, p.69

²⁰ FIUZA, *Op. Cit.*, p.73

sobremaneira, tendo este papel de resguardar e assegurar as finalidades econômicas e sociais que agora germinam.

O modelo atribuído ao Estado Social começa a ser questionado com o final da 2ª Guerra Mundial. Mas a ruptura efetiva do paradigma do Estado do Bem-Estar Social se deu mesmo em meados de 1970.

O paradigma Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, surgiu tendo como característica um Direito pluralista, participativo e constituído por uma sociedade detentora de interesses dos mais variados, o homem passa a ter sua integridade tutelada, sua dignidade é o bem maior, sendo alçada como um dos fundamentos da República.

Percebe-se, agora, uma significativa evolução no que tange à atividade do juiz, exigindo-se que este não se posicione somente perante os textos jurídicos dos quais se extrairia a norma, mas sim, também levando conta os elementos fáticos do caso concreto. A prestação jurisdicional deve cumprir as características da certeza e da aceitabilidade racional, tendo como premissa não mais o ser/objeto, o patrimônio como bem a ser protegido de forma absoluta, mas passa-se ao novo giro hermenêutico onde há a superação do ter, passando-se à proteção do ser, como pessoa tutelada e fim último da Carta Constitucional, fundamento do próprio Estado.

E sob esse cenário o Código Civil de 2002 surgiu para se amoldar à vertente ideológica do Estado Democrático de Direito, contendo, como não poderia deixar de ser valores constitucionalmente consagrados, tornando o direito civil mais vivo, social e ético, tendo como pano de fundo a preservação da integridade do homem.

1.3 DO CÓDIGO CIVIL À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A codificação no Brasil demorou tempos para ser implementada e corporificada, pois muitas barreiras haveriam de ser ultrapassadas.

Alguns desses obstáculos estariam no atraso originado do fato de nosso país continuar a ser regido pelas Ordenações; o inchaço legislativo

causado pela infinidade de leis e outras formas normativas que foram editadas para complementá-las e principalmente, a busca pela identidade jurídica que atendesse às necessidades dos jurisdicionados brasileiros.

Neste contexto, o primeiro código civil brasileiro só vigorou a partir do ano de 1917, foram noventa e dois anos de processo de elaboração.

O projeto de autoria de Clóvis Bevilácqua renovou o Direito brasileiro, dentro de uma filosofia marcada pelo liberalismo político e econômico. Foi concebido segundo os paradigmas e a partir do contexto histórico de uma sociedade colonial, submissa, refletindo às concepções filosóficas dos grupos dominantes, com prevalência da visão do Direito francês e a técnica do Direito alemão.

No campo ideológico era estruturado em conformidade com o pensamento individualista e patrimonialista; garantia o direito de propriedade e a liberdade contratual, cujo objetivo maior não era outro, senão proteger a estrutura político-social da época.

No Direito de Família foi marcado pelo patriarcalismo, sendo absoluto o poder marital e o pátrio poder, donde afluía a preocupação com a preservação de valores moralmente aceitos pela sociedade, sendo tímido o reconhecimento da filiação que qualificava como ilegítima.

Na verdade, o Código Civil de 1916 representava o pensamento dos fatores reais de poder da sociedade brasileira de sua época, sendo elaborado tendo por missão a completude, para ser o ordenamento supremo do direito privado. Entretanto, já estava atrasado desde sua concepção, se comparado à realidade europeia onde decaía os ideais liberais e surgiam os ideais do Estado Social.

Durante quase um século de sua vigência e apesar de seus méritos, evidenciava-se sua insuficiência para reger a complexidade da sociedade pós-moderna, a multiplicidade de situações não previstas pelo corpo normativo de Bevilácqua, circunstância que o levou ao inevitável obsolescimento.

Surgiram, assim, vastas produções legislativas de leis esparsas colimando amparar situações não recepcionadas ou previstas pelo Código oitocentista; os ensaios de jurisprudências foram fortemente utilizados

pelos magistrados, de forma a equacionar o direito com a realidade social.

A ordem jurídica reclamava urgente reforma.

Deste modo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 intitulada como cidadã, novos paradigmas foram arregimentados para todo o ordenamento jurídico, contendo normatização que iria irradiar e ter influência direta sobre todo o sistema legislativo do país, inclusive, para o direito privado.

A par disso, foi através do ordenamento constitucional que se buscou a reformulação do Direito Civil, pois as regras gerais e o contexto principiológico irradiaram a esfera das relações privadas, trazendo nova perspectiva e tendência para o direito contemporâneo.

Em 2002 surge um novo Código Civil que substitui o anterior.

O novo Código foi resultado de Anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas presidida por Miguel Reale e integrada por José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito da Empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões), contendo 2.046 artigos.

O Anteprojeto foi apresentado em 1972, sendo exibido à comunidade jurídica em 1974 e encaminhado ao Congresso Nacional. Após foi para o Senado Federal onde permaneceu engavetado por 13 anos, período em que ocorreu o processo de redemocratização e resultou em uma nova Constituição, seguidas de inúmeras leis complementares à Carta Magna.

Em 1994 reiniciou o trabalho para conclusão do Código Civil, sendo o projeto atualizado pela Comissão Especial, tendo por Relator-Geral o Senador e Professor de Direito Josaphat Marinho, com o auxílio de Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves, os dois únicos membros da comissão elaboradora. Ao retornar à Câmara dos Deputados em 1998, o texto recebeu outras alterações notadamente no Direito de Família, de forma a amoldá-lo às realidades normativas e sociológicas.

Sua estrutura prevalente é bipartida, seguindo o modelo germânico, contendo uma parte geral e uma parte especial, composta por cinco

Livros. O Livro I é concernente ao Direito das Obrigações; o Livro II estatui sobre o Direito da Empresa; o Livro III versa sobre o Direito das Coisas (Direito Real); o Livro IV o Direito de Família e o Livro V, o Direito das sucessões.

Na parte geral, art.1º a 232 estão concentradas as disposições referentes às pessoas, aos valores essenciais da personalidade humana, aos regramentos das pessoas jurídicas, aos bens, aos fatos jurídicos e a regra relativa à personalização civil, iniciada do nascimento com vida, protegendo-se dos direitos do nascituro desde a concepção.

As cláusulas abertas inseridas no corpo normativo fazem com que o enunciado ao invés de traçar as hipóteses e conseqüências, permite a incorporação de princípios, afastando-se o risco do imobilismo e propicia a atividade de concreção destes princípios.

A regra utilizada no novo texto codificado foi a das cláusulas gerais, a permitir tanto a ligação intra-sistemática (entre normas do próprio código), quanto a intersistemática (entre outros textos legislativos) e extra-sistemática (remetendo-se o intérprete para fora do sistema jurídico, buscando concretizar determinado valor ou diretiva.

Essas cláusulas são dotadas de grande abertura semântica, não podendo dar resposta a todos os problemas, o que deverá ser feita através da construção jurisprudencial, atribuindo maiores responsabilidades ao juiz de formular, em cada hipótese, a interpretação do caso, buscando elementos valorativos para fundamentar sua decisão. A cláusula geral, por assim dizer, cria uma abertura do direito legislado à dinamicidade da vida, mas, contudo, gera em muitos a incerteza de seus limites, o grau de certeza jurídica seria mínimo. Daí, porque nenhum código pode ser elaborado contendo apenas cláusulas gerais, sendo necessário combinar os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais.

O Código Civil também marca seus diferenciais pela evidente concretude ou concreção jurídica, ou seja, a correspondência adequada dos fatos à norma segundo o valor que se quer realizar.

É a legislação se preocupando com o indivíduo situado, é a ética da

situação. Pelos modelos abertos se evita inúmeras produções legislativas e o distanciamento dos textos codificados com o direito vivente.

Para Reale, uma lei deve ser interpretada conforme seu espírito e por isso, as diretrizes que norteou a obra codificadora teve como base de fundamentação a ética, destacando quatro diretrizes: sistematicidade; operabilidade; eticidade e sociabilidade, que poderão dar o panorama global do código.

O direito privado está, hodiernamente, muito ligado ao valor que historicamente é atribuído à pessoa e à sua relação com os demais bens da vida, patrimoniais e existenciais, com as esferas do ser, do ter e do agir. Contudo, no primeiro plano a pessoa, sua dignidade passa a ser tutelada. O direito passa a construir regras que visam a proteger essa dimensão existencial do humano, ressaltando a dimensão ética das normas jurídicas.

Essa preocupação com a dimensão ética das normas é percebida ao estabelecer o princípio da confiança que vem especificado no interior das relações nascentes do tráfego jurídico negocial, diante dos correlatos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva. São normas de comportamento leal a que deverá se pautar todo homem reto em suas práticas negociais, traduzindo em dizer ser correspondente a lealdade, probidade, honestidade etc. A boa-fé objetiva é um princípio do Direito Obrigacional hodierno, sendo inerente à confiança que deve nortear o negócio jurídico, seja de natureza civil ou empresarial.

No direito de família é também exigência ética o casamento fundado no princípio da comunhão plena de vida, art. 1511; a igualdade entre o homem e a mulher, que se traduz em nova ética entre os sexos, as regras de regime de bens no casamento, art. 1640 e 1725. A questão do direito sucessório, art. 1845, etc. Ainda como princípio da eticidade, temos as regras de estado de perigo, esculpidas nos arts. 156 e 157.

A socialidade, como característica do direito civil contemporâneo, vem contrapor ao excessivo individualismo característico da era da codificação oitocentista, situando as regras no plano comunitário.

A diretriz constitucional da solidariedade social, posto como um dos fundamentos da República está instrumentalizada:

1 - Princípio da Função Social da propriedade e da posse: sendo o princípio que diz respeito à utilização dos bens e não à titularidade jurídica, ou seja, pouco importa o título de propriedade. A função social da propriedade está ligada a funcionalização dos direitos subjetivos, visando buscar um equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade. A cláusula da função social visa contrapor-se ao modelo de proprietário oferecido pelo código napoleônico, permitindo a reconstrução do instituto da propriedade, não se podendo mais falar em direito absoluto do proprietário, vindo a ser relativo. É que aquele direito de caráter sagrado, deve ser analisado sob o ponto de vista da função social constante da Constituição Federal e prevista no CC atual.

2 - O Código exprime no art. 421 a função social dos contratos. O direito dos contratantes se alia à boa-fé, à probidade, ao princípio da função social.

Esta norma representa a projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental do indivíduo e da coletividade, inserta no art. 5, XXIII da Constituição Federal de 1988, uma vez que o contrato tem, dentre outras características a de instrumentalizar a aquisição da propriedade.

Deste modo, forçoso concluir que o direito privado não restou absorvido pelo direito constitucional, porém perdeu suas antigas características e amarras individualistas e materialistas, para se tornar mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social.

Houve, a reboque, a despatrimonialização em decorrência da repersonalização, ou seja, a tutela de situações patrimoniais deixa de estar no centro das discussões jurídicas, a partir da visão constitucional do direito privado, a primazia passa a ser para as situações não patrimoniais, buscando-se atribuir efetividade ao princípio da dignidade humana.

A par disso, sobreleva a proteção do Direito Privado às crianças e aos adolescentes, aos consumidores, aos não proprietários (Lei das Locações, do Arrendamento Rural e Parcerias). Procura-se tutelar os direitos de personalidades. No plano da responsabilidade civil, as vítimas mereceram maior atenção, sendo afastada a visão clássica que exigia a presença de uma culpa.

No direito hodierno, podemos considerar o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado sob dois aspectos:

No primeiro, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a ser disciplinados também nas Constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser disciplinados nos diplomas penais ou processuais. É o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas.

Numa segunda acepção, verificamos a Constitucionalização do Direito Civil, cujo fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas recentemente, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforme a Constituição.

Com isso, o fato de o constituinte ter incluído na Carta Magna, vários princípios, mas também algumas regras tipicamente afeitas ao Direito Privado leva todo o ordenamento de Direito Privado a ser interpretado em conformidade com a Constituição.

Nessa vertente, as normas principiológicas e programáticas concernentes ao Direito Privado, mas contidas na Constituição, necessariamente impõem ao legislador o dever de produzir uma legislação compatível com tais princípios. Daí o porquê do surgimento de leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil.²¹

Clarividente que no regime jurídico do direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer modelo de conduta que não lhes seja proibida pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, em conformidade com suas preferências pessoais. A propriedade privada investe seu titular no poder de usar, fruir e dispor do bem. As relações jurídicas dependem do consenso entre as partes. E a responsabilidade civil, como regra, é subjetiva.²² Violado um direito na esfera privada, seu titular tem

²¹ NETO, Eugênio Facchini. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 35-39.

²² Responsabilidade civil é o dever de reparar o dano causado a outrem. A responsabilidade subjetiva consiste em que o causador do dano somente responderá se tiver agido com culpa. Na dicção

a faculdade de defendê-lo, e para tanto deverá ir a juízo requerer a atuação do Estado no desempenho de sua função jurisdicional²³.

Lado outro, na dogmática adotada pelo pensamento reformista do ordenamento jurídico, sobreleva a postura científica da unidade e do recíproco condicionamento dos institutos. A par disso, permitiu superar a perspectiva do Direito Civil essencialmente patrimonialista²⁴, influente sobre a individuação do seu âmbito de competências e das suas técnicas, apontando novos rumos na direção da democratização e eficiência do aparato do Estado, fenômeno reconhecidamente como privatização do direito público.²⁵

Assim interesses privados e interesses públicos ganham um significado histórico, que não permite uma classificação rígida e dogmática que reproduza experiências já superadas.²⁶

Não se pode deixar de emprestar plena valia aos argumentos doutrinários que defendem a aplicação direta dos princípios constitucionais. A normativa constitucional pode sozinha, ser a fonte balizadora de uma relação jurídica de Direito Civil, máxime por considerar ser o ordenamento jurídico vigente unitário, tendo a Constituição Federal no ápice de todo o sistema legal.

expressa do artigo art. 159 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 57.

²⁴ O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário. PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. São Paulo: Del Rey, 2002, p.17-19.

²⁵ As transformações no Direito Civil são atestadas pela análise percuciente: “No Direito Privado, os instrumentos jurídicos são concebidos como elaboração do sujeito; o testamento e o contrato são expressões da vontade, a responsabilidade civil representa uma sanção pela prática de um ato ilícito; concede-se pouca atenção aos bens coletivos; os grupos não são sujeitos de Direito. O Direito privado vai modificando seu enfoque. Em uma sociedade de massa, a atuação do indivíduo não é indiferente ao que respeita os demais indivíduos e aos bens públicos. A consciência dessa inter-relação nos obriga a enfocar o problema do Direito Privado de outra maneira, além disso, a teoria do contrato não está fundada na vontade como única fonte de regulação jurídica. A aparição da ordem pública de proteção de grupos contratantes, das disposições imperativas nos contratos de consumo, dos contratos ditados, das que estabelecem uma diretriz na economia, tem mudado substancialmente o panorama. Em realidade, há um acúmulo de eras institucionais, criadas pelo legislador, que atuam de modo similar a uma partitura, que o contratante interpreta em cada caso. A teoria da responsabilidade civil vai abandonando progressivamente seu esquema básico voluntarista, para ser pensada como um problema de justa distribuição dos efeitos danosos”. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998, p.83.

²⁶ PERLINGIERI, *Op. Cit.*, p. 148-149.

Os que não coadunam com esse pensar ainda estão arraigados nem tanto a argumentos lógico-normativos constantes do sistema vigente, mas, principalmente, a um tipo de cultura e formação jurídica de modelo codicístico, tendente a exaurir a legalidade no respeito aos códigos, a atribuir a estes a natureza e função constitucional, a exaltar o mecanismo lógico da subsunção do fato concreto em uma bem precisa *fattispecie* abstrata.

Não se pode olvidar que a perspectiva do novo paradigma constitucional resultou em uma relação direta entre intérprete e norma constitucional, evitando o isolamento desta última do restante sistema normativo, advindo, por assim dizer, a unidade do ordenamento e a conseqüente superação de vetusto dogma focado na tradicional contraposição entre público e privado.²⁷

Torna-se, desta forma, forçoso reconhecer cumprir ao aplicador do direito um instigante papel, a fim de realizar objetivos delimitados e qualificados pela ordem jurídica vigente, desapegando-se de modelos não condizentes com a sociedade pluralista e exigências desta era.

Portanto, deverá ser observado que o sistema jurídico encampa um Direito Civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefine o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; buscando novas técnicas de interpretação, levando

²⁷ Direitos a competências de direito privado são direitos em face do Estado a que este crie normas constitutivas para as ações de direito privado e, com isso, constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições jurídicas de direito privado. Esses direitos podem relacionar-se tanto à exigência de que essas normas existam quanto à exigência de que tenham um determinado conteúdo. Exemplos de complexos de normas que se inserem no âmbito desses direitos, e que são analisadas no contexto da realização e da asseguarção de direitos fundamentais, são as normas de direito contratual, de propriedade, matrimonial, de sucessão e de associação. Esses complexos de normas são exatamente aqueles que tradicional e apropriadamente são chamados de "institutos jurídicos". Isso suscita duas questões: (1) O que os institutos jurídicos de direito privado têm a ver com a ideia de procedimento? (2) Há direitos fundamentais a institutos jurídicos de direito privado, ou esses institutos são simplesmente protegidos por meio de uma garantia objetiva de institutos? A conexão entre os institutos jurídicos de direito privado e a ideia de procedimento reside no fato de que os institutos jurídicos de direito privado são formados sobretudo de competências, que, em si mesmas, não delimitam substancialmente as esferas jurídicas dos sujeitos de direito privado, mas fundamentam a possibilidade jurídica de se realizar uma tal delimitação. Isso significa, no entanto, que elas são procedimentos para a criação do direito. E, como procedimento privado e autônomo de criação do direito, são elas variantes de um dos modelos básicos de procedimento, o modelo contratual. Não tão fácil de ser respondida é a questão sobre se há direitos subjetivos à existência de institutos jurídicos de direito privado, ou se esses direitos são protegidos apenas objetivamente em face do legislador. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 484-485.

a dar nova feição ao Direito Civil, visto sob o ângulo de sua unidade sistêmica com o Direito constitucional.²⁸

Assim, torna-se forçoso reconhecer que, sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual deve ter todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como Constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e o processual.²⁹

Para melhor explicitar esse processo, vê-se que as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Civil são marcadas por três fases:

Na primeira fase, a Constituição era vista como uma Carta Política, servindo de referência para as relações entre Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a Constituição do direito privado. A Constituição, nesta época, destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário.

Na segunda fase, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.

Na fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como uma espécie de filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil.

²⁸ PERLINGIERI, *Op. Cit.*, p. 590-591.

²⁹ BARROSO, *Op. Cit.*, p. 86-87.

É nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios, que incluem: a função social da propriedade e do contrato; a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; a igualdade entre os cônjuges; a igualdade entre os filhos; a boa-fé objetiva; o efetivo equilíbrio contratual. O direito de família, especialmente, passa por uma revolução, com destaque para a afetividade, afastando aqueles dogmas puramente formais ou patrimoniais. Passa-se a reconhecer uma pluralidade de formas de constituição da família: casamento; união estável; famílias monoparentais; união homoafetiva.

Como se vê, nesta fase há regras específicas na Constituição que afetam institutos clássicos, assim como princípios que se difundem por todo o ordenamento, a exemplo da isonomia, da solidariedade social e da dignidade humana.³⁰

A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por todos os juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal. Essa realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

a) O reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição ou à emenda constitucional, quando com ela incompatíveis;

b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação a atuação do legislador;

d) sua interpretação conforme a Constituição, que pode significar: a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido

³⁰ BARROSO, *Op. Cit.*, 2010, p. 367-369.

e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.³¹

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção, hoje, a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil.

A mudança de atitude é substancial, pois ao jurista incumbe interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o código, como ocorria com freqüência. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificação que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o Constitucional.

Afirma-se que a constitucionalização é o processo de elevação do plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.³²

Não obstante, é de ser considerado que o Direito Privado não perdeu seu espaço, não sendo absorvido pelo Direito Constitucional, porém houve ruptura com seus clássicos dogmas, sua versão patrimonialista e voluntarista, pautado no individualismo e abstração, cedendo espaço para nova perspectiva paradigmática, o tornando mais solidário, ético e numa versão mais preocupada com a função social e com a pessoa humana, que foi alçada ao ápice do ordenamento jurídico constitucional.

A Constitucionalização do Direito Privado ocupou-se com a repersonalização, ou seja, a tutela de direitos patrimoniais deixou de ser o ponto central das discussões jurídicas, dando-se primazia para situações não-patrimoniais, buscando atribuir efetividade ao princípio da dignidade

³¹ BARROSO, *Op. Cit.*, 2010, p. 365.

³² FIUZA, *Op. Cit.*, p.198-199.

da pessoa humana.

Portanto, a era do personalismo surgiu com a Constituição de 1988 e não com o advento do Código Civil de 2002. É a partir de então que se dispensou maior preocupação para o sujeito, considerado como pessoa, compreendido como valor absoluto. Nesse tocante passa o Direito a dispensar maiores tutelas às crianças, aos adolescentes (ECA) aos Consumidores, (CDC) aos Idosos (Estatuto do Idoso), às vítimas de danos, etc. Proteger por assim dizer, a repersonalização, restando ao patrimônio o papel de coadjuvante do sistema civilístico.

No Código Civil de 2002 percebemos um agrupamento principiológico de onde se extrai uma maior preocupação do legislador em editar normas com feições mais éticas, voltadas para a proteção integral do homem, centro de todo o interesse epistemológico do direito atual.

O contrato na civilística pós-moderna exige maior comprometimento ético e político de cada um dos contratantes, de todo a expandir projeção para além das fronteiras do meio sinalagma.

A boa-fé objetiva nos contratos, cláusula geral, se entende que é um fato, aliado a uma virtude. Se apresenta, assim, como a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior ao mesmo tempo em que se revela como o amor e respeito à verdade.³³

Enfim, o Direito Civil Constitucionalizado passa a ser um instrumento de justiça, de equilíbrio contratual e inclusão social, de proteção à dignidade humana, de combate ao poder econômico, de combate à má-fé. O direito privado passa a ter uma função emancipatória, cuja conquista libertária somente foi possível com a sua constitucionalização.

1.4 DISTINÇÃO ENTRE PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A dicotomia Direito Público e Direito Privado foi um dos postulados

³³ Contudo, a boa-fé não pode valer como certeza, sequer como verdade, já que exclui a mentira, não o erro, conforme ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, palestra proferida em 23/082002, V Seminário de Estudos do Novo Código Civil, Uberlândia, MG, *Informativo Especial EJEJF*, p. 243.

básicos do Estado Liberal, como também a divisão dos poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Entendia-se como Direito Público o conjunto de normas em que o Estado se organizava e regulava as suas relações entre si e os particulares, visando proteger os indivíduos e não a coletividade e Direito Privado as relações interpessoais.

A denominada publicização veio romper as fronteiras tradicionais, arredando a dicotomia criada pelo liberalismo iluminista. É destacada pela crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, que é uma característica do Estado Social do século XX.

Pauta-se na redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos³⁴, passando o Estado a intervir de forma mais acentuada assumindo a direção de determinados setores sociais como transporte, educação serviços médicos, etc., disciplinando relações privadas, disciplinando preços e as atividades bancárias.

Supera-se a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado. O Código de Defesa do Consumidor e seus preceitos sociais é um demonstrativo de que os ramos interpenetram-se. Este diploma legal é um paradigma de direito social, pelo que seus dispositivos não são de natureza pública ou privada, sendo uma categoria intermediária.

Torna-se importante para a sociedade se direcionar através de normas de direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que estejam a ele integradas garantindo sua autonomia, mas que obedeça a um sistema vinculado à Lei Fundamental.

O fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais; não é este o campo próprio do direito público.

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

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 199.

Muitos propugnam pela superação da velha dicotomia³⁵, que resiste à falta de outra mais convincente e mantém sua utilidade no plano didático. Os defensores de seu desaparecimento têm em mente o grau de intervenção (legislador ou juiz) em certas relações para considerá-las publicizadas. No Estado Social todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado Social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas Constituições Liberais. No Estado Social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado que gera a natureza do direito público. O mais privado dos direitos, o Direito Civil está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse o contrário então inexistiria Direito Privado.

Pois bem, independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado.

Para Afonso Arinos de Melo Franco, a distinção entre Direito Público e Direito Privado é irrelevante, pois o jurista que se coloca em observar a gênese do Direito, porque provindo sempre, para ele, o Direito do Estado, irrelevante se tratar de Direito privado ou público, uma vez que todo Direito é estatal e, por isto, público. Sustenta, ainda, que sendo o Estado uma instituição social e a própria sociedade tem existência justificada no convívio humano e assim, atender os interesses dos indivíduos. Desta

³⁵ A característica do Direito Privado é a predominância das normas dispositivas, de maneira que a grande maioria delas, principalmente no terreno das obrigações, só incide se a convenção das partes não dispuser de modo diverso. No entanto, sempre existiu dentro do Direito Civil certas regras que, mesmo se destinando a reger relações privadas, não entram na esfera de livre disponibilidade dos sujeitos das relações jurídicas civis. São as normas cogentes, cujo conteúdo é considerado de ordem pública. Com a evolução do moderno Estado Social de Direito nota-se um grande incremento desse tipo de normas, por meio das quais se realiza a intervenção estatal no domínio econômico, praticando o dirigismo contratual, tal como se dá, por exemplo, com a legislação bancária, com o inquilinato, com o estatuto da terra, com os loteamentos e incorporações etc. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, São Paulo: Forense, 1999, p. 26.

maneira, a seu sentir, se assim considerado, todo direito será privado³⁶.

A publicização por assim dizer, deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos³⁷, como a constitucionalização de certos princípios e institutos fundamentais, pilares do Direito Privado como família, propriedade e o contrato.

Outra característica da Constitucionalização do Direito Privado é a acentuada com a fragmentação de seus institutos, passando do sistema monolítico, Códigos totalizantes, de estrutura fechada e centralizadora do séc. XIX, como se percebe pelos Códigos Civis e Comerciais, para um plurissistema, surgindo leis especiais e microssistemas cuidando de uma temática específica, como CDC, ECA, etc., o que se logrou falar em *era dos estatutos*.

Hodiernamente, público e privado se correlacionam e se harmonizam, pois cada vez mais há utilização de institutos públicos nos espaços privados e vice versa, como acontece no reconhecimento da função social do contrato, da propriedade e da empresa. Trata-se, na lição de Gustavo Tepedino “de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se, ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.³⁸

³⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1968, v.1, p. 20.

³⁷ LÔBO, *Op. Cit.*, p. 200.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Ensaio inserido em obra do mesmo autor, denominada *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 22.

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

Uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo, na era do denominado pós-positivismo³⁹, é a importância atribuída aos princípios com o reconhecimento da sua força normativa.

A ascensão dos princípios coincide com a crise do positivismo⁴⁰, que se inicia na sequência da 2ª pós-guerra. Para a teoria do positivismo tradicional o direito estaria separado da moral e o processo de aplicação do direito somente poderia valer-se da racionalidade formal.

O positivismo legalista pregava reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas, excluindo dele toda referência ao valor material da justiça, que unicamente ao legislador, e não ao aplicador do Direito, correspondia atender.

Os princípios, quase ignorados pelos positivistas, surgem como instrumento de integração do Direito, em especial do Direito Constitucional, com o universo da ética, por conterem expressões valorativas fundamentais expressas pelo ordenamento jurídico,

³⁹ Cumpre não confundir pós-positivismo com pós-modernismo no campo jurídico. Embora possa haver algumas coincidências entre tais concepções – como a rejeição da visão positivista de racionalidade, que excluía do seu âmbito a razão prática, e a negação da separação cartesiana entre sujeito e objeto, com o reconhecimento de que, também no Direito, o observador influi sobre o fenômeno observado – existem também marcantes diferenças entre estas cosmovisões jurídicas. De fato, o pós-positivismo não desacredita na razão e no Direito como instrumento de mudança social, e busca, recorrendo, sobretudo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalizar as potencialidades antecipatórias da ordem jurídica. Já o pós-modernismo, mostra-se cético em relação ao Direito, e tende a reduzir o papel das Constituições a um mero estatuto procedimental. BONAVIDES, Paulo Bonavides, *Op. Cit.*, p. 237.

⁴⁰ O positivismo possui como esqueleto algumas poucas proposições centrais e organizadoras. (a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o 'Direito', de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (...) então esse caso não pode ser decidido mediante 'a aplicação do direito'. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, 'exercendo seu discernimento pessoal', o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28.

informando materialmente as demais normas.

Os princípios importam, destarte, retornar a racionalidade prática do Direito, tão repudiada pelo positivismo tradicional da Escola da Exegese, como também pelo escólio normativista de Hans Kelsen e Herbert Hart. Havia profunda rejeição a essa forma de valoração do direito, desprezando-se a racionalidade prática e a possibilidade de argumentação racional sobre os valores e a justiça.

A escola positivista defendia que a aplicação do direito deveria permanecer reduzida à subsunção, sendo a atividade do intérprete meramente declaratória, e desempenhando o juiz o papel secundário de “boca que pronuncia as palavras da lei”.⁴¹ Não havia, por assim dizer, espaço para debates e argumentações jurídicas, restringindo ao juiz ficar a serviço da vontade de um legislador supostamente onipotente.

A teoria moderna dos princípios surge contrapondo-se a esse pensamento, pois defende o posicionamento de que os atos de aplicação do direito não podem ser separados da argumentação racional e do controle social.

O positivismo não rejeitava por completo os princípios, porém os considerava como de função subsidiária e supletiva e sua discussão era realizada, sobretudo, no âmbito do Direito Privado, onde surgiam como princípios gerais do direito. Portanto, não alçavam o status de norma jurídica, mas de meio de integração do Direito, utilizados nas hipóteses de lacuna.

Esta concepção, apesar do seu anacronismo, e a que ainda se faz presente no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, editada em 1942, segundo o qual, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Aliás, os princípios não seriam apenas uma fonte supletiva do direito, mais a última delas, somente passível de aplicação ao depois de esgotadas todas as possibilidades de aplicação do regramento jurídico, da analogia e

⁴¹ A expressão é de Montesquieu, utilizada no *Espírito das Leis* para descrever a reduzida relevância política do Judiciário. Sobre as concepções do positivismo jurídico clássico da Escola da Exegese, veja-se BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Campos, 1986, p. 63-89.

dos costumes.

Na seara do Direito Constitucional, a doutrina positivista⁴² inseria os princípios no universo das normas constitucionais não auto-aplicáveis, desprovidas de valoração jurídica. Há, portanto, uma estreita conexão entre, de um lado, o reconhecimento da normatividade dos princípios e, de outro, a difusão da ideia de que todas as normas constitucionais possuem alguma eficácia jurídica.

Guido Alpa define o princípio⁴³ como sendo:

Um enunciado normativo amplo, que permite solucionar um problema e orientar um comportamento, resolvido em um esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de feitos que oferece a vida real.⁴⁴

Nesta definição, verificamos ser o princípio um enunciado normativo, possuindo uma formulação abstrata e um procedimento próprio de identificação, tendo por funções à solução de problemas e orientação de comportamentos.

São múltiplas suas concepções, sendo corriqueiramente utilizados pelo juiz para solucionar os casos surgidos; pelo legislador para legislar; pelo jurista para pensar e fundamentar; e para o operador jurídico para atuar.

Possuem importância ímpar, mormente diante do clarividente desprestígio da lei, da superprodução e as oscilações da jurisprudência e outros tantos entraves legais. Busca-se cada vez mais se pautar nos princípios como solução de simplificação da tarefa. A eles são atribuídas as características de simplicidade, ou seja, seu conjunto de ideias deverá nortear o raciocínio jurídico, como também são considerados de hierarquia superior, pois estão situados no plano mais elevado de

⁴² De qualquer modo, os Positivistas traçaram uma diretriz que, se comparada com o entendimento da escola da exegese, parece-nos uma grande conquista: eles afirmaram, e consolidaram, a concepção dos princípios como uma categoria das normas jurídicas.

⁴³ Na jurisprudência, o princípio é concebido como uma regra geral e abstrata, que se obtém indutivamente extraindo o essencial das normas particulares, ou como uma regra geral pré-existente. Para alguns são normas jurídicas; para outros são regras de pensamento; para alguns são anteriores ao ordenamento, enquanto para outros são anteriores ou superiores ao sistema legal.

⁴⁴ ALPA, Guido. *I Principi Generali. Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 69.

graduação; para alguns, integram o direito natural outros têm uma raiz histórica ou são considerados como integrantes do ordenamento, mas são obtidos pela generalização das normas, e são superiores a elas. Por certo, os princípios são integrantes do ordenamento jurídico e, portanto, integram o Direito.

Com essas características de simplicidade e de alta hierarquia, são considerados como uma arquitetura do ordenamento jurídico privado. No entanto, apesar da importância que se lhes reconhece e de suas características essenciais, não basta, para sua exata compreensão, simplesmente estabelecer quais são os princípios, quantos são e como estão localizados hierarquicamente.

Por certo, reacendeu a discussão envolta aos princípios em decorrência, principalmente da Constitucionalização do Direito Privado. Sua aplicação ganhou força com a Constituição Federal que promoveu o debate e a releitura de todo o ordenamento vigente, contendo em seu texto inúmeros princípios de aplicação imediata, nas várias vertentes do ordenamento⁴⁵. Também os tratados internacionais fomentaram o campo de aplicação dos princípios.

No Direito contemporâneo, temos uma Constituição Federal com matizes contendo um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, colimando a aplicação de justiça e a efetividade dos direitos fundamentais, contrapondo-se ao modelo jurídico tradicional, concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras.

A nosso pensar, deverá prevalecer a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica, previsibilidade e objetividade das condutas e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto

Os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, ressurgem de forma ascendente, deixando de ser apenas fonte subsidiária do Direito, nas lacunas evidenciadas, para alcançar o prestigioso

⁴⁵ LORENZETTI, *Op. Cit.*, 2009, 123-131.

lugar ao centro do sistema jurídico. Isso ocorre, porque na atual estrutura do sistema jurídico, dentro do pós-positivismo, conforme já assinalado, direito e ética caminham juntos e em sendo assim, os princípios emprestam inteira serventia, figurando como aportes dos valores concebidos na visão epistemológica do ordenamento.

Algumas diferenças entre princípios e regras podem ser destacadas:

a) quanto ao conteúdo: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;

b) quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato, atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;

c) quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; os princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.

Do ponto de vista material, os princípios constitucionais podem ser classificados em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios constitucionais fundamentais expressam as decisões políticas mais importantes, Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana e são os de maior grau de abstração. Os princípios constitucionais *gerais* são pressupostos ou especificações dessas decisões, isonomia, legalidade, tendo maior densidade jurídica e aplicabilidade concreta. E, por fim, os princípios constitucionais setoriais que regem determinados subsistemas abrigados na Constituição, consubstanciando normas como a livre concorrência ou a moralidade da Administração Pública.⁴⁶

⁴⁶ BARROSO, *Op. Cit.*, p. 317-319.

2.1 EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS

Toda norma destina-se à produção de algum efeito jurídico. Como consequência, a eficácia jurídica, isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade é atributo das normas de Direito. A consumação desses efeitos, a coincidência entre o dever-ser normativo e o ser da realidade, é identificada como efetividade da norma. O descumprimento de uma norma jurídica, que equivale a não produção dos efeitos a que se destina, é passível de sanção judicial. O Poder Público de maneira geral e o particular, quando afetado em algum direito seu, podem exigir, judicialmente quando seja o caso, a observância das normas que tutelam seus interesses.

Modernamente, já não é controvertida a tese de que não apenas as regras, mas também os princípios são dotados de eficácia jurídica.

Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão.

De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia. Há quem entenda que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica⁴⁷, mormente por considerar o princípio instrumental da unidade da Constituição; outros autores entendem haver uma hierarquia axiológica, devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses poderem afastar sua incidência.

2.1.1 Eficácia direta

Pela eficácia direta, o princípio incide sobre a realidade à

⁴⁷ Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios. Essa divisão não se baseia em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. “Princípios expressos em deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida. Muito comumente, um princípio constitucional servirá de fundamento para a edição de uma regra legal.

2.1.2 Eficácia interpretativa

A eficácia normativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Entre duas soluções plausíveis, deve-se prestigiar a que mais adequadamente realize o princípio federativo, ou a que melhor promova igualdade ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão. Podendo o operar dentro da própria Constituição.

A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

2.1.3 Eficácia negativa

A eficácia negativa implica na não aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que afronte com o princípio constitucional, podendo resultar na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta, com sua exclusão do sistema, seja em controle incidental de constitucionalidade, quando a norma não mais incidirá no caso concreto. Também poderá ocorrer a eficácia negativa em relação a atos jurídicos, administrativos ou privados, estão sujeitos a tais efeitos negativos.⁴⁸

⁴⁸ BARROSO, *Op. Cit.*, p. 319-

Os princípios são normas, com estrutura deontológica, caracterizador do dever ser. São diferentes das regras que podem ser cumpridas ou não, cujas consequências de descumprimentos são delimitadas de forma clara. Já os princípios apenas revelam o dever de cumprimento. Os princípios são normas *prima facie* sem uma terminação acabada e por isso, suscetíveis de serem completadas; não normas que recepcionam valores, cujo grau de concreção varia segundo os sistemas jurídicos, os períodos históricos e a relação com as regras. São mandados de otimização e podem ser cumpridos em diversos graus.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Quanto ao modo de obtenção, admite-se que existem princípios sistemáticos, princípios dogmáticos e princípios problemáticos.

Os *princípios sistemáticos*, ou representativos, são os que não têm maior operatividade imediata, mas são responsáveis pela organização institucional da sociedade.

Os *princípios dogmáticos* são os obtidos por dedução do ordenamento jurídico, como a liberdade de contratar.

Já os *princípios problemáticos*, ou ideias básicas em sentido retórico, surgem a partir da conexão de problemas. Seu fundamento é a experiência jurídica histórica, ou seja, a natureza das coisas⁴⁹.

É nesse sentido que se afirma a distinção entre a generalidade dos princípios e regras. As regras são comandos disjuntivos, pois incidem sob a forma do “tudo ou nada”, o que não acontece com os princípios. Em outras palavras, presentes seus pressupostos ou a regra jurídica é aplicada ao caso ou é completamente afastada dele em razão da incidência de outra regra. Assim, diante de um conflito entre regras, torna-se necessário recorrer aos critérios clássicos de resolução de antinomias (hierárquico, cronológico e de especialidade), que importarão na eleição de uma delas para reger o caso, em detrimento da outra. A solução da

⁴⁹ LORENZETTI, *Op. Cit.*, p. 123-131.

colisão entre regras deriva de um raciocínio ancorado na lógica formal, alheio a preocupações morais substantivas.

Em razão da dimensão de peso que possui isso não ocorre com os princípios. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro.

Para Alexy⁵⁰ o conflito entre regras é resolvido de modo diverso do que se estabelece entre princípios. Entre regras, a colisão é solucionada com a introdução de uma cláusula de exceção (a regra mais especial regula o caso em detrimento da mais geral), ou mediante o reconhecimento da invalidade de uma das regras em confronto. Já com os princípios, o conflito não se dá no campo da validade, mas na dimensão do peso.⁵¹ Em casos de colisão entre princípios um deles terá que ceder espaço para o outro, o que não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, mas que apenas tem precedência sobre o outro. Torna-se necessário realizar uma ponderação no caso concreto, na qual cada princípio cederá espaço ao outro, através de restrições e compressões recíprocas que devem respeitar o princípio da proporcionalidade.

Dworkin afirma que os princípios, possuem uma dimensão de peso que se percebe na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe, sem que perca sua validade.

O conteúdo se estabelece mediante um juízo de ponderação com

⁵⁰ ALEXY, *Op. Cit.*, p. 86-87.

⁵¹ Em primeiro lugar, há incorreção quando se enfatiza que somente os princípios possuem uma dimensão de peso, a aplicação das regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída (ou coerentemente intensificada) pelo aplicador. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, amplia ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso. Em segundo lugar, há incorreção quando se enfatiza que os princípios *possuem* uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que já esteja *incorporado* a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser *atribuída* uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto. (...) Vale dizer, a *dimensão de peso não* é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 59.

outros princípios. Ponderar é estabelecer comparações, estabelecer o peso de cada um e aplicar o maior ao caso concreto. O grau de generalidade não é decisivo para o princípio jurídico; o importante é sua amplitude como causa de justificação. Por isso é necessário identificar princípios que são contraditórios, complementares, e outros concorrentes entre si.⁵²

Hodiernamente é predominante na doutrina o pensamento de que a colisão entre princípios resolve-se através de uma ponderação, pois deve-se empregar um juízo de adequação, para, através da análise de todas as variáveis fáticas e normativas do caso, concluir sobre qual princípio realmente incide, com a exclusão do outro.⁵³ Mas também há quem entende que nem sempre será mitigada a aplicação de um princípio por outro, como nos casos difíceis, por exemplo.

Porém os juízos de adequação não são suficientes para equacionar todas as tensões entre princípios constitucionais, pois em certas situações mais difíceis o intérprete será levado à conclusão de que dois princípios são igualmente adequados para incidir sobre determinado caso, e terá então de buscar um ponto de equilíbrio: uma solução que à luz das circunstâncias concretas, sacrifique o mínimo possível cada um dos interesses salvaguardados pelos princípios em confronto, pautando-se pela proporcionalidade e tendo como bússola a axiologia constitucional.

Por certo a Constituição Federal necessita valer-se destes dois tipos de normas. Os princípios, de sua parte, conferem flexibilidade à Constituição, possibilitando adequar-se às mudanças sociais, o que não é possível com as regras, cuja estrutura normativa encerra um conteúdo fechado, inflexível às alterações e mobilidades sociais.

De outra parte, não poderia ter uma Carta Constituição normatizada apenas sobre princípios, pois o sistema normativo estaria sobrecarregado de incerteza e insegurança, pois a aplicação dos princípios se dá de forma mais imprevisível que as regras. Assim, torna-se indispensável que, ao lado dos princípios, existam regras na Constituição, para que a abertura

⁵² LORENZETTI, Op. Cit., 123-131.

⁵³ Para uma densa e erudita defesa desta posição na doutrina brasileira, veja-se GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Medicamentos, 2002, p. 167-198.

do sistema não destrua sua segurança e estabilidade.

Canotilho⁵⁴ apresenta os principais critérios para distinção entre princípios e regras:

a) Grau de abstração: os princípios jurídicos possuem um grau abstração mais elevado que o das regras de direito.

b) Grau de determinação na aplicação aos casos concretos: as regras, por serem mais determinadas, comportam aplicação direta; enquanto os princípios, porque formulados de maneira vaga indeterminada, dependem da mediação concretizadora dos legisladores e dos juízes.

c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito: os princípios, pela sua natureza e finalidade, são dotados de importância fundamental na constituição e estruturação do sistema jurídico.

d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça na idéia de direito; ao passo que as regras podem ser normas vinculativas de conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogenética: os princípios estão na base das regras a que servem de *ratio* e fundamento.

Tais considerações têm inteira pertinência em face da Constituição brasileira de 1988. Esta, por um lado, se encontra fortemente alicerçada sobre princípios dotados de elevado grau de abstração, como o da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da moralidade administrativa, dentre tantos outros, que compõem sua estrutura. Mas, por outro, contém também uma grande quantidade de regras jurídicas de alta densidade normativa, que podem ser aplicadas de forma quase mecânica.

As críticas que estão movimentando os campos doutrinários são no sentido de que o formalismo e excessivo legalismo atualmente adotado pelos magistrados vem por desprezar a aplicação dos princípios, deixando, assim de atribuir valia, de dar concretude a nova vertente dogmática e hermenêutica jus-filosófica arregimentadas com a

⁵⁴ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Coimbra, 1999, p. 1034 - 1035.

Constitucionalização do Direito Privado⁵⁵. A primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que lhes é inerente permitem que eles penetrem no Direito Privado, impondo mudanças ou novas exegeses dos seus institutos tradicionais.

Torna-se importante determinar quais são os princípios constitucionais⁵⁶ que orientam a formatação do próprio sistema jurídico, e que, por conseguinte, preordenam a edição, permanência e aplicação de qualquer regra que se enquadre na esfera privada.

Vale, então, ressaltar os valores prestigiados nos art. 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, destacando o respeito à dignidade humana e a criação de uma sociedade livre, justa e solidária. Estes servem precipuamente de princípios retores, capazes de subordinar e validar qualquer regra infraconstitucional de direito privado. Ao lado destes atuam vários princípios e subprincípios, como aquele que determina o caráter funcional da instituição familiar, por exemplo.

São estes princípios que fundamentam um sistema civil-constitucional plural e interveniente, baseado em princípios e subprincípios de alçada constitucional implícita e explícita, passível de ancorar os anseios variados e relevantes.

O mecanismo mais adequado é da ponderação de bens, onde se busca, através de critérios de razoabilidade, necessidade, adequação e ponderação, obter a melhor incidência possível.

Não só apenas tal mecanismo é compatível com a estrutura das normas principiológicas como representa ele mesmo fonte de legitimação para

⁵⁵ Neste sentido, observou o constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman que "(...) a relutância do Tribunal Constitucional em interpretar a Constituição de 1988 como uma constituição de princípios leva os advogados a duvidarem se a Constituição brasileira é de fato um recomeço". ACKERMAN, Bruce, *O Novo Constitucionalismo Mundial*. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org). 1988 – Uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-31.

⁵⁶ De um lado, podem-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem, no entanto, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável da sua aplicação. Nessa hipótese privilegia-se a proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico. De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar (...) as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quando justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. ÁVILA. *Op. Cit.*, p. 56.

aplicação das normas constitucionais, restando estas especialmente afirmadas por representarem valores que, por poderem se chocar são plurais, e representam de o pluralismo inerente à uma sociedade aberta.

Assim, os princípios constitucionais vão conferir abertura não só à própria Constituição, mas também ao ordenamento privado, que, através, deles, passam a receber influências de novos valores sociais em permanente evolução.⁵⁷

2.3 ALGUMAS APLICAÇÕES CONCRETAS DOS PRINCÍPIOS

Os princípios fundamentais expressam como visto as decisões políticas mais importantes no âmbito do Estado, assim como seus valores mais elevados. Confirmam-se alguns excertos jurisprudenciais acerca da República, da Separação dos Poderes e da Dignidade da Pessoa Humana:

a) Princípio Republicano: A jurisprudência extrai como corolário do princípio republicano a responsabilidade política, penal e administrativa dos governantes e nele têm procurado fundamentar a interpretação restritiva das hipóteses de tratamento especial conferido a agentes públicos, inclusive e notadamente as relativas ao foro por prerrogativa de função.

b) Separação de Poderes: As decisões do STF têm procurado preservar o núcleo essencial do princípio, dispensando o chefe do Executivo e o Presidente do Tribunal de Justiça de terem de comparecer pessoalmente ao Legislativo para prestar informações; resguardar o espaço constitucionalmente reservado à lei e assegurar a independência do Judiciário no desempenho de função materialmente jurisdicional.

c) Dignidade da Pessoa Humana: Trata-se de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que deve iluminar a interpretação da lei ordinária. O princípio da dignidade da pessoa humana tem servido de

⁵⁷ SARMENTO, *Op. Cit.*, p. 11-21.

fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público, a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos, dentre muitas outras. Curiosamente, no tocante à sujeição do réu em ação de investigação de paternidade ao exame compulsório de DNA, há decisões em um sentido e noutro, com invocação do princípio da dignidade humana.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO PRIVADO

A dignidade humana é um conceito que vem sendo construído historicamente e se confunde com a história da filosofia. Dado à importante contribuição dos ensinamentos filosóficos para a ciência jurídica de nossos dias, a dignidade humana deve ser analisada, em conformidade com alguns pensamentos filosóficos desenvolvidos, como se verá a seguir.

3.1 A GRÉCIA ANTIGA

A grande contribuição da filosofia grega para o pensamento ocidental radica em um novo modo de pensar, racional e filosófico, que se opõe ao pensamento mítico. Se a mitologia exprime no celestial todo o conjunto de relações do homem entre si e do homem com a natureza, com o surgimento da polis como criação da vontade humana e com o desaparecimento do “rei divino” produz-se uma nova forma de encarar os problemas: o logos, a razão.

De modo geral, fruto desta reflexão racional, podemos destacar do legado grego à civilização ocidental a ideia de que a natureza opera obedecendo as leis e princípios necessários e universais, os quais podem ser plenamente conhecidos pelo nosso pensamento; a ideia de que nosso pensamento também opera obedecendo as leis, regras e normas universais e necessárias, o que nos permite distinguir o verdadeiro do falso; a ideia de que as práticas humanas (a moral, a política, as técnicas e as artes) dependem da vontade livre, da deliberação e discussão, segundo valores e padrões estabelecidos pelos próprios seres humanos; a ideia de que os acontecimentos naturais e humanos são necessários, porque obedecem a leis naturais ou da natureza humana, mas também podem ser contingentes ou acidentais, quando dependem das escolhas humanas; a ideia de que os seres humanos aspiram ao conhecimento

verdadeiro, à felicidade, à justiça, ou seja, a valores que dão sentido às suas vidas e às suas ações.⁵⁸

3.2 O PENSAMENTO CRISTÃO

A grande mudança ocorrida como pensamento cristão reside no fato de que exatamente por terem sido concebidos à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são radicalmente iguais. Neste contexto, Cristo-Deus-Homem- coloca sua missão evangelizadora como a de reabilitação e revalorização do homem, qualquer seja ele e independente de nobreza, posses e qualidades. Este pensamento significa uma grande mudança na reflexão filosófica, visto que representa a ideia de uma igualdade inerente a todos os homens e não somente aos escolhidos: Deus não faz distinções, todos merecem o mesmo respeito e consideração.

Além disso, inspirada, em menor ou maior grau, na filosofia cristã, a humanidade ocidental passou a buscar, como expressão de respeito à sua dignidade, a igualdade entre os seres humanos, o ser humano passa a ser considerado, não obstante as múltiplas diferenças, em sua igualdade essencial.⁵⁹

3.3 TOMÁS DE AQUINO

O pensamento de São Tomás de Aquino tem como fundamento ser o homem composto de matéria e espírito, que formam uma unidade substancial, mas que apesar disto não impede a alma humana de ser imortal. Assim, sua obra busca encontrar uma justificativa racional para a existência de Deus e para a Fé.⁶⁰

⁵⁸ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Constitucional Fundamental*. São Paulo: Juruá, 2006, p. 21.

⁵⁹ MARTINS, *Op. Cit.*, p. 22-23.

⁶⁰ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução: Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina, 1980. Vol. III, p. 92.

Da mesma forma, vislumbramos que para Tomás de Aquino pessoa é toda substância individual de natureza racional. Isto significa que a noção de pessoa já não é apenas uma exterioridade, mas a própria substância, ou seja, a forma que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e inviabilidade.

Ora desta concepção de pessoa sobressai o caráter único do ser humano, que o distingue dos demais entes como ser racional e intelectual, bem como a ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade, já que todos são inata e naturalmente dotados da mesma racionalidade, na medida em que concebidos à imagem e semelhança de Deus.

Assim, para Tomás de Aquino a dignidade humana tem intensa relação com sua concepção de pessoa, sendo um atributo inerente a todo ser humano, circunstância que o difere das demais criaturas: a racionalidade. Deste modo, a racionalidade faz com que o ser humano passe a ser livre e se torne responsável por seu destino, significando o que há de mais perfeito em todo o universo e constituindo um valor absoluto, um fim em si.⁶¹

3.4 IMMANUEL KANT

O princípio da dignidade humana teve sua base de inspiração filosófico-constitucionais a partir da construção teórica de Kant, esclarecendo que por não sermos apenas seres morais, mas também seres naturais submetidos à causalidade necessária da natureza (apetites, impulsos, desejos e paixões) os valores, fins e leis morais não são espontâneos em nós, precisando, em razão disso, assumir a forma de um dever.⁶²

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19.

⁶² Nesse sentido: “como ‘princípio da dignidade da pessoa humana’ entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: ‘Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio’”. ABAGGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 344.

O dever não se apresenta sob a forma de conteúdos fixos que definem a essência de cada conduta a ser praticada em cada circunstância de nossas vidas. O dever é uma forma a ser regida para toda ação moral. Esta forma não é indicativa, mas imperativa, não admitindo condições e valem para todas as circunstâncias da ação moral.

Assim, o ato moral acaba por ser aquele que se realiza como acordo entre a vontade e as leis universais que ela mesma criou. Desta fórmula geral Kant inspira o imperativo categórico em três outras fórmulas ou máximas morais, quais sejam:⁶³

1) Age como se a máxima de tua acção devesse tornar, pela sua vontade, em lei universal da natureza; 2) Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio”; 3) Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objecto como leis universais da natureza. A exigência estabelecida na segunda fórmula corresponde a sua noção de dignidade da pessoa humana.

O autor afirma que o homem existe como um fim em si mesmo. Percebemos, no pensamento de Kant que todas as ações que levem à coisificação do ser humano, como um instrumento de satisfação de outras vontades são proibidas por absoluta afronta à dignidade da pessoa humana.

Kant ressalva que mesmo os seres irracionais possuem um valor, embora, é bem verdade, este seja relativo, na medida em que é um preço e não uma dignidade.

A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato do homem ser considerado como um fim em si mesmo e não como meio, mas também no que pela sua vontade racional só a pessoa humana é autônoma o suficiente para guiar-se pelas próprias leis que elabora. Não basta agir de modo a não prejudicar ninguém, pois temos o dever de favorecer, na medida do possível, o fim de outrem, ou seja, temos o dever de realizar a nossa própria felicidade, mediante também a realização da felicidade do outro.

⁶³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quitela. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 59.

Kant também afirma a noção de dignidade, a qualidade peculiar e impar da pessoa humana, pois no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Assim, somente a pessoa humana como ser racional único e insubstituível possui dignidade. E a dignidade está acima de qualquer preço, que é um valor relativo, sendo impossível tentar atribuir a ela um preço ou colocá-la em confronto com qualquer coisa com preço.⁶⁴

Na verdade, em Kant, a dignidade, ao contrário das coisas que têm preço e podem ser substituídas por outra coisa equivalente, constitui um valor interno da pessoa humana, superior a qualquer preço, não admitindo substituto equivalente, esclarecendo que:⁶⁵

Os seres cuja existência depende não em verdade de nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbitrio (e é um objeto de respeito).⁶⁶

Esta concepção ética antropocêntrica inspirou a realização do princípio da dignidade da pessoa humana impregnada de profundo humanismo, principalmente quando cotejada com um mundo concreto em que o homem é meio e no qual ainda não se verificam as condições efetivas para transformá-lo em fim, parece ter inspirado os que desejam a realização do princípio da dignidade da pessoa humana no mundo real. O homem, na concepção Kantiana, sendo um sujeito ativo, criador se torna capaz de se sentir responsável pelos próprios atos, tendo consciência de seus próprios deveres, reafirmando seu papel de racionalidade na ética, ou seja, o homem deve obedecer as leis que ele próprio criou, isso importa em dizer precisa de um dever para se tornar um ser moral, pois

⁶⁴ KANT, *Op. Cit.*, p. 77.

⁶⁵ MARTINS, *Op. Cit.*, p. 28/29.

⁶⁶ KANT, *Op. Cit.*, p. 68.

respeitar as normas, consiste em obedecer a si mesmo.⁶⁷

3.5 SARTRE

O pensamento de Sartre está inserido no contexto da filosofia existencialista, tendo inspiração marxista, vindo, por isso, a representar uma síntese desta noção (marxista) de dignidade da pessoa humana e da maneira de ver o homem no contexto do existencialismo. Para o filósofo o homem primeiro existe antes de ter sua essência, ou, em outras palavras, “a existência precede a essência”.⁶⁸ Isto significa que o homem existe para si e que não foi criado a partir de uma essência anterior (como por exemplo, uma essência divina). Assim não haveria uma natureza humana. E exatamente porque a existência precede a essência é que o homem não está sujeito a um determinismo. Ao contrário, seu futuro está inteiramente por construir, cabendo-lhe, portanto, a total responsabilidade por sua existência. Todavia, ao ser inteiramente responsável por si próprio, o homem também acaba sendo responsável por toda humanidade.

Como se extrai de seu ensinamento:

De nós se escolhe a si próprio; mas com isso queremos também dizer que, ao escolher-se a si próprio, ele escolhe todos os homens. Com efeito, não um dos nossos atos um sequer que, ao criar o homem que desejamos ser, não crie ao mesmo tempo uma imagem do homem como julgamos que deve ser. Escolher ser isto ou aquilo é afirmar ao mesmo tempo o valor do que escolhemos, porque nunca podemos escolher o mal, o que escolhemos é sempre o bem, e nada pode ser bom para nós sem que seja pra todos.⁶⁹

Ora, se o futuro do homem está inteiramente por construir, para Sartre não há desculpas para ele, pois o homem está condenado a ser livre. Condenado por que não se criou a si próprio; e, no entanto, livre porque, uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto

⁶⁷ CHAUÍ, Marilena. *Convite a Filosofia*. São Paulo: Ática, 1999, p. 344-345.

⁶⁸ SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Os Pensadores. Tradução: Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 12.

⁶⁹ SARTRE, *Op. Cit.*, p. 13

fizer.⁷⁰

Sartre recusa, todavia, que uma moral geral pode indicar o que fazer.

Em síntese, o homem nada mais é do que ele faz de sua própria vida, só existindo na medida em que se realiza.⁷¹

Contudo, esclarece que há uma condição humana, ou melhor, uma universalidade humana de condição, que corresponde aos limites, que esboçam a sua situação no universo. Embora as situações históricas variem, ou seja, a condição do homem no mundo se altere no contexto histórico (ele pode nascer senhor feudal, escravo, proletário), não varia a necessidade de se ter um projeto de vida. Assim, haveria uma universalidade do homem em permanente construção, pois, ao se elaborar um projeto pessoal de vida que pudesse ser compreendido por outros homens, e vice-versa, estaríamos frente a um valor universal.

Todavia, lembra Sartre, este valor não afasta a relatividade de cada época e de cada projeto dentro de determinado contexto histórico.

Sartre, portanto, recusa a existência de uma dignidade inata ao ser humano, afastando-se de Tomás de Aquino e de Kant. Ao contrário, ressalta que a dignidade humana reside justamente no fato de sua existência estar toda por construir. A sua preocupação não é com uma moral geral, mas com uma moral de ação e de compromisso. Assume, portanto, relevo em sua concepção de dignidade a consciência que o homem tem de sua própria situação no mundo e de sua responsabilidade de construir um projeto de vida ao mesmo tempo pessoal e universal.⁷²

Segundo seu pensamento, o homem não pode ser considerado como um fim em si mesmo, porque ele está sempre por fazer. Ao contrário das coisas que já possuem uma existência predeterminada, o homem tem plena liberdade de escolha, para fazer-se, e aí reside a sua dignidade. Ao reverso das coisas que têm uma existência predeterminada. Uma dignidade que embora não seja inata, deverá realizar um projeto de superação de sua própria condição e de toda a humanidade, visto que o

⁷⁰ SARTRE, *Op. Cit.*, p. 15.

⁷¹ MARTINS, *Op. Cit.*, p. 30.

⁷² SARTRE, *Op. Cit.*, p. 21.

homem não está fechado em si, mas presente sempre num universo humano.⁷³ Para filósofo o existencialismo é a única teoria capaz de conferir uma dignidade ao homem, pois não o reduz a um determinismo que faria dele um objeto, tal qual as coisas.⁷⁴

3.6 HANNAH ARENDT

O pensamento de Hanna Arendt representa o impulsionamento histórico que resultou na inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional. Inicialmente foi inserto na Alemanha e, posteriormente, em diversas outras constituições, inclusive a brasileira. De sua obra denota-se uma preocupação implícita com a dignidade da pessoa humana ao estudar o fenômeno totalitarismo, as experiências nazistas e stalinistas, podemos constatar as razões desta constitucionalização. Todavia, estudar suas assertivas sobre o fenômeno totalitário conclui-se que neste tipo de Estado criam-se as condições para se considerar os seres humanos supérfluos, em franco desrespeito ao valor da pessoa humana.⁷⁵

Na verdade, o totalitarismo retira do homem a sua condição humana, tratando-o como um ser descartável que pode ser trocado, substituído ou igualado a uma coisa.⁷⁶

Nesse contexto, surge a necessidade, portanto, de se recuperar os mecanismos que afastem a perspectiva totalitária. A solução seria, na visão da autora, recuperar a pluralidade do espaço público da palavra e da ação, permitindo o pleno exercício da criatividade de cada ser humano. Para ela a liberdade e a palavra não seriam coisas dadas, mas deveriam ser construídas a partir da manutenção e promoção de um espaço público democrático, que permita o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas.

⁷³ MARTINS, *Op. Cit.*, p. 31.

⁷⁴ MARTINS, *Op. Cit.*, p. 13.

⁷⁵ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 117-124

⁷⁶ MARTINS, *Op. Cit.*, p. 32-33.

3.7 CONCEITO E VALOR FONTE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

A discussão sobre a dignidade humana ganha destaque no cenário mundial. Para melhor alinhar o presente estudo, destacamos Ingo Wolfgang Sarlet, que propôs uma conceituação jurídica para a dignidade humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁷⁷

Fábio Konder Comparato, de seu turno, pontifica que:

A dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.⁷⁸

Daí decorre a concepção filosófica Kantiana perfeitamente aplicável a esta temática que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.

Em suas lições, Luís Roberto Barroso, não apresenta uma conceituação formal acerca do que seja a dignidade humana por entender ser:

Uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si mesma forte cara espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

certo, situações ofensivas à dignidade humana.⁷⁹

Conclui-se, pois, inexistir um consenso em torno da terminologia dignidade da pessoa humana.

3.8 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: FUNDAMENTO DA REPÚBLICA E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com efeito, enquanto valor incorporado ao sistema jurídico constitucional sob a forma de princípio, nos moldes previstos no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana sinaliza para uma inversão na prioridade política, social, econômica e jurídica, até então existente, do Estado brasileiro constitucionalmente idealizado. Passa-se, a partir do texto de 1988, a ter consciência constitucional de que a prioridade do Estado (política, social, econômica e jurídica) deve ser o homem, em todas as suas dimensões, como fonte de sua inspiração e fim último. Mas não o ser humano abstrato do Direito, dos Códigos e das Leis, e sim, o ser humano concreto, da vida real.

Destarte, deixa-se de lado a visão patrimonialista das relações políticas, econômicas e sociais, passando a conceber o Estado e o sistema jurídico que ele redimensiona a partir destas relações, com estrutura voltada ao bem estar e desenvolvimento do ser humano. Assim, a pessoa humana passa a ser concebida como centro do universo jurídico e prioridade justificante do Direito, o seu valor supremo.

Isto nos remete à noção de que conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento da República significa admitir que o Estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la. Implica, também, reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve ser o de propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade. Da mesma forma, anotar a dignidade da pessoa humana como

⁷⁹ BARROSO, *Op. Cit.*, p. 296.

fundamento da República nos remete à idéia de que sua positivação e a enunciação de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição brasileira não revelam uma mera concessão do legislador constituinte, de revés representa uma conquista, o ponto central de um processo histórico árduo, marcado por conquistas e derrotas, mas que resultou no reconhecimento pelo Estado de direitos ao homem pela simples razão de ser pessoa humana, com infungível dignidade.

Ademais, sublinhar a dignidade da pessoa humana como fundamento implica agregar à própria noção de República e de Estado Democrático de Direito um valor histórico e concretamente condicionado, ou se preferirmos, um dado empírico, já que o valor dignidade da pessoa humana só se pode aferir a partir de uma perspectiva concreta que contemple a pessoa humana como ser dotado de uma dignidade própria; não enquanto categoria jurídica meramente ideal e abstrata, mas enquanto pessoa real, como autor e partícipe das relações sociais.

A nosso sentir, o dado peculiar, o ápice de toda a estrutura normativa hodierna e que se traduz no marco histórico da estrutura do ordenamento brasileiro é o reconhecimento na dogmática constitucionalista de que os conceitos contemporâneos de Estado, República e Democracia estão direcionados a um objetivo, a uma finalidade, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Diante desta premissa, forçoso reconhecer que privar a pessoa humana de sua dignidade, quer por ação, quer por omissão, constitui afronta ao próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira, sendo que a própria legitimidade do sistema constitucional e do Estado Democrático de Direito por ele instituído passa necessariamente pela preservação e promoção da dignidade da pessoa humana.

Certamente que o divisor de águas entre a ciência jurídica sedimentada no positivismo legalista e o ordenamento jurídico brasileiro pós-moderno reside no princípio da dignidade humana, que hoje é considerada como única fonte com o status de direito absoluto.

3.9 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO PRIVADO

A Constitucionalização do Direito Privado representa modificações substanciais na forma de se conceber e interpretar os principais conceitos de todo o sistema jurídico que encerra as relações de natureza privada. No caso brasileiro, se traduz no marco de uma nova era do saber jurídico, traduzindo-se em nova ideologia de pensamento, de recomposição das forças estruturantes do sistema jurídico, acarretando nova concepção dogmática e valorativa para as relações privadas.

Isso foi possível a partir da inserção da perspectiva inovadora traçada pela ordem constitucional instaurada em 1988.

Com efeito, a Carta de 1988, representou o grande marco jurídico na redemocratização do país, após longos anos sob o império do Regime Militar, resultante de um processo constituinte, cuja marca indelével foi a ampla participação da sociedade civil. Por isso, além das suas inovações normativas, o texto constitucional de 1988 foi preponderante naquele momento histórico por representar o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia, traçando, assim, o início de uma nova era, conduzida por novas perspectivas, com matizes moldadas em princípios como a justiça social, a solidariedade e pluralismo democrático.

Diante deste contexto de novidades foram sedimentados o sufrágio direto e universal para todos os cargos eletivos, o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional concentrada, com a ampliação do leque dos legitimados ativos da ADIN, além da inclusão de novos instrumentos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a criação de novos remédios constitucionais, como o mandado de injunção, *habeas data* e o mandado de segurança coletivo, o fortalecimento dos poderes Legislativo e Judiciário, o novo regime de independência e autonomia atribuído ao Ministério Público, a incorporação de instrumentos de democracia participativa, como a iniciativa popular de leis, o plebiscito e o referendo, e a preocupação com a proteção ao meio ambiente e às minorias étnicas.

Mas, de todas as inovações da Constituição de 1988, sem dúvida a mais positiva e valiosa foi o destaque ímpar na nossa história conferido aos direitos fundamentais. Além de incorporar ao seu texto um elenco amplo e generoso de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos a Constituição elevou-os à condição de cláusula pétrea expressa, imunizando-os da ação corrosiva do constituinte derivado. A própria estruturação interna da Constituição, que, diversamente do que ocorria na ordem constitucional pretérita, pôs os direitos fundamentais na parte inicial do texto magno, antes das normas sobre a organização do Estado, revela bem a importância sem precedentes conferida a tais direitos, que passam a desfrutar de indisputável primazia axiológica no novo regime.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CRFB/88), e que unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também todas as vertentes de natureza privada que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado. A Constituição é toda perpassada pela preocupação com a tutela da pessoa humana. Por isso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado.

Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como sendo o valor-fonte fundamental do Direito. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de direito justo.

O princípio da dignidade exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais.

Clemerson Merlin Clêve expressou enfaticamente esta concepção quando salientou que:

(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvie disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.⁸⁰

Não se objetiva, aqui, dissecar o princípio da dignidade da pessoa humana, nas suas múltiplas dimensões e potencialidades, nem tampouco desvelar a sua origem histórica.

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.

É importante destacar que o princípio em pauta não representa apenas um limite para os Poderes Públicos, que deve abster-se de tentar contra ele. Mais do que isso, o princípio traduz um norte para a conduta estatal, impondo às autoridades públicas o dever de ação comissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com o resguardo das condições mínimas para a vida com dignidade. É por isso que, do princípio em tela, é possível extrair prestações estatais positivas, ligadas à garantia do mínimo existencial, mesmo quando relacionadas a direitos não contemplados expressamente no texto constitucional.

Cabe também ao Estado impedir os atentados à dignidade da pessoa humana cometidos por terceiros, coibindo-os e reprimindo-os, após a sua prática.

Por isso, que Daniel Sarmiento em abalizado pensamento

⁸⁰ CLÉVE, Clemerson Mêrlin. O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

destacou:

Que o Estado não tem apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de algumas de suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso a alimentação, saúde, moradia etc.⁸¹

O que nos interessa, por ora, é desvelar este princípio na seara do Direito Privado. O reconhecimento de que tal princípio situa-se no vértice axiológico da ordem jurídica vai acarretar a consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os patrimoniais no Direito Privado. Como advertiu Gustavo Tepedino, com o acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República pretendeu o constituinte:

[...] definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais sociais ali definidos.⁸²

É nesse sentido que se fala na "despatrimonialização" do Direito Privado.

Essa despatrimonialização, no entanto, não representa qualquer desinteresse do Direito Privado pelas relações econômicas, pois afinal, a pessoa humana, na sua vida em sociedade e nas relações recíprocas que entretém, vai sempre se engajar em atividades econômicas, contrair obrigações, celebrar contratos, e possuir algum patrimônio, e estes aspectos importantes da sua vida não podem ficar à margem da disciplina jurídica, a qual é tradicionalmente ministrada pelo Direito Privado.

A despatrimonialização implica no reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo ser

⁸¹ SARMENTO, *Op. Cit.*, 2000, p.71.

⁸² TEPEDINO, *Op. Cit.*, p. 67.

tratados pela ordem jurídica como meio para a realização da pessoa humana, nessa ótica o patrimônio deve estar a serviço do humano e não o humano a serviço do patrimônio.

Antes da CRF/88 prevalecia o ter sobre o ser. Na atualidade, porém, diante da nova perspectiva civil constitucional vai operar uma inversão e o ser converter-se-á no elemento mais importante do binômio.

Corolário lógico, é que esta nova dogmática provoca a necessidade de redefinição dos próprios direitos patrimoniais e institutos que lhes são correlatos, como a propriedade, a posse e o contrato, cuja tutela passará a sujeitar-se a outros modelos e condicionamentos, ligados a valores extrapatrimoniais, agora sedimentos na Constituição.

Despatrimonialização significa, portanto, o outro lado da moeda da personalização do Direito Privado.

Mas, quando se fala na centralidade da pessoa humana no Direito Privado Constitucionalizado, cumpre fazer um importante esclarecimento conceitual, distinguindo pessoa de indivíduo.

Para o Direito Privado do Estado Liberal, o indivíduo era uma realidade abstrata e impalpável, um sujeito de direito, ao qual correspondia a uma vontade, que ele empenhava livremente, e um patrimônio, que ele fazia circular. Não era a pessoa real, de carne, osso e alma, que sente fome e frio, mas também afeto e paixão; que adocece e convalesce, que se alegra e entristece, que vive e convive. Nas codificações burguesas o indivíduo era um ser desenraizado, visto fora das relações sociais nas quais está imerso.

Assim, quando se afirma que o Direito Privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, constata-se a superação do paradigma individualista. A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura, antes, uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos, mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes.

Neste contexto, ampliam-se as hipóteses de restrição à autonomia da vontade, impostas pela legislação, ou extraídas da jurisprudência a partir da interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado, ou da aplicação direta dos direitos fundamentais. A autonomia privada continua sendo valorizada como emanção da liberdade humana, mas a ordem jurídica vai contorná-la com preocupações sociais. Nessa perspectiva, a ingerência estatal nas relações privadas justificar-se-á, basicamente, em duas situações, a proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas e promoção de interesses gerais da coletividade.

Não é correto falar nem na primazia absoluta do individual sobre o coletivo, que conduziria à anarquia jurídica e impediria a organização da vida em sociedade, nem na supremacia do coletivo sobre o individual, com seu irreduzível organicismo, pode asfixiar a pessoa humana e abrir as portas para totalitarismos de variados matizes.

Na verdade, em casos de colisão entre interesses individuais e coletivos, cumpre proceder a uma atenta ponderação, que preserve ao máximo cada um deles, e que se oriente para a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve representar a principal diretriz material para resolução dos conflitos principiológicos no Estado Democrático de Direito. Se a pessoa humana, não se identifica com o indivíduo isolado do liberalismo burguês, mas também não se deixa absorver completamente pelo grupo social, mantendo seu reduto inexpugnável de individualidade, se torna evidente que não é a qualidade pública ou privada de um interesse que o fará prevalecer incondicionalmente sobre o que com ele concorrer.

Os reflexos desta nova visão personalista do Direito Privado projetam-se sobre todos os seus campos. No Direito das Obrigações relativiza-se o dogma da autonomia da vontade e se incrementa a quantidade de normas de ordem públicas editadas em benefício de interesses coletivos, com a intensificação da tutela dos hipossuficientes.

Aumenta a preocupação com a boa-fé objetiva, com o equilíbrio contratual, e se reconhece a função social do contrato.

No campo dos direitos reais, a função social da propriedade e da

posse remodela aqueles institutos no afã de compatibilizá-los com outros vetores constitucionais como o direito à moradia e a proteção ao meio ambiente.

Na seara da responsabilidade civil, aumentam as hipóteses de responsabilidade objetiva, fundadas na teoria do risco, sendo crescentes as preocupações com a justiça distributiva, ao lado da lógica tradicional fundada na justiça comutativa.

No Direito de Família, decai o patriarcalismo e a veneração incondicionada às instituições como o casamento. A família se democratiza com o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges e do direito dos filhos de serem consultados nas decisões que lhes afetarem. Destaca-se a preocupação com o afeto nas relações familiares e com a tutela prioritária do interesse da criança.

No Direito Comercial, fala-se na função social da empresa, como elemento limitador e condicionador dos poderes do empresário e amplia-se a proteção das partes mais fracas, do acionista minoritário nas sociedades anônimas.

Na verdade, é correto afirmar que o fenômeno da personalização se irradia por todos os campos do ordenamento privado, emprestando-lhe nova compostura, em harmonia com os valores sociais emergentes e com os princípios da Constituição da República.

4 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Um das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. O Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar.

As normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão. É bem de ver, nesse domínio, que as normas constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm também um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nessa matéria, nelas vislumbrando prescrições desprovidas de sanção, mero ideário sem eficácia jurídica.

Pois bem, nesse novo ambiente doutrinário, surgiram tensões inevitáveis entre as pretensões de normatividade do constituinte, as circunstâncias universais de fato subjacente e, naturalmente as inércias e as resistências do *status quo*. A aplicação da dogmática jurídica tradicional às categorias do direito constitucional, com sua complexa ambição de disciplinar os fatos políticos, gerou um conjunto vasto de dificuldades teóricas e práticas. Algumas

delas são objetos das reflexões que se seguem.

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente à realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente de onde derivam as possibilidades e os limites do Direito Constitucional como forma de atuação social.

O tema envolve inúmeras sutilezas. É costume afirmar, em sistemática repetição, que uma Constituição deve refletir as condições históricas, políticas e sociais de um povo. Conquanto sugira uma obviedade, essa crença reflexão. Indaga-se, ao primeiro relance: se uma sociedade, por circunstâncias diversas da sua formação, é marcadamente autoritária e tem um opressivo de relações sociais, devem o constituinte e o legislador ordinário curvar-se a essa conjuntura e cristalizá-la nos textos normativos? Parece intuitivo que não. Portanto, a ordem jurídica não é mero retrato instantâneo uma dada situação de fato, nem o Direito uma ciência subalterna de passiva descrição da realidade.

Na outra face do mesmo problema, é de reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável. Diante de excessos irrealizáveis, a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, por esse raciocínio, a força normativa da Constituição. As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros.⁸³

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo

⁸³ BARROSO, *Op. Cit.*, p. 219-221.

enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exportações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à constituição de 1988, bem como à doutrina e a jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada⁸⁴.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle abstrato e concentrado, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a de descumprimento de preceito fundamental.

No sistema constitucional brasileiro, O Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade em ações de sua competência originária (CRFB/88, art. 102, I), por via de recurso ordinário (CRFB/88, art. 102, II) e, sobretudo, extraordinário (CRFB/88, art. 102, III), este último idealizado justamente para que o STF controle a aplicação da Constituição pelas instâncias inferiores, e em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. De 1998 até abril de 2007 já haviam

⁸⁴ *Ibid.*, p. 262-263.

sido ajuizadas 3883 ações diretas de inconstitucionalidade, 16 ações declaratórias de constitucionalidade e 110 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos perante o STF, a Emenda Constitucional n. 45/2004, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como novo requisito de admissibilidade do recurso.

4.2 CÓDIGO CIVIL DE 2002 NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar. Durante um bom período campeonou, sobretudo na Europa, em razão da ausência de uma jurisdição constitucional, a ideia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos, que dependeriam sempre do legislador para a produção de efeitos concretos. Ela dirigir-se-ia aos poderes constituídos, e em especial ao Executivo e ao legislativo, mas não seria acessível ao juiz, nem muito menos ao cidadão. Sustentava-se, inclusive, que as declarações de direitos incorporadas às Constituições teriam conteúdo exclusivamente moral, mas não qualquer eficácia jurídica. Assim os direitos fundamentais só valiam no âmbito e no limite das leis que os reconhecessem não sendo possível a invocação direta da Constituição pelos jurisdicionados. Passa-se, desta forma do Estado de Direito para o Estado Constitucional, ou seja, a lei pela primeira vez na época moderna é situada numa relação de conformidade e por isto subordinada a um regramento maior, estabelecido pela Constituição Federal.

É verdade que a negativa de eficácia a certas partes da Constituição não resulta apenas de resistência ideológica. As estas se juntam razões jurídicas ponderáveis, como o grau de indeterminação semântica de

algumas normas, assim como o fato de que a aplicação de outras depende da utilização de recursos escassos, bem como da formulação de políticas públicas, e não de um mero comportamento absenteísta do Estado.

A falta de efetividade das normas constitucionais certamente contribui decisivamente para comprometer a credibilidade da Constituição, e impedir o despertar de um sentimento constitucional entre o povo. De fato, quando os textos constitucionais acenam para mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre a realidade e o que deveria, levando ao descrédito da Constituição como norma.⁸⁵

Importa também destacar que além das suas dimensões normativas, as Constituições possuem um fato simbólico, pois condensam valores que devem gerar unidade e coesão social, servindo de pauta para os movimentos sociais que reivindicam a sua efetivação. São representativas de ideologia certas lutas e ideias, a cultura e à história de uma sociedade.

No Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípios e valores humanitários, como dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, projetar

⁸⁵ Sem embargo, em dois recentes artigos, o jovem e brilhante jurista Cláudio Pereira de Souza Neto criticou o que chamou de "constitucionalismo brasileiro da efetividade", identificado com a doutrina de autores como José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso e C Jemerson Merlin Cleve. Para ele, esta orientação doutrinária teria chegado a um esgotamento, pelo seu escasso êxito prático, na medida em que os critérios formais que elaborou no sentido de extrair maior normatividade da Lei Maior acabaram sendo usados pelo STF na direção oposta, como forma de neutralizar os avanços sociais da Constituição. Mas a grande falha desta orientação estaria segundo o jurista, em desconsiderar o elemento material e o fundamento filosófico necessários à definição do grau de eficácia das normas constitucionais. Assim, partindo, sobretudo da filosofia de Habermas, o autor postula uma eficácia direta, com ampla possibilidade de controle judicial, para as normas definidoras de direitos fundamentais básicos, inclusive os sociais, no que diz respeito ao chamado mínimo existencial, aduzindo que isto não significaria restrição à democracia, mas garantia dos seus pressupostos. Sem embargo, o autor discorda da atribuição de força diretamente vinculante às normas que estabeleçam políticas públicas, pois tais decisões, numa sociedade democrática, deveriam ser resolvidas pelo legislador, através do critério majoritário, e não pela jurisdição constitucional, diante do seu déficit democrático. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. In: MELLO, Celso Albuquerque de; e TORRES, Ricardo Lobo (Orps.). *Arquivos de Direitos Humanos* n.º 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17-61; *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-73.

a sua força normativa sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se imprescindível, para que de fato haja a promoção da justiça substantiva.

Assim, não é apenas por razões de coerência sistêmica que se deve postular a Constitucionalização do Direito Privado. Trata-se de movimento necessário para quem aspire pautar as relações privadas por parâmetros normativos substancialmente mais justos. Esta tarefa, no entanto, supõe uma nova metodologia constitucional, que saiba extrair dos princípios constitucionais toda a sua eficácia jurídica transformadora”⁸⁶.

O âmbito normativo como componente estrutural da norma jurídica é um projeto tipificador no campo das possibilidades reais daquilo que aparece regulado realmente como caso particular no âmbito de validade da norma concretizada. Também fora da aplicação processual há outros modos de validade da norma jurídica positiva, assim, por exemplo, como ocorre com seu sentido para a interpretação sistemática de outras disposições ou sua observância que, de antemão, evita a discussão processual.

Os topoi que servem de base ao espaço normativo, na esfera da tradição jurídica, são fatores da normatividade que não reproduzem plenamente a norma do texto literal da disposição concretizada no caso particular, mas apenas a indicam. Se a teoria da norma jurídica evitasse qualquer credibilidade sistemática dedutiva da axiomática estrita, mas quisesse fixar a norma a ser concretizada como ponto de referência vinculante do processo de concretização, iria ficar comprovado que também ela não fica alheia ao círculo da hermenêutica.

⁸⁶ SARMENTO, *Op. Cit.*, p. 77-78.

5 A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA: NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO PRIVADO

A hermenêutica filosófica antecede a hermenêutica jurídica e, assim a hermenêutica constitucional, tendo ela como questão de relevo o problema da compreensão. É na via da hermenêutica filosófica que se oportuniza perquirir acerca da compreensão do humano, numa busca de se tornar possível compreender a pessoa humana.

Hermenêutica é uma nomenclatura de origem grega. Os gregos foram os primeiros a se dedicarem estudos sobre este fenômeno, tendo a mitologia atribuído ao deus Hermes, o dom de interpretar a vontade divina. Esse deus teria uma função de transmutação, ou seja, transformar aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender.

A hermenêutica no meio religioso era útil para interpretar as escrituras sagradas, os pronunciamentos dos sacerdotes e textos existentes, passando a ser desenvolvida para esse fim. No período medieval, a hermenêutica servia para definir regras para a escorreita interpretação da bíblia, sendo assim iniciada a fase da nova hermenêutica que foi uma redescoberta dessa ciência interpretativa. Nesta fase, a hermenêutica não era utilizada para a obtenção de uma universalização dos diversos ramos do conhecimento, ficando adstrita ao âmbito religioso e filológico, migrando-se, ao depois para a filosofia.

A palavra hermenêutica advém do verbo grego *hermeneuein* (interpretar) e substantivo *hermeneia* (interpretação). Hermenêutica, assim, pode ser traduzida como sendo a arte da compreensão. No espaço jurídico é considerada como sendo a ciência da interpretação das leis, por isso, interpretar e, pois, compreender. Somente pela compreensão é que é possível interpretar.

A ontologia hermenêutica da compreensão baseia-se na tradição, na qual reside a pré-compreensão, sendo a partir dela que o intérprete partirá para realizar o processo hermenêutico, dentro do qual, se achava

inserido.

Como disciplina autônoma, dedicada à arte de interpretação passou a ser conhecida como sendo *estudo da compreensão*, porquanto não poder ser concebida como método, máxime por destinar este às ciências naturais, biologia, física, geografia, matemática, etc, os métodos para melhor compreender seus objetos.

Cleyson Mello destaca que Celso Braida traça a seguinte distinção entre ciências naturais e ciências humanas:

Desse modo, estabeleceu-se uma inteligibilidade própria às ciências humanas, compreensiva, distinta daquela das ciências naturais, explicativa, quantitativa e indutiva. Enquanto as ciências explicativas buscam determinar as condições causais de um fenômeno através da observação e da quantificação, as ciências compreensivas visam a apreensão das significações intencionais das atividades históricas concretas do homem. Esse modelo de racionalização, retirado da interpretação de textos, no mesmo movimento que estabelece a apreensão do sentido como essência do método das ciências humanas, delimita o alcance da metodologia das ciências naturais, questionando, acima de tudo, o próprio conceito de objetividade científica.⁸⁷

Nesse sentido, a metodologia das ciências naturais é usada para estudar o que é totalmente exterior ao homem, descrevendo seu objeto de forma passiva, o que não se alinha com a metodologia utilizada para as ciências humanas, cujos esforços são focados para descrever os modos de compreensão, históricos e humanísticos.

O início do estudo da ciência hermenêutica moderna tem em Schleiermacher seu percussor através da proposição de utilização de um método histórico-crítico para a interpretação da Escritura. Foi através disso que a hermenêutica introduziu-se nas especulações filosóficas e nas ciências naturais

Para o filósofo a hermenêutica de textos e discursos deve basear-se na compreensão pela interpretação gramatical e psicológica e através de dois métodos, histórico-comparativo e o intuitivo divinatório. Para ele,

⁸⁷ Nestes termos é possível afirmar que a hermenêutica é essencial em todas as ciências humanas. É uma metaciência que permeia a compreensão de todas as disciplinas humanistas. MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à Filosofia do Direito, À Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 95.

compreender um texto importa perpassar pela literalidade das palavras e alcançar seu sentido objetivo, como também interpretar a individualidade do autor, sendo um modo de buscar a individualidade, “um comportamento divinatório, um transferir-se para dentro da constituição completa do escritor”.⁸⁸

A partir do século XX, surgiram Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, substituindo a hermenêutica metodológica pela hermenêutica existencial.

Foi através de Heidegger o surgimento da idéia do “giro hermenêutico”, importando, por assim dizer que partimos de uma pré-compreensão para chegar a uma compreensão mais aprimorada, denominada interpretação.

Gadamer, de seu turno, destacou que o intérprete não chegaria a verdade através do método, afinal, o método já definiu o ponto que se queria alcançar. Para ele, a possibilidade de revelação da verdade depende sempre da situação hermenêutica em que se encontra quem se põe a compreender.

O pensamento de Schleiermacher influenciou sobremaneira a hermenêutica jurídica clássica desenvolvida aprioristicamente por Savigny. Este último foi quem introduziu a hermenêutica no Direito, vivificando a dogmática jurídica com o elemento crítico e elevando o Direito à categoria de ciência jurídica.

Há uma grande crítica ao fato de ele considerar a Escola da Exegese como introdutora da hermenêutica no Direito em razão de que ela impunha limites exagerados as possibilidades do intérprete, já que a apreciação do sentido gramatical é uma pressuposição indeclinável da compreensão de qualquer texto escrito”.⁸⁹

⁸⁸ BRAIDA, Celso R. Apresentação: In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: Arte e Teoria da Interpretação*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 8.

⁸⁹ O juiz, esse ente inanimado, de qual falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do Direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia-se dizer uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o Direito evoluir sob uma legislação imóvel. É fácil dar a demonstração experimental deste asserto, os exemplos tirados das épocas mais diversas e dos países mais variados. Jean Cruet – *A vida do Direito*, trad. Portuguesa, p. 26-27, citado por MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39.

A obrigação do juiz de ter que julgar diante do silêncio da lei, surgiu com uma crítica à Escola da Exegese, sintetizando-a na ideia da livre pesquisa científico, ou seja, não havendo no ordenamento jurídico uma lei específica para um caso em concreto o Juiz deveria averiguar os fatos sociais, assim também, as leis que regem a sua estabilidade. Só assim ter-se-ia a fórmula capaz de dirimir a questão. Através da escola Histórica do Direito, Savigny admitia as seguintes classificações em relação às interpretações:

Quanto às fontes: autêntica (proveniente do legislador), judiciária (do juiz) e doutrinária (do jurista).

Quanto aos meios: gramatical, lógica e analógica.

Quanto aos resultados: declarativa, extensiva e restritiva.

Posteriormente, Ilhering desenvolve a interpretação teleológica a partir de um enfoque nítido na sociedade. Repudia o positivismo jurídico essencialmente formalista.

A hermenêutica clássica, de um modo geral, desenvolveu-se na produção da distinção entre duas escolas. As Escolas dos Subjetivas, cuja interpretação considerava o legislador que houvesse formulado determinada lei, e não a lei em si, consistindo esta na determinação da *mens legislatoris*, isto é, o intérprete deve ter como ponto de partida o desejo do legislador no momento de elaboração da lei. De outro lado, as Escolas dos Objetivistas, pregando que a lei adquire autonomia para seguir seu próprio caminho. Ela se desvincula do legislador, tornando-se mais flexível às exigências e evoluções impostas pelo direito. Era a determinação da *mens legis*. Resta clara, pois, a noção de positivismo e dogmatismo.

Representando outro marco demasiadamente importante, foi desenvolvida a chamada *Jurisprudência Problemática*, por meio de uma retomada da tópica como uma reação à concepção de sistema fechado característico do positivismo jurídico reinante, não havendo possibilidade de efetivamente se admitir o Direito de forma sistemática, ou seja, de forma fechada e dedutiva. A tópica, “técnica de pensar por problemas”, considera que o problema tem que ser solucionado no caso concreto pela

proposta embasada por melhor fundamentação/ argumentação.

5.1 HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA: DE HEIDEGGER A HANS-GEORG GADAMER

A hermenêutica jurídica contemporânea sofreu fortes influências de filósofos como dentre outros, podemos destacar Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Para tanto, deixa a hermenêutica de se sustentar na auto-reflexão, passando a uma interpretação de uma compreensão pré-ontológica do ser. O conhecer e o agir não mais se ancoram em uma relação sujeito-objeto, pois o conhecer é um modo de existir do *Dasein*.

Para Heidegger tudo deve ser entendido a partir de uma pluralidade de sentidos, nada podendo ser compreendido fora das relações sociais e naturais que incorporam valores místicos e simbólicos, não podendo ser reduzido a esquemas cognocitivos subsuntivos. Ele percebe a ação transcendental da hermenêutica ontológica ao questionar os estudos da filosofia clássica que não percebem ou não se importam com o que está por detrás da constituição do ente, ou seja, como o ente é dado. Esse é o processo da hermenêutica, a partir da concepção do ser, buscar todas as hipóteses possíveis, o desvelamento do ente, *a-letheia*, a compreensão, o acesso, os momentos de escolha na busca do ser e ao mesmo tempo se perquirir o modo de ser, existência do próprio ente.

Daí a importância da faticidade da vida, o ser-no-mundo, o mundo da vida, que é o ponto de partida necessário para sua investigação. A hermenêutica com viés da ontologia fundamental procura interrogar o ser através da historicidade e temporalidade do ser-aí, é essencial não analisar as coisas em si, mas sim o sentido das coisas em referência a algo.

Heidegger afirma que os diversos modos de “ser para” como serventia, contribuição, aplicabilidade, manuseio constituem uma totalidade instrumental. Usando o exemplo do martelo e do quarto na sua

clássica obra, *Ser e tempo*, o filósofo procura ensinar que o instrumento sempre corresponde à sua instrumentalidade a partir da pertinência a outros instrumentos.

É dessa forma que a hermenêutica heideggeriana, o *dasein* como ser-no-mundo, ao incorporar o ser como condição prévia de todo o conhecimento opõe-se ao conceito objetivista do conhecimento, suprimindo assim o esquema sujeito-objeto no fenômeno de compreensão. Às avessas, o sujeito que compreende insere-se no horizonte de compreensão não se restringindo a representar passivamente o objeto da compreensão na sua consciência.

O direito não é estático, tem de ser construindo a partir das realidades vivenciadas nas ruas, dos horizontes a serem seguidos. Daí a importância do julgador está inserido e compreendido no processo de criação do direito a partir de um horizonte histórico, deixando que a pré-compreensão, os preconceitos se situem conforme a situação hermenêutica. O intérprete deverá estar atento à fusão de horizontes.

O modo de ser, a essência do *Dasein* é a sua existência, ou seja, sua essência de dá pela possibilidade de escolha, de conquistar ou de perder. O *Dasein* sempre pode-ser, ele necessita se projetar, se superar, por isso, o homem é um projeto em permanente construção e o Direito deve ser interpretado de acordo com a dinamicidade da vida, com a realidade das ruas e não somente com a visão objetivista dos Códigos e leis meramente abstratas.

O ser é o ser do ente, sua essência é revelada como ek-sistente. Essa existência distinta dos demais entes se caracteriza pela sua relação distinta com o tempo. O *Dasein* é o único a perceber e a lidar com o tempo, a ter noção de passado, presente e futuro.

Sob essa premissa, a hermenêutica jurídica caminha, buscando ir além do direito positivo e assim, para compreender adequadamente um texto legal devemos compreendê-lo em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Nesse caso, compreender é sempre também aplicar.

A dogmática jurídica, relacionada a uma razão teórica sistemático-

construtivista-dedutiva, era o modelo adequado à tradição liberal-individualista (supremo princípio do individualismo liberal) permeada por uma neutralidade estrutural, igualdade (ainda que abstrata) e segurança jurídica, que não mais se adequa à realidade hodierna.

A tarefa hermenêutica destes tempos atuais exige um compreender como elemento de racionalidade estruturante, para que, *a posteriori*, o intérprete explicita seu entendimento, sua compreensão que se realiza através de uma racionalidade argumentativa.⁹⁰

Essa racionalidade argumentativa, no nosso entendimento, leva o intérprete e aplicador do direito a perquirir toda a situação concreta, analisar suas múltiplas facetas e possibilidades, realizar sua compreensão e ao final, dentro de sua experiência intelectual, sua racionalidade prática e considerando os elementos normativos, exarar seu convencimento, valendo-se da prudência necessária para que não incorra em arbitrariedade, mas observar sempre a fusão de horizontes, para que não seja mero aplicador do direito positivo.

Gadamer, de seu turno, se afasta da concepção clássica de que a hermenêutica deve ser concebida como um conjunto de métodos, mas a exegese deve acontecer através da experiência do homem no mundo.

Para ele, a universalidade hermenêutica é alcançada por meio da consciência estética, da consciência histórica e da linguagem como experiência hermenêutica. Assim a obra *Verdade e Método* é dividida em três em partes:

A liberação da questão da verdade desde a experiência da arte;

A extensão da questão da verdade à compreensão nas ciências do espírito;

A virada ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguagem.

A compreensão é sempre um projetar-se.

Deste modo, para se compreender necessário que o intérprete forme suas perspectivas, suas opiniões prévias, fazendo antecipações de sentido do texto. Esse processo prévio, porém não pode ser havido ou mesmo confundido como arbitrariedade do julgador. Gadamer nesse

⁹⁰ MELLO, *Op. Cit.*, p.104-118.

sentido esclarece que "a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias".

Na verdade, Gadamer quer dizer que a compreensão ocorre a partir de nossos preconceitos ou pré-juízos, de acordo com a realidade histórica de nosso ser. A consciência da história efetual está relacionada com a consciência da situação hermenêutica. Nas palavras de Gadamer, "quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual.

A hermenêutica jurídica metodológica sofre uma ruptura com Gadamer. Isso porque compreender é sempre também aplicar. Uma regra jurídica não pode ser compreendida desalinhada com sua aplicação no instante concreto da decisão judicial. Uma lei somente será compreendida adequadamente se entendida e analisada em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta, com o afastamento da hermenêutica metodológica. Gadamer ensina que "a compreensão é menos um método através do qual a consciência histórica se aproxima do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que um processo que tem como pressuposição o estar dentro de um acontecer tradicional. A própria compreensão se mostrou como um acontecer".

Dessa forma, o sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, ao contrário representam uma unidade exegética.⁹¹

Para Gadamer toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. É um movimento antecipatório da compreensão, a pré-compreensão, constituindo, assim, um momento importante do fenômeno hermenêutico, sendo impossível que o intérprete possa se desvencilhar do círculo da compreensão.

Entende não haver diferença entre a interpretação, a compreensão,

⁹¹ MELLO, *Op. Cit.*, p.119/128.

pois compreender é sempre interpretar. Para ele, é no processo hermenêutico unitário, a compreensão, a interpretação e a aplicação, sendo que o trabalho do intérprete se dá a partir da fusão dos horizontes. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar o horizonte presente. De sua vez, um texto histórico somente se torna interpretável a partir da historicidade do intérprete.

5.2 HERMENÊUTICA: LEGITIMIDADE E JUSTIÇA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

É questão já sedimentada dentre os estudiosos que o positivismo clássico não mais encontra porto seguro no ordenamento jurídico, fazendo necessário repensar a dogmática jurídica com uma perspectiva que ultrapasse o plano da validade para atentar-se à questão da legitimidade e justiça.

Por certo, a Carta Constitucional de 1988 revolucionou todo o ordenamento, trazendo com o modelo do Estado Democrático de Direito a efetividade dos princípios constitucionais. O direito passou a receber normas com texturas abertas, dando maior mobilidade ao julgador, de forma a lhe permitir atender às vicissitudes insertas no contexto social. Isto porque, o direito como fonte de produção científica a ser vivificada, dinamicizada, em conformidade com o contexto social, com realidade da vida, não pode se tornar apenas uma fonte de produção onde se exaure tão só com a estruturação do sistema de produção de seus elementos constitutivos.

Antes disso, a finalidade precípua da normatividade do texto legislativo é perquirir os resultados econômicos e sociais das elaborações dogmáticas, sendo os princípios constitucionais importantes conquistas do Estado Democrático de Direito, pois deixaram de ser meras referências éticas, transpondo o modelo da dogmática tradicional, forçando a uma releitura hermenêutica do ordenamento jurídico, buscando a recomposição de paradigma, cuja perspectiva busca reintroduzir as idéias

de ética, justiça e legitimidade.

Nesta vertente, o direito de hoje não pode ser sopesado sem lançar os olhos para a realidade das ruas, a vida, mundo do ser, mundo da vida.

Por isso, o que se espera do magistrado deste século é que possa vivificar o direito, através de uma hermenêutica pro ativa, ou seja, sopesar o ordenamento, de acordo com os princípios e valores, levando em conta o contexto real das ruas, considerando a complexidade da sociedade pluralista e multifacetária. O direito de hoje trás nova versão onde prevalecem os valores éticos e solidários surgindo com a dogmática constitucional pautado no Estado Democrático de direito, com bases principiológicas, tendo como valor supremo a dignidade da pessoa humana. Portanto, o direito contemporâneo só tem razão de ser por tutelar o homem, sua dignidade.

E sob o mesmo norte, o Direito Civil codificado trouxe na sua versão de 2002 novo modelo contendo cláusulas abertas como eticidade, sociabilidade, função social da propriedade, do contrato e boa-fé objetiva, a exigir do magistrado uma experiência mundana, fora dos compêndios e dos excertos doutrinários.

O magistrado contemporâneo não é um sujeito cujas decisões são focadas na neutralidade, antes disso, do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais.⁹²

As decisões judiciais são instrumentos capazes de alterar a realidade social, tendo o intérprete responsabilidade com suas manifestações, pois poderão vir a influenciar a vida social. Por esse norte, incumbe ao magistrado a responsabilidade decidir com coerência, dentro da razoabilidade e prudência, para não se distanciar do contexto social.

A sociedade espera que o magistrado contemporâneo possa se desapegar de certas práticas viciosas e não seja recalitrante em buscar

⁹² AGUIAR JUNIOR, Francisco. *As Obrigações e os Contratos*. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.9, p. 33, set./dez., 1999.

novos paradigmas jus-filosóficos dando coloração ao processo hermenêutico, que seja receptivo aos novos valores ideológicos, atendo à legalidade constitucional, mas principalmente, o intérprete deve ter consciência de que o positivista legalista não mais é suficiente para fazer frente as reais interesses do sujeito concretamente considerado.

Espera-se que o juiz seja capaz de entender e avaliar o caso concreto, evidenciar as peculiaridades ou circunstâncias que o constitui, relegando a hermenêutica jurídica à uma operação automática e neutra, sendo sua função buscar regras e princípios mais adequados à individuação do ordenamento do caso concreto.

Na legalidade constitucional torna-se relevante a virtude, condição existencialmente fundamental e decisiva na tarefa pessoal e institucional do magistrado.

Nessa nova ordem axiológica, espera-se que o juiz não se reduza à mera função burocrática de analisar processos e tradutor da letra fria da lei. Espera-se que o juiz esteja comprometido com o Direito, com a aplicação da justiça levando em conta o contexto histórico-temporal e os novos paradigmas arregimentados para o ordenamento pátrio com a Constituição Federal.

O direito somente estará a serviço da justiça se o magistrado assumir um compromisso ético, entendendo que na sua função de hermeneuta deverá aplicar o direito numa postura voltada para os valores ideológicos do Estado Democrático de direito, para o sujeito-situado, na concretude, suas virtudes, seus defeitos, suas emoções, seus negócios, suas relações familiares, empresariais, etc. Enfim, com perspectiva no humano, onde a pessoa é chamada a realizar o seu pleno e livre desenvolvimento.

5.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE INTERPRETADO SEGUNDO A PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Foi com o modelo do Direito Civil Constitucional que houve a revolução de

todos os institutos das relações interpessoais, sendo impossível neste estudo traçarmos as principais mudanças peculiares a cada um deles, optamos então por destacar a propriedade haja vista sua anterior posição paradigmática, posto que no modelo anterior o Estado tinha por fim a proteção do patrimônio, ao passo que hoje, o fim último do Estado é o ser humano.

A propriedade tem origem no Direito Romano que a definia como *liusutendi, fruendiet abutendi*, ou seja, direito de usar, fruir e dispor. Na ocasião, ligada às questões místicas, a propriedade do solo estava diretamente atrelada aos rituais religiosos, somente podendo ser adquirida por cidadãos romanos e em solo romano. Acreditavam os romanos que seus antepassados continuavam vivendo no mesmo território enquanto vivo, sendo as terras dos familiares solos sagrados que enterravam seus ancestrais.

A propriedade, com o avançar dos tempos foi perdendo seu caráter místico, passando a ser admitida sua pertinência fora dos limites do solo romano e estendido o direito a todos os habitantes do império. Com a invasão bárbara e a queda do Império romano do Ocidente os pequenos proprietários foram compelidos a entregarem suas pequenas propriedades, tornando-se, assim, vassalos vinculados aos grandes feudos e senhores. Com o desenvolvimento das cidades, é acentuado o comércio surgindo a burguesia ávida de poder e de riqueza.

A monarquia absoluta, que teve sua força oriunda da burguesia, entretanto, não coadunou com os ideais desta, tornando entrave ao desenvolvimento do capitalismo, que estava a exigir uma melhor estrutura do poder político dominante, de forma a absorver todos os interesses de expansão do capitalismo. Surgiu os revolucionários desse sistema, os iluministas e os liberais, culminando com as três Revoluções a Gloriosa na Inglaterra, a Americana, pela independência, a Francesa.

Em Portugal havia desde a Idade Média o princípio de que pertenciam ao rei, por título originário todas as terras abandonadas, sem dono efetivo, de terrenos baldios e as conquistadas dos infiéis. Mas havia a necessidade de colonizar, pelo que estas terras eram transferidas aos particulares por diversas razões interessantes ao próprio reino como povoação, para produção econômica e cultivo. Originariamente a ocupação foi o modo mais utilizado de aquisição da propriedade.

No Brasil a propriedade privada surgiu da propriedade pública, que era

pertencente à nação portuguesa sendo concedida através da concessão de sesmarias, compra e venda, doação, permuta, legitimação de posse, sendo que Portugal tornou-se proprietária das terras brasileiras pela conquista do território.

No Direito Francês a propriedade tinha o caráter essencialmente privado, estando arrimado na racionalidade econômica, ressaído da leitura dos arts. 544 e 545 do Código Civil Francês ser possível que o proprietário abusasse de seu direito de propriedade. A propriedade era reverenciada, como também o proprietário.

Para a Igreja Católica era reconhecida uma certa índole social à propriedade privada. Para São Tomás de Aquino a propriedade não poderia ser considerada como direito natural, ou seja, não era admitida como um direito que pudesse ser oponível ao bem comum ou a necessidade alheia. Para ele, o poder de dispor do proprietário estava na sua possibilidade de escolher como entregar aos necessitados o que lhe sobejava, Após, a Igreja Católica não mais se pronunciou sobre o tema avalizando a propriedade feudal e a propriedade mercantil. Foram com supedâneo nos ensinamentos tomistas que surgiram as Encíclicas Papais do Papa Leão XIII, de onde se extrai que poderia escolher como entregar aos necessitados o que lhe sobejava.

O Estado Liberal, absolutista, era essencialmente patrimonialista.

A noção de propriedade adotada no liberalismo econômico desatendia aos interesses sociais, era restrita a poucos, servia como instrumento de promoção de desigualdades sociais, era fonte de poder.

Entretanto, as duas grandes guerras mundiais desnudaram a ineficácia dos ideais liberais na promoção do bem estar social. Surge o Estado Social, onde o homem passa a ocupar o epicentro das preocupações estatais, há uma quebra de paradigma onde o Estado passa a ter como epicentro o homem, não mais a propriedade.

Passou-se a privilegiar o ser humano, sendo erigido o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República. Essa circunstância fez com que o direito de propriedade sofresse profundas transformações com o surgimento dos valores ideológicos concebidos pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Percebe-se, através do cotejo do art. 5º, inc. XXIII, que a função social da propriedade rompe de vez com o reinado absoluto da propriedade, como também o

art. 170, III, da norma fundamental destaca a função social da propriedade como princípio da ordem econômica brasileira.

A constituição de 1937, por exemplo, já mencionava a função social da propriedade, porém, as constituições que embasavam o Estado Liberal, no que concerne ao direito privado, não passavam de meras cartas de intenção, necessitando sempre da lavra legislativa regulatória. A Constituição de 1988, lado outro, prevê a aplicabilidade direta de seus princípios, mesmo que não consagrados em textos legislativos infraconstitucionais, a interpretação da lei conforme a constituição, o controle jurisdicional da constitucionalidade.

Impende considerar que o Direito Civil do século XXI, com a mudança de perspectiva, surgiu para contrapor-se ao modelo oitocentista e equacionar-se à Carta Constitucional de 1988, com forte carga solidarista, despatrimonializante, atribuindo ao “ser” sua verdadeira dimensão na ordem de valores, em detrimento do “ter”. Na atualidade estamos vivenciando o fenômeno da repersonalização do Direito Civil.

A função social da propriedade é demarcada no Código Civil vigente no seu art. 1228 mediante cláusula geral. Os parágrafos do art. 1228 trazem questões afeitas aos direitos dos não proprietários. Já a verificação da má função social da posse e do contrato decorre do embrião da sociabilidade no ordenamento nacional: a função social da propriedade.

A sociabilidade da posse, de seu turno, pode ser inferida na redução dos prazos da usucapião na hipótese de moradia, produtividade e ou comprovação de interesse social e econômico, arts. 1238 a 1242 do CC.

O anterior modelo de Direito Civil fundado na proteção integral à propriedade e às liberdades individuais abstratas representava o desprestígio da figura do humano.

A propriedade na visão do Estado Liberal surge como direito subjetivo absoluto. Na atualidade, com nova concepção juscivilística passa a ser aferida com a dimensão da função social, aliada às suas faculdades de usar, gozar e dispor. Assim, a propriedade não deixa de ser um direito subjetivo a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, mas tem alterada sua estrutura, seu conceito e seu conteúdo.

Passa a ser havida como um direito que permite ao seu titular usar, gozar e dispor de certos bens, desde que ele faça de modo a realizar a dignidade da pessoa

humana.

A função social é o título que justifica os poderes do titular da propriedade, que deverá contribuir para a melhoria das condições não só de seu titular, mas de todos em respeito ao objetivo maior da Constituição Federal, que é construir uma sociedade justa e solidária. Este direito não é concedido ou reconhecido em razão da função social, mas deve ser exercido de acordo com esta.

Deste modo, na pós-moderna concepção dogmática do Direito Civil, a propriedade que não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento, que submete seus interesses patrimoniais aos princípios fundamentais.

A par disso, novos liames ao direito de propriedade foram traçados rompendo de vez com o paradigma ditado pelo positivismo legalista em que a propriedade era vista como fonte de distribuição e preservação de riquezas, ocorrendo profundo impacto à ordem jurídico-civil, não mais reinando como absoluta, sendo um fim em si mesmo. Foi afastado o individualismo-liberal, em que se pensava no sujeito como realidade abstrata.

O texto constitucional ao estabelecer a dignidade humana como fundamento da República, determinando como objetivo a justiça social fez com que a propriedade, passasse a ser considerada como importante instrumento para a realização da dignidade humana. Deste modo, a Constituição Federal deu início à nova era do personalismo, traçando novo perfil para alcançar o objetivo da promoção da justiça social.

Aliado a isso, temos que o Código Civil de 2002 recepciona o princípio da sociabilidade, dando novo sentido e alcance aos Direitos das Coisas. Desta forma, a posse, por exemplo, quando acompanhada de trabalho, de produção efetiva, implica em substancial redução ao prazo para obtenção do domínio pelo instituto da Usucapião, em consonância com a função social de propriedade, consagrada na Constituição Federal.

Hoje, as questões envoltas à propriedade estão interligadas às situações bem mais complexas envolvendo interesses coletivos e difusos, como, por exemplo, grupos de sem-terra, ausência de uma política urbana habitacional seriamente traçada pelos governantes. Surge para os juristas a necessidade de buscar solução que atendam de forma eficaz e efetivamente à situação conflituosa, buscando arrimo

no ordenamento jurídico vigente.

Nasce para a sociedade pós-moderna a necessidade de verificar juridicamente os novos contornos da propriedade, agora socialmente funcionalizada, perquirir como se poderá promover efetivamente ao proprietário os atributos inerentes ao domínio observando o solidarismo social, a dignidade da pessoa humana, a justiça distributiva e demais princípios e fundamentos da Constituição Cidadã.

Impende também destacar que estas transformações não se deram apenas no que se refere à propriedade dos bens corpóreos, mas também atingiram a propriedade imaterial, intelectual, industrial, a função social mitiga o absolutismo do direito de propriedade, onde podemos citar a democratização do acesso aos medicamentos com o surgimento do que se logrou chamar de “medicamentos genéricos” onde presenciamos a “quebra” de patentes pertencentes aos grandes conglomerados farmacêuticos internacionais, conforme diretrizes da Lei 9.279/96.

Face ao poder econômico, maior possibilidade de pesquisa e investimentos na produção estas empresas passaram a deter o oligopólio da comercialização de certos medicamentos essenciais à vida e à sua qualidade. Com o domínio das fórmulas e dos meios de produção passaram a comercializar a vida, impondo regras de exploração mercadológica, preços exorbitantes, inacessíveis à população mais humilde.

Esta ideologia imposta pelos laboratórios internacionais era mais do que aceita, sendo até mesmo protegidas pelos sistemas jurídicos liberais, legitimada pelo culto ao individualismo e a proteção sem limites à propriedade, um fim em si mesma, o homem numa posição secundária, subjugado pelo capital.

Sendo a pessoa humana o fim primeiro e último do Estado, tornou-se possível redimensionar os valores, buscando a inserção de premissas como a ético-humanização do Direito, consagrando a função social da propriedade. Esta circunstância permitiu que os medicamentos passassem a ser produzidos e inseridos no mercado de consumo por quem não detém as respectivas patentes, tornando, destarte, possível a redução de seus custos, ficando acessíveis, inclusive, à população hipossuficiente, colimando a proteção integral da vida e a saúde, direitos fundamentais previstos no Ordenamento Jurídico Constitucional de 1988.

Em remate, verificamos que a análise do direito de propriedade,

hodiernamente, sobrepõe aos velhos dogmas, para se situar na nova perspectiva da hermenêutica do Direito Civil Constitucional, cuja dimensão reside na função social, instrumento de concretização do princípio central da dignidade humana, sendo essa perspectiva resultado da própria evolução do sistema do Direito Civil, que a nosso pensar muda de direção, desapegando-se do patrimônio para assumir-se personalista, de acordo com os valores constitucionais.

Mas isso não significa que a propriedade e o contrato foram retirados do cenário jurídico, permanecem como importantes instrumentos mediatos, mas passam a estarem funcionalizados e submissos aos objetivos da função social e da dignidade humana, entretanto, deve ser promovida a releitura destes institutos, arredando a visão do ideal liberal para que possam ser vistos nas lentes da solidariedade e da ética, cuja destinação é o ser, a pessoa humana, sua dignidade.

Para corroborar nosso estudo em defesa da mudança de perspectiva, traçado pelo paradigma do Direito Civil Constitucional, colacionamos anexo a esta dissertação um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que trata da questão, trazendo como pano de fundo a discussão sobre os direitos emanados do instituto da propriedade e sua função social. Percebemos que atualmente nos Tribunais a corrente de pensamento que recepciona o Direito Civil Constitucional vem em linha de ascendência, mitigando os valores exclusivamente patrimoniais, passando a pessoa humana a situar-se no epicentro do ordenamento, sendo a razão primeira de existência da norma jurídica e da própria existência do Estado, sendo a partir da CRF/88 recepcionando os valores éticos e sociais, ocorrendo profundas mudanças no âmbito do Direito Privado.

Assim, analisando o acórdão transcrito, constata-se estar sendo recepcionada a doutrina e vertente ideológica do direito civil constitucional, que é a linha de pesquisa desenvolvida neste trabalho.

Percebemos no julgado as novas diretrizes que perpassam e compõem o modelo de justiça que a sociedade espera e conclama para este terceiro milênio: uma justiça focada no sujeito situado; uma justiça efetiva levando em conta a análise individual do caso concreto. Espera-se que seja afastada, que haja a ruptura com o anterior modelo absolutista, que tem como bússola o positivismo clássico, cuja hermenêutica tem na interpretação a cega submissão à lei, a interpretação tão somente literal do texto legal, o Juiz como ser inanimado.

Percebemos, igualmente, que a novel dogmática jurídica sofreu ruptura com o positivismo clássico a partir da Constituição Federal de 1988. Isso porque quis o legislador constituinte traçar outro perfil não só para o Direito Público, mas também para o Direito Privado, tendo imposto importantíssima revolução nas relações interpessoais, ao inserir no corpo da Carta Constitucional normas principiológicas a irradiar todo o ordenamento jurídico brasileiro. A partir de então o Direito Privado adquiriu nova feição, desapegando-se daquela visão conservadora dos Códigos, totalizadores e centralizadores de normas, fechados para o mundo da vida, sendo os interesses da pessoa tutelados apenas no plano formal.

Assim, imperava a premissa: “o que não está previsto em lei não existe para o mundo jurídico”.

Hodiernamente, as normas de cunho gerais e abertas não permitem ao julgador ter um olhar amiúde para o caso em litígio. Sua visão deve ir para além dos Códigos e do regramento literal, mas voltar-se para os princípios, que autorizam um atuar consciente, prudente e sem arbitrariedades, ter consciência que a complexa relação social exigem mais que soluções simplistas buscadas nos Códigos, devendo voltar sua atenção para a realidade das ruas, as relações contratuais, os desequilíbrios entre os contratantes tanto nas relações entre proprietários e inquilinos, clientes e instituições bancárias, pacientes e planos de saúde, comerciante e consumidores, enfim, voltar-se para os casos concretos, suas especificidades.

No Acórdão colacionado temos, por primeiro, na concepção do Código de 1916 e do CPC ainda em vigor, as seguintes premissas: a propriedade como fonte de riqueza e como forma de preservá-la a lei permitia ao proprietário ou ao detentor da posse se valer de meios próprios para salvaguardar tais interesses.

Os remédios processuais visando a defesa da posse que são as ações possessórias permitem obter tutela liminares em favor dos possuidores, para tanto, exigindo a comprovação tão somente os requisitos elencados no art. 927 do CPC.

O magistrado, assim, se restringe à análise do atendimento dos requisitos legais, prolatando sua decisão concedendo ou não a medida liminar, nos termos do dispositivo legal supracitado, se necessário realizando audiência de justificação de posse.

Já na concepção da hodierna, seguindo a diretriz traçada pela corrente de pensamento do Direito Civil Constitucional, a propriedade perdeu sua concepção de direito absoluto, pois para que haja o pleno exercício dos direitos inerentes ao domínio,

inclusive para os atos de defesa da posse de quem injustamente a detenha, cumpre comprovar que essa mesma propriedade atende sua função social, ou seja, está sendo cumprida a função ética, social e se de acordo com os interesses da coletividade.

Pois bem, fazendo um exame do julgado colacionado conclui-se que o douto magistrado se posicionou deferindo a liminar requerida na inicial, consoante permissivo legal inserto no art. 927 do CPC, entendendo resultarem atendidos os requisitos específicos.

Seu modelo de atuação está atrelado ao positivismo tradicional, ou seja, interpretou e aplicou o regramento jurídico sob a vertente do sujeito-objeto.

Como sobreveio o recurso de Agravo de Instrumento, o eminente Relator revogou a medida liminar concedida arrimando-se no novo paradigma traçado a partir da CF/1988 que, como dito, adotou o posicionamento de redimensionar a visão absolutista do direito de propriedade, passando a relativizá-lo, dando primazia a função social, também recepcionada pela civilística contemporânea.

O juiz sentenciante julgou o pedido de Reintegração de Posse procedente. Sobreveio recurso de apelação, sendo dado provimento ao recurso, levando em conta na linha de atuação dos julgadores o pensamento traçado pela perspectiva do Direito Civil Constitucional.

Destarte, as balizas principiológicas foram utilizadas para reformar a decisão monocrática, fazendo com que o novo modelo epistemológico fizesse a releitura da decisão de primeiro grau, buscando sustentação na corrente de pensamento do Direito Civil Constitucional, onde o Ter, o poder econômico, é mitigado pelo Ser.

Verificamos que os juízes de primeiro grau e os Tribunais pátrios estão buscando se pautar, ainda que timidamente, nessa nova ordem de pensamento que adota o modelo jurídico do Direito Civil Constitucional, onde se entrelaçam matérias de interesse público e de interesse privado, sem que um se aniquila ou exclua o outro, mas de revés, há uma circularidade entre ambas.

Assim, forçoso reconhecer que nos deparamos com um direito mais grandioso, que se agiganta quando há prevalência de valores éticos, morais, sociais, voltado para a solução dos conflitos em uma sociedade complexa, plural, com inúmeros interesses a serem preservados, onde concluímos que:

A legislação da pós-modernidade deve estar voltada para o sujeito enquanto pessoa que se relaciona no trabalho, na família, socialmente etc.

É a busca da ética da situação, que indica que a noção de sujeito de direitos deve ser percebida em sua essencial pluralidade, que englobará também o empresário e o desempregado, os grupos econômicos, o contratante forte e o hipossuficiente, os menores de rua, o latifundiário, o sem-terra, o consumidor, o fornecedor. Em suma, é o ser humano com as suas múltiplas facetas, suas circunstâncias urgentes e concretas.

Diante da dogmática inserida pelo texto constitucional de 1988 e o Código Civil de 2002, a proteção possessória somente será viável de ser concedida, se demonstrada integral observância da função social da propriedade;

As proposições teóricas que alicerçam o pós-positivismo, vinculado ao Estado Democrático de Direito, estar a exigir do magistrado maior comprometimento com a realidade das ruas, o abandono do tecnicismo, da metodologia estritamente lógico-dedutiva, “arcaísmos doutrinários e jurisprudenciais”, voltando-se para a sedimentação de valores constitucionais aplicáveis, cuja realização opera-se pela via dos princípios.

A neutralidade do intérprete, característica da metodologia lógico-dedutiva, inerente da concepção clássica do positivismo, não é mais compatível com a dogmática contemporânea denominada de pós-positivismo jurídico, em que se evidencia a superação do conhecimento tradicional, da premissa de ser o juiz “a boca da lei”, indo de encontro a uma releitura hermenêutica do sistema positivista, a fim de reintroduzir valores pautados na justiça e legitimidade.

O sistema jurídico do privado abre-se para o contexto social, o direito na sua concretude, o ser-no-mundo, é a aplicação efetiva dos modelos jus-filosóficos consentâneos à nossa realidade, é a hermenêutica contemporânea atuante, o direito posto em prática.

Por derradeiro relevante se torna destacar que a proteção possessória não pode ser outorgada a quem não cumpre a função social da propriedade⁹³.

⁹³ Podemos dizer que o caso concreto decidido analisado ontologicamente a partir da hermenêutica de Heidegger, ligado ao modo de ser-no-mundo, ao *Dasein*, a uma essência do ser que é a essência do homem, ao *homo humanus* é realizada de forma originária, através de uma pré-compreensão jurídica, na qual o intérprete está inserido em uma tradição histórica (circulo hermenêutico). Isso representa que o julgador somente poderá atingir o significado dos entes a partir de seu horizonte histórico, a partir de uma situação hermenêutica. MELLO, *Op. Cit.*, p. 169-170.

CONCLUSÃO

O estudo da ciência jurídica contemporânea perpassa por profundas transformações, tendo em vista a nova ordem social sedimentada no pluralismo, na complexidade das relações individuais, aceleradas nas últimas décadas do século XX. O positivismo jurídico que tem na lei o paradigma de conduta, a expressão maior do direito posto, cedeu espaço para a nova construção científico/filosófica, o pós-positivismo ou pós-modernidade.

O direito civil oitocentista tinha como primado a trilogia propriedade (fonte de distribuição de riquezas), o contrato e a família patriarcal, cuja missão não era outra senão o resguardo do patrimônio da prole. Era o patrimônio o bem maior protegido pela legislação, imperando o individualismo jurídico, o interesse pelo sujeito apenas no plano abstrato.

Com a nova moldura delineada pelo pós-positivismo foi deixado de lado o paradigma de simples subsunção da norma ao caso concreto para ceder lugar à outra diretriz na solução de conflitos: o fato juridicamente relevante, questionamento e norma aplicável (princípios, regras e a lei). Assim, a situação a ser perquirida passou a ser enfrentada não apenas sob a ótica do direito positivo, segundo o paradigma da aplicação, mas sim dando preponderância para os fatores que circundam o caso, sendo necessário para uma solução justa enfrentar as variantes envoltas, a diversidade e complexidade de cada situação específica.

O sujeito como ente abstratamente considerado, cedeu espaço para o sujeito visto na sua essência, na sua concretude, afastando, assim, a aplicação positivista de obediência cega à letra da lei, mas acolhendo as opções do legislador constituinte ao estender os valores constitucionais a toda legislação ordinária. Nessa mudança de perspectiva filosófica sobejou redimensionado o eixo central do sistema, sendo o princípio do individualismo, predominante no Código de 1916, pelo princípio da sociabilidade, fazendo com que as lentes da lei se voltassem não mais para a pessoa em abstrato, desalojada de sua realidade e de sua historicidade, mas para o homem concretamente considerado, com suas fraquezas e carências, perspectivado por sua dimensão social, um ser vivente em sociedade.

Vale lembrar que a doutrina Kelsiana que propunha a construção de uma teoria de direito calcada a partir de uma postura científica objetiva ao afastar o direito de sua função crítica, tratando o direito positivo como objeto, distanciando o jurista do filósofo, levando ao distanciamento do debate de questões essenciais ao direito, como a distinção entre a lei e o justo.

Mas com a Constitucionalização do ordenamento jurídico, o direito voltou a se aproximar da filosofia, iniciando um processo de reconstrução do pensamento construtivo crítico, mormente no que tange à busca da verdadeira concepção do justo, ainda que aparentemente conflitante com o direito codificado, sendo imperioso perquirir todas as vertentes, sem se conformar apenas com a mera adequação da norma ao caso concreto, conforme a prática ditada na doutrina positivista. Resultou daí o verdadeiro giro hermenêutico. O homem se torna juridicamente relevante e passa a ser o fim último do Direito, resgatando os valores existenciais, antes afastado pelo patrimonialismo, em que o ter preponderava sobre o ser.

A partir desta nova dogmática, a ética voltou a ter relevância jurídica, porque passou a ser discutido o mérito da conduta humana, sendo atribuída a função crítica ao direito, o que lhe confere toda a sua beleza e dignidade.

O Código Civil de 2002 como pressuposto metodológico criou um sistema aberto, recepcionando valores e princípios vindos de outras partes do sistema jurídico e da sociedade, em um relacionamento intra-sistemático (entre dispositivos do próprio Código), intersistemático (o Código, a Constituição ou o Código e outros sistemas, como o CDC) e extra-sistemático (fora do próprio sistema). Para possibilitar esta proposta o legislador de 2002 inseriu no corpo normativo cláusulas gerais, que são dispositivos legais que contêm uma fórmula estrutural carente de complementação, que deliberadamente necessitam ser complementadas pelo operador do direito, no momento de sua concreção, preenchendo o significado dos chamados conceitos jurídicos abertos, colhendo-se elementos no próprio sistema ou fora dele.

A vantagem do sistema contendo o modelo aberto, resultante de cláusulas gerais é tornar o ordenamento capaz de amoldar-se às transformações sociais sem que, para tanto, seja necessária a intervenção legislativa.

Desta forma, ao jurista contemporâneo na sua atividade hermenêutica abriu-se a possibilidade de aplicar efetivamente e de forma direta os valores e princípios

constitucionais, não só na relação Estado-indivíduo, mas também nas relações entre particulares, nos interesses interindividuais.

No Brasil com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o direito privado passou do paradigma do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, repensando a dogmática imposta pelo positivismo clássico, fazendo com que a pessoa humana passasse a figurar como fonte de todos os valores, deixando o plano abstrato para se posicionar como ser em concreto, dando prioridade aos valores existenciais postos no vértice do sistema normativo brasileiro, se conformando com todos os ramos do direito.

Como consequência adveio a despatrimonialização do direito. A prioridade atribuída pela constituição à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento, fez com que o indivíduo passasse a ser considerado não apenas em si mesmo, mas engajado no seu meio social, um ser político com dever de contribuir para o desenvolvimento de toda a comunidade, mas também com direito de receber proteção, com melhor qualidade de vida, sendo exigido maior comprometimento dos indivíduos com os interesses sociais, todos devem estar imbuídos no propósito de contribuírem para uma sadia relação entre os indivíduos ou entre o Estado e particulares.

Em remate, podemos dizer que como consequência dessa leitura civil/constitucional destacamos a concretização e aplicação dos valores humanistas consagrados pela Constituição Federal no campo das relações entre particulares, modificando os paradigmas tradicionais do direito privado. O patrimônio deixa de servir exclusivamente ao deleite de quem o detém e se torna um instrumento de promoção social, a finalidade é a proteção do homem e não do capital, por isso, torna-se relevante perquirir a situação em concreto, compreender que o patrimônio, não é uma prioridade em si mesmo; que a habitação e sobrevivência, por exemplo, é um meio de exercício de cidadania, voltado para a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária, onde impera o respeito à vida, à qualidade de vida, o trabalho, a formação da personalidade e respeito ao meio ambiente e a promoção do bem comum.

E neste aspecto, torna-se forçoso concluir que houve sim nova perspectiva jus-filosófica para o direito de propriedade e também para o instituto possessório, cujas características consolidadas no Código oitocentista se achavam na proteção

dos direitos do proprietário e do possuidor legítimo, sem ter um olhar para a experiência do homem no mundo, para as situações sociais relevantes, que podem de fato influenciar a adoção de outro modelo protetivo.

Sob a égide do Código de 1916 bastava demonstrar os requisitos mínimos legalmente previstos para que estivesse sob o manto de proteção estatal os direitos do proprietário.

No direito civil constitucional torna-se necessário perquirir todos os fatores juridicamente relevantes que circundam o caso, voltar-se para o horizonte da experiência, da historicidade, levando em conta a atual conjuntura da sociedade pluralista, as relações complexas e multiformas de transações jurídicas existentes, daí porque o positivismo legalista está em distonia com os ideais de justiça que se busca nos tempos pós-modernos.

A experiência do magistrado é importante para sentir o verdadeiro alcance da norma a ser aplicada, é o olhar para além dos Códigos, mas sedimentando em princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, que tenham por missão o respeito ao princípio da dignidade humana e essa é a premissa a nortear todos os ramos do direito, qualquer que seja o fato jurídico, quaisquer que sejam os partícipes, os atores da relação jurídica estabelecida entre particulares ou entre Estado e particulares, o fim último do direito é tutelar a dignidade da pessoa humana, sendo esta merecedora de proteção incondicional no vigente Estado Social e Democrático de Direito.

Esta é a razão pela qual a propriedade, a posse, por si só deixaram de ter absoluta e inarredável proteção do Estado, sendo exigido adequar tais institutos à tutela dos interesses do indivíduo e da coletividade. A função social da propriedade e da posse deve ser demonstrada.

Entendemos ser imprescindível o equilíbrio entre o direito privado e o constitucional a partir da exata delimitação de suas áreas de atuação e competência. Quer dizer, não basta afastarmos o direito privado e aplicarmos diretamente sobre casos concretos os direitos ou prescrições constitucionais, pois incidiríamos num verdadeiro totalitarismo constitucional, assim como num extremo relativismo jurídico, na medida em que dependerá sempre do aplicador, que pode interpretar a Constituição de uma forma e outro intérprete fazer uma leitura diversa. Tampouco é razoável aplicar exclusivamente princípios e regras do direito privado, sem observar

o ordenamento superior constitucional, que lhe confere fundamento e validade. É preciso uma visão de conjunto, aliada a um olhar específico sobre cada campo próprio do direito, sendo privado seara típica do direito ordinário e o constitucional (o público) próprio de uma jurisdição e legislação específica.

Consideramos, em remate, que a problemática entre o direito civil e a Constituição está na interpretação jurídica, bem como na exata delimitação dos campos jurídicos do direito ordinário e constitucional, que não deixaram de ter sua autonomia com os valores constitucionais, nem com a eficácia normativa da Constituição. Na verdade, devemos buscar a harmonia e o diálogo das fontes jurídicas e não sobreposição de um campo em outro.

A Constituição, não tolheu a liberdade do intérprete de analisar o caso concreto e escolher a fonte a ser aplicada, mas apenas exigiu que fossem respeitados os princípios e valores constitucionais incontestavelmente superiores no sistema normativo vigente, traçando ao direito um perfil mais solidário, ético e voltado para bases axiológicas do homem no mundo, o sujeito situado no contexto social da historicidade e temporalidade, abrindo-se para novos horizontes do mundo da vida, voltando-se para os interesses reais do homem considerado como sujeito de direito que contrata, que tem necessidades básicas de alimentação, vestuário, saúde, lazer; suas relações sócios-afetivas, familiares, negociais. Enfim, o contexto jurídico da sociedade pós-moderna está a exigir dinamicidade e principalmente efetividade das normas jurídicas. O sujeito de direito deverá receber e ter alcançada efetivamente a tutela jurídica por ele perseguida. Não há retrocessos para a ordem jurídica vigente, apenas conquistas de uma sociedade do terceiro milênio, o início da era do personalismo, que está a exigir maior participação do operador do direito no contexto da nova experiência traçada pelo pós-positivismo.

Em remate, destaco que não há riscos de se cair no autoritarismo ou arbitrariedades, ao se adotar a linha de pensamento do Direito Civil Constitucional, onde prepondera a tutela do Ser, afastando o sujeito objeto, o patrimônio do centro de proteção do Direito Privado. A dinâmica de hoje vivenciada nos corredores dos fóruns não é a mesma de alguns anos anteriores à vigência da CRF/88.

O nosso Direito é vivo e não mais abstrato.

As pessoas estão conscientes de seus direitos e de seus deveres. Exercem e exigem o pleno exercício de cidadania, recebem um bombardeio de informações e

estão cientes de seus verdadeiros papéis na sociedade, como contratante, consumidor, usuários de planos de saúde, pais, filhos, enfim, nesta complexa relação e multiformas de vivenciar o Direito, não resta outro caminho senão buscar equacionar as leis, o direito positivado, os princípios, com a realidade de nosso tempo, adequando o Direito à mobilidade da vida, para que seja feita a verdadeira justiça.

Doravante isso, cumpre ao intérprete e aplicador do ordenamento jurídico, de modo especial ao magistrado não se afastar dessa realidade, sob pena de incorrer no imobilismo e engessar todo o processo evolutivo do Direito.

A nosso modesto pensar, o caminho mais escorreito será buscar o meio termo, evitando-se os excessos tanto para mais ou para menos. Recorrer à prática de atitudes consideradas prudentes. Isso porque a virtude ética e a prudência mantêm uma relação dupla, sendo cúmplices.

Nesse sentido, já dizia o grande Aristóteles,⁹⁴ que a “virtude ética torna reto o fim e a prudência torna reto os meios”. Como, segundo esse mesmo filósofo, as virtudes morais e intelectuais estão intimamente ligadas, pois impossível ser virtuoso sem ser prudente e nem ser sábio sem a virtude ética, o magistrado que conseguir ser prudente em suas decisões estará cumprindo sua missão de distribuir justiça, sem correr o risco de atuar com excessos, estará atuando em conformidade com a legitimidade constitucional.

⁹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria Dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.
- AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós-Modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANDRADE, Manuel A. de Andrade. *Teoria Geral da Redação Jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2. ed. Tradução: Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina, 1980, Vol. III.
- ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo I: O anti-semitismo, instrumento de poder*. 1. ed. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1975.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARBOZA, Heloísa Helena. *Perspectivas do Direito Civil para o Século*. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2010.
- _____. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O Direito no Século XXI: Desafios Epistemológicos. Crítica à Dogmática: Dos bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais*, *Revista do*

Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2009.

BRAIDA, Celso R. Apresentação. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: Arte e Teoria da Interpretação*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CÉSAR, Fiúza. *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luís Edson. *Teoria Crítica Do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GADAMER, Hans-Geworg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura Do Direito*. 3. ed. Tradução Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Portugal, 1974.

HIRONKA, Giselda Maria Fernandes. *A Outra Face do Poder Judiciário. Decisões Inovadoras e Mudanças de Paradigmas*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. *Os Pensadores*. Tradução: Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa Personalidade, Dignidade (ensaio de uma qualificação) - Tese de Livre docência em Direito Civil. Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, 2003.

_____. *O Novo Código Civil Brasileiro. Em Busca da Ética da Situação*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil. Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. *Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis Do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira e outros. *Diálogos Sobre Direito Civil. Construindo a Racionalidade Contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, MIGUEL. *Fontes e Modelos do Direito. Para um Novo Paradigma Hermenêutico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARTRE, Jean Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Os Pensadores. Tradução: Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário – Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TARTUCHE, Flávio. *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fedornandes Hironka*. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil - Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ANEXO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - INSPEÇÃO JUDICIAL - VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA - PRELIMINAR REJEITADA - CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA E CONFINANTES - DESNECESSIDADE - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOCORRENTE - PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - POSSE INJUSTA DESCARACTERIZADA - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL - EQUIDADE. Despicienda "in casu" a inspeção judicial, sendo suficientes as provas que já instruem o processo, notadamente a prova testemunhal. A pretendida inspeção em nada contribuiria para o deslinde da questão. O juiz é o destinatário da prova e somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade da realização da inspeção judicial. Entendimento que condiz com o disposto pelo artigo 130 do Código de Processo Civil. A ação sub judice é de reintegração de posse e não de usucapião, em que pese este último poder ser alegado como matéria de defesa, nos termos da Súmula 237 do STF. Todavia, nesse caso o procedimento a ser adotado é o previsto pelos artigos 920 e seguintes do CPC e não aquele previsto pelos artigos 941 e seguintes do mesmo diploma. Ainda que indubioso o direito de propriedade dos autores sobre a área litigiosa, no juízo possessório cabe apenas analisar se há esbulho caracterizador de posse injusta dos réus. Descaracteriza-se o esbulho possessório quando a prova coligida indicar posse longa, contínua, mansa e pacífica dos réus, os quais ali residem com suas famílias e laboram, como pequenos agricultores, em prol do sustento de todos. A Constituição Federal de 1988 consagra a garantia ao direito de propriedade, mas ressalva que "a propriedade atenderá à sua função social". No século XXI, desponta o fenômeno da "constitucionalização do direito infraconstitucional". O Código Civil deixou de ocupar o centro do sistema jurídico e cedeu espaço à Constituição. O texto constitucional passou a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. "Diante de certos casos, mister é que a justiça se ajuste à vida. Este ajustar-se à vida, como momento do dinamismo da justiça, é que se chama equidade, cujo conceito os romanos inseriram na noção de Direito, dizendo: 'jus est

arsaequi et boni'. É o princípio da igualdade ajustada à especificidade do caso que legitima as normas de equidade. Na sua essência, a equidade é a justiça bem aplicada, ou seja, prudentemente aplicada ao caso. A equidade, no fundo, é, repetimos, o momento dinâmico da concreção da justiça em suas múltiplas formas" (Miguel Reale). "Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeioe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram, mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina" (Recurso Especial n. 162.998-PR, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diário do Judiciário da União, 01.06.1998). APELAÇÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.08.082305-6/002 - COMARCA DE UBÁ - APELANTE(S): JORGE MOREIRA E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): LUIZ FERNANDO SANTIAGO E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. ROGÉRIO MEDEIROS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador VALDEZ LEITE MACHADO , incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2010.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SESSÃO REALIZADA EM 14/01/2010:

Produziu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Rodrigo Antônio Ribeiro.

O SR. DES. ROGÉRIO MEDEIROS:

Peço vista.

SESSÃO REALIZADA EM 25/02/2010:

Assistiu ao julgamento, pelos apelantes, o Dr. Rodrigo Antônio Ribeiro.

O SR. DES. PRESIDENTE DA SESSÃO:

Este julgamento foi adiado na sessão de 14 de janeiro de 2010, quando o Des. Relator, Rogério Medeiros, pediu vista dos autos, após ouvir a sustentação oral.

O SR. DES. ROGÉRIO MEDEIROS:

VOTO

Versam os autos recurso de apelação interposto por JORGE MOREIRA E OUTRO, qualificados nos autos, contra sentença proferida em ação de reintegração de posse contra eles movida por LUIZ FERNANDO SANTIAGO E OUTRO.

Relatam os autores na inicial, em síntese, que cederam mediante comodato verbal, por tempo indeterminado, uma casa de morada construída em parte de seu terreno, enquanto perdurasse as relações de parceria a meações nos plantios em glebas escolhidas consensualmente.

Afirmam que os réus vêm se utilizando de áreas além das que lhes foram cedidas em comodato, derrubando cercas e fazendo construções em áreas não autorizadas, além de impedir a utilização plena da propriedade.

Formularam os seguintes pedidos: antecipação de tutela para restituição da área dada em comodato; imediata retirada da cerca da estrada até a casa para passagem livre do seu gado; refazimento da cerca original ao lado da casa, anteriormente desmanchada sem ordem do proprietário; desfazimento da ponte que atravessa irregularmente o córrego; replantio das árvores nativas da área desmatada; retirada imediata do gado dos requeridos; restituição definitiva da casa dada em comodato, bem como das demais áreas esbulhadas e, por fim, a assistência judiciária.

Assistência judiciária deferida às fls. 70.

Antecipação de tutela recebida como liminar, tendo sido deferida às fls. 77/78.

Desta decisão fora interposto agravo de instrumento, sendo que este relator atribuiu o efeito suspensivo ao recurso.

Requisitadas informações, foram prestadas pelo MM.Juiz "a quo" às fls. 165.

Citados, os réus apresentaram contestação (fls. 188/201), refutando os pedidos iniciais.

Impugnação à contestação às fls. 340/345.

Em 19.06.2008 foi dado provimento ao agravo de instrumento interposto e revogada definitivamente a decisão agravada, indeferindo a reintegração liminar da posse e determinando a manutenção dos requeridos na posse da área litigiosa até a solução final do conflito.

Despacho para especificação de provas às fls. 346/351, tendo os autores protestado pela produção de prova testemunhal (fls. 354) e os réus pela inspeção judicial, prova testemunhal, depoimento pessoal e prova documental (fls. 355).

Embargos de declaração às fls. 370/373 para manifestação acerca do pedido de

inspeção judicial e produção de prova documental.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 04/02/2009, tendo sido deferida a produção de prova documental e indeferida, por ora, a inspeção judicial, tendo sido colhido o depoimento pessoal do autor e realizada a oitiva de seis testemunhas.

Alegações finais apresentadas pelas partes às fls. 398/404 e 405/413.

Sobreveio a sentença de fls. 405/419, que julgou parcialmente procedente o pedido e reintegrou os autores na posse da área litigiosa. Condenou, ainda, os réus a retirarem a cerca, a ponte e o gado que se encontram na mencionada área, devendo ainda refazer a cerca original. Determinou também que a apuração das benfeitorias ocorresse em fase de liquidação de sentença.

Foram opostos embargos de declaração pelos réus, os quais foram acolhidos para indeferir o pedido de convocação das fazendas públicas e confrontantes no presente feito.

Irresignados, os réus apelaram (fls. 430/443), alegando, preliminarmente, ofensa ao princípio da ampla defesa, pois por mais de uma vez protestaram pela realização de inspeção judicial, já que existem fatos que somente poderão ser esclarecidos com a visita do juiz no local do litígio, tais como se na entrada da área há cerca e árvores que impedem a visão, alegação de que a área não é produtiva, alegação de desmate, alegação de construção de pontes e outras mais.

Aduziram também, em preliminar, ofensa ao princípio do devido processo legal pelo indeferimento do chamamento ao processo das fazendas públicas e dos confrontantes da área, em razão da alegação de usucapião como matéria de defesa.

No mérito, os apelantes sustentaram que pelo próprio depoimento pessoal prestado e de acordo com oitiva das testemunhas restou comprovada a aquisição da área rural por usucapião, tendo sido confirmado que a área jamais foi cedida pelos recorridos e que a relação jurídica não nasceu de um contrato comodato verbal.

Dizem que quem lhes doou a casa foi o genitor do autor varão e que não há como ter comodato vinculado a parceria rural se o requerido trabalhava para Neca Fiorentino e não para o pai do depoente.

Informam que, na verdade, o pai do autor varão cedeu moradia e pedaço de terras a várias famílias sertanejas, sendo que com o passar dos anos a cessão se desvinculou da parceria e as famílias passaram a ter as terras como suas, praticando atos de domínio, construindo inclusive casas para os filhos e transformando-se o pequeno

pedaço de chão em uma vila rural.

Asseveram que hoje não há qualquer vinculação das terras e moradias com o contrato de parceria e que está reconhecido pelo autor varão que a presente ação é simples retaliação, já que não permitiram a passagem de gado no local.

Arrematam alegando que o animus domini está totalmente comprovado, inclusive pela peça de ingresso, que demonstram que os recorrentes promoviam mudanças na paisagem, construíam benfeitorias sem depender da anuência dos autores, sendo que em nenhum momento houve contestação dos atos possessórios praticados.

Pedem, na eventualidade de manutenção da sentença, que a liquidação se processe pela modalidade de arbitramento, já que a mera liquidação por cálculos permite o enriquecimento ilícito dos autores e informam que não construíram pontes na área litigiosa e, por isso, não podem retirar algo que não existe.

Pugnam, ao final, pela reforma da sentença com reconhecimento da usucapião especial rural, com transcrição no Cartório de Registro de Imóveis e subsidiariamente que se reconheça o direito de retenção dos recorrentes pelos valores das benfeitorias a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, retirando-se ainda a condenação para retirada da cerca, ponte e gado e refazimento da cerca.

Os autores apresentaram contrarrazões (fls. 445/451), pugnando pela manutenção da decisão monocrática.

O apelante litiga sob o pálio da justiça gratuita, o que justifica a ausência do preparo recursal.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Na sessão de julgamento de 14 de janeiro de 2010, após a sustentação oral proferida pelo procurador dos apelantes, este relator pediu vista dos autos.

Passo ao JULGAMENTO do recurso.

- Preliminar: violação ao princípio da ampla defesa

Os apelantes alegam ofensa ao princípio da ampla defesa, por terem protestado por mais de uma vez pela realização de inspeção judicial, que esclareceria os fatos narrados na inicial.

Inicialmente, no que se refere ao pedido de inspeção judicial, cabe esclarecer que a prova é o instrumento basilar de formação do convencimento do magistrado e que, a partir dela, avaliará qual das versões trazida aos autos pelas partes melhor se coaduna à realidade, proclamando, então, sua decisão acerca da lide, devendo-se assegurar, da

maneira mais completa e isonômica possível, a participação dos litigantes na formação do conjunto probatório dos autos.

Conquanto tenha o legislador constitucional assegurado aos litigantes, em processo judicial e administrativo, a ampla defesa e o devido processo legal, nos termos do art. 5º, inciso LV da Carta Magna, não se pode olvidar que compete ao Juiz, na posição processual de destinatário da prova, valorar as que se mostrem necessárias ao seu convencimento.

Nesse sentido, tem-se que a fase instrutória, segundo a sistemática processual moderna, encontra-se condicionada não só à possibilidade jurídica da prova, mas ao interesse e relevância de sua produção, cumprindo ao julgador indeferir as que se demonstrem inúteis à espécie, visto que a lei adjetiva outorga-lhe competência discricionária para selecionar as que foram requeridas pelas partes, com indeferimento das que se apresentem desnecessárias ou meramente protelatórias, a teor do que dispõe o artigo 130 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, o entendimento da jurisprudência, verbis:

"Sendo o Juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização" (DJU, 15.05.89, p. 7.935).

Outrossim compete à parte a indicação da utilidade prática da prova para o julgamento, preceito que se assenta no fato de a dilação probatória estar condicionada à possibilidade jurídica da prova e ao interesse e relevância de sua produção para elucidar a lide, não constituindo, destarte, infringência ao princípio processual da ampla defesa, o indeferimento daquela que se revele inútil ou desnecessária.

In casu, tenho que restou demonstrada a desnecessidade da inspeção judicial, sendo suficientes as provas que já instruem o processo, notadamente a prova testemunhal, pois a realização da aludida prova em nada contribuiria para o deslinde da questão, já que a questão principal dos autos é a comprovação da existência ou não de comodato verbal, sendo que se este for comprovado, afasta-se a alegação de usucapião e conseqüentemente necessidade de inspeção judicial.

A respeito, THEOTONIO NEGRÃO (in "CPC", Saraiva, 40ª ed., 2008, nº1, art. 440, p. 536) indica a jurisprudência predominante:

"Fica à inteira discricção do juiz proceder ou não à inspeção pessoal (RT 629/206), não constituindo seu indeferimento cerceamento de defesa (RT 633/134)".

Logo, rejeito a preliminar.

- Preliminar: violação ao princípio do devido processo legal

Os apelantes alegam também ofensa ao princípio do devido processo legal pelo indeferimento do chamamento ao processo das fazendas públicas e dos confrontantes da área, em razão da alegação de usucapião como matéria de defesa.

Também sem razão os apelantes.

É que a ação em comento é de reintegração de posse e não de usucapião, em que pese este poder ser alegado como matéria de defesa, nos termos da Súmula 237 do STF.

O procedimento a ser adotado é aquele previsto nos artigos 920 e seguintes do CPC e não o dos artigos 941 e seguintes do mesmo diploma.

Logo, rejeito também esta preliminar.

- Mérito

Em ação de reintegração de posse debate-se exclusivamente a titularidade da posse. É imprescindível, portanto, a comprovação, pelo autor da qualidade de possuidor do bem, objeto da demanda, quando do esbulho e da data de sua efetivação, e da perda da posse, sob pena do indeferimento da pretensão reintegratória, conforme inteligência do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Nesse ponto, deve ser salientado o conteúdo contundente da sustentação oral proferida com clareza e combatividade pelo talentoso procurador dos apelantes. De seu arrazoado infere-se haver, na verdade, um pequeno vilarejo nos limites da propriedade dos apelados. Nesse local, residem famílias de agricultores já em sua terceira geração. A partilha sucessória da área operou-se há longo tempo e os apelados esperaram seu decurso para ajuizar a ação reintegratória da posse. O intuito do apelado Luiz Fernando Santiago é passar com o gado pela área onde reside e labora a família dos apelantes. Aos olhos da comunidade, enfim, os apelantes são reputados legítimos proprietários da área litigiosa.

Analisemos, pois, a prova testemunhal:

"(...) que sempre viu os requeridos tirarem seu sustento da área em que ocupavam; que não havia grande produção, mas viu várias vezes a requerida Alaíde levar legumes ao mercado da cidade (...) que o filhos dos requeridos fez uma casa e mora há uns 10m da casa dos requeridos; que cada família reforma a sua casa" (Fábio de Paiva Gardoni, fls. 394);

"(...) que aos olhos da comunidade são os requeridos os donos da casa, pois eles

zela por ela, fazem benfeitorias, plantam e colhem bananas, frutas em geral, e têm uma vaca e um cavalinho (...)" (José Lucarelli, fls. 396);

"(...) que deve ter cerca de 10 anos que os requeridos pararam de plantar; que os requeridos não saíram do local pois se consideram donos, sendo que também toda a comunidade os consideram donos; que tem diversas famílias em situação como a dos requeridos, tendo caso inclusive, de ex trabalhadores que viveram no local até morrer; (...)" (Manoel de Paula Neto, fls. 397).

Não há dúvida quanto a serem os autores legítimos proprietários da área litigiosa. Contudo, estamos em juízo possessório e aqui cabe analisar se há esbulho caracterizador de posse injusta dos réus.

Trechos da prova oral colhida, acima transcritos, estão a indicar posse longa, contínua, mansa e pacífica dos apelantes, que remonta a seus ancestrais. Ali residem com suas famílias e laboram, como pequenos agricultores, em prol do sustento de todos. Não há falar-se, de sorte, em posse injusta.

Deveras, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 consagra a garantia ao direito de propriedade, mas ressalva a sua destinação social:

"(...) XXII - é garantido o direito de propriedade;

"XXIII - a propriedade atenderá à sua função social; (...)"

Celso Ribeiro Bastos anota, em escólio ao preceito mor (in Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 16ª ed., 1995, p.193):

"O primeiro ponto a notar é que o texto acaba por repetir de vez alguns autores afoitos que quiseram ver o nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função. Em vez de um direito do particular, ela seria um ônus, impondo-lhe quase o que seria um autêntico dever. De qualquer sorte o que estava presente nesta corrente era o desconsiderar a propriedade como bastante por si mesma, tornando-a uma mera decorrência de uma função cumprida pelo proprietário.

"O Texto Constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, deixa claro que a propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais do Texto Constitucional, que assim repele modalidades outras de resolução da questão dominial como, por exemplo, a ojetivização estatal.

"Como direito fundamental ela não poderia deixar de compatibilizar-se com a sua destinação social. Aliás, tem sido uma constante nestes nossos comentários a

evidenciação de como mesmo os mais absolutos direitos, tais como formulados no Texto, acabam por submeter-se à necessidade de harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade".

Igualmente, historiava Orlando Gomes (in *Direitos Reais*, Forense, 18ª ed., 2001, pp. 108/109):

"Pela influência que a sua obra do começo do século exerceu nos autores latinos, Leon Duguit pode ser considerado o pai da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário se deve comportar e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. Tornou-se clássico o seu texto explicativo da função social da propriedade. Vale a pena transcrevê-lo:

'A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder'. (...)

"A margem da consolidação da idéia nesses regimes políticos, teve o respaldo da doutrina da Igreja no pensamento de Jacques Maritain, na doutrina personalista de Emmanuel Mounier e em encíclicas que precederam à 'Mater et Magistra'".

Fala-se hodiernamente na constitucionalização do direito infraconstitucional. Iniciada na Alemanha e Itália, a teoria irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 240, abril-junho de 2005, p. 21). O jurista italiano Pietro Perlingieri discorre (in *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, trad. Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., 2002.2002:6):

"O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica

absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

"A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas".

Entre nós, assinala Luís Roberto Barroso (art. cit., pp. 21/22):

"Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e o discurso operadores jurídicos.

"Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil - como alhures - o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já tinha perdendo influência no âmbito próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas

foram editadas, passando a formar microsistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a a descodificação do direito civil fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.

"Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

"À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

"a) DIRETAMENTE, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

"b) INDIRETAMENTE, quando uma pretensão se fundar em norma infraconstitucional, por duas razões:

"(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ela explicitada;

"(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

"Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema".

Dessarte, o direito de propriedade, em cada caso concreto, deve ser analisado à luz do princípio constitucional da sua função social. Lapidares, nesse sentido, decisões

coligidas sobre o tema passagem forçada, aplicáveis ao presente caso por analogia: "CIVIL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. PASSAGEM FORÇADA (CC, ART. 559). IMÓVEL ENCRAVADO. Numa era em que a técnica da engenharia dominou a natureza, a noção de imóvel encravado já não existe em termos absolutos e deve ser inspirada pela motivação do instituto da passagem forçada, que deita raízes na supremacia do interesse público; juridicamente, encravado é o imóvel cujo acesso por meios terrestres exige do respectivo proprietário despesas excessivas para que cumpra a função social sem inutilizar o terreno do vizinho, que em qualquer caso será indenizado pela só limitação do domínio. Recurso especial conhecido e provido em parte" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 316.336-MS, min. Ari Pargendler, DJU 19.09.2005).

"APELAÇÃO CÍVEL. IMÓVEL ENCRAVADO. PASSAGEM FORÇADA. A passagem forçada constitui-se em um direito que se atribui ao titular do prédio vizinho como forma de garantir o direito de ir e vir do prédio encravado, independentemente do consenso. Tem seu fundamento na necessidade e na indispensabilidade, em razão do encravamento do prédio. O contexto probatório demonstrou que o imóvel do autor é encravado e que este se utiliza de passagem localizada na propriedade dos réus para chegar à estrada principal. E, como não se trata de uso eventual do acesso, mas passagem contínua, permanente, que se prolonga há vários anos, merece a proteção judicial. Apelo improvido" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70019859719, des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, julg. 13.09.2007).

De mais a mais, Miguel Reale discorria sobre a equidade (in Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 1980, pp. 123 e 125):

"A primeira grande mente que dedicou a devida atenção a esse problema foi Aristóteles. Já encontramos considerações imperfeitas nas obras dos pensadores pré-aristotélicos, mas é indiscutivelmente com Aristóteles que o problema adquire expressão precisa, que se tornou clássica.

"Para o autor da 'Ética a Nicômaco', a equidade é uma forma de justiça, ou melhor, é a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação ao caso concreto. A equidade para Aristóteles é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, 'ajustada' à particularidade de cada fato ocorrente. Enquanto a justiça em si é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere, a equidade já é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso.

"Foi por esse motivo que Aristóteles a comprava à 'régua de Lesbos'. Esta expressão é de grande precisão. A régua de Lesbos era a régua especial de que se serviam os operários para medir certos blocos de granito, por ser feita de metal flexível que lhe permitia ajustar-se às irregularidades do objeto. A justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a equidade é específica e concreta, como a 'régua de Lesbos' flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana (...).

"Há certos casos em que a aplicação rigorosa do Direito redundaria em ato profundamente injusto. 'Summum jus, summa injuria'. Esta afirmação, para nós, é uma das mais belas e profundas da Jurisprudência romana, porque ela nos põe em evidência a noção fundamental de que o Direito não é apenas sistema lógico-formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta.

"Diante de certos casos, mister é que a justiça se ajuste à vida. Este ajustar-se à vida, como momento do dinamismo da justiça, é que se chama equidade, cujo conceito os romanos inseriram na noção de Direito, dizendo: 'jus est arsaequi et boni'. É o princípio da igualdade ajustada à especificidade do caso que legitima as normas de equidade.

"Na sua essência, a equidade é a justiça bem aplicada, ou seja, prudentemente aplicada ao caso. A equidade, no fundo, é, repetimos, o momento dinâmico da concreção da justiça em suas múltiplas formas.

O Superior Tribunal de Justiça assumiu posição vanguardeira, ao decidir:

"A norma de sobre-direito magistralmente recomenda ao Juiz, na linha da lógica razoável, que, 'na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'. Em outras palavras, é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade" (Recurso Especial n. 64.124-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça-MG, Diário do Judiciário-MG, 16.05.1997).

"Urge preocupar-se com o Direito Justo. A justiça social não pode ser postergada. Toda lei tem a ampará-la uma norma, um princípio. A lei é mero compromisso histórico com o Direito. Se ele não realiza a justiça, deve ser corrigido. Palavras de RADBRUCH: 'não se pode definir o Direito, inclusive o Direito positivo, senão dizendo que é uma ordem estabelecida com o sentido de servir à Justiça" (Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 75.864-SC, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, idem, Diário do Judiciário-MG,

23.05.1997).

"Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina" (Recurso Especial n. 162.998-PR, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diário do Judiciário da União, 01.06.1998).

"Se a interpretação por critérios tradicionais conduzir à injustiça, incoerências ou contradições, recomenda-se buscar o sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentimento geral" (Recurso Especial nº 122.499-SP, Min. Milton Luiz Pereira, Diário do Judiciário da União, 15.05.2000).

Ante o exposto, descaracterizada a presença dos requisitos que autorizam a reintegração da posse, REJEITO AS PRELIMINARES e DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reformar a r. sentença e julgar improcedente os pedidos. Sem embargo do brilhantismo com que atua o ilustre Julgador "a quo", uma vez que a conclusão deste Relator é de índole meramente interpretativa.

Custas recursais pelos apelados, ficando suspensa a exigibilidade nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50 (fls. 70).

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): VALDEZ LEITE MACHADO e ANTÔNIO DE PÁDUA.

SÚMULA: REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.