

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A AMPLIAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE EM TORNO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Riva Sobrado de Freitas*

Mixilini Chemin Pires**

RESUMO

Desde a Revolução Francesa até os dias hodiernos, o direito de propriedade tem sido um dos motivos pelo qual a sociedade se esfacela em grandes mazelas sociais. Sufraga interesses coletivos na concretude de interesses privados. A lei caminha nas nuances de uma categoria mais privilegiada da sociedade. Assim era o modelo de propriedade trazido pela normativa de 1916, hoje adequado aos ditames constitucionais de nossa época. Paradigmas contrários permearam em torno do direito de propriedade: o desejo do particular e o desejo social. A propriedade absoluta para a propriedade com função social estabeleceu o eixo pelo qual gravita o direito de propriedade e readequou o entendimento da ótica privada patrimonialista. É sob este enredo, que o presente artigo pretende abordar a influência do Direito Constitucional sobre o Direito Civil, essencialmente ao que se refere às modificações do direito de propriedade, em um processo de transição democrática do Estado e legislação privada pertinente. Destarte, estabelece como problemática “a Constitucionalização do Direito

* Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982); Mestrado (1996) e Doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra – Portugal (2007); Professora Assistente Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1988-2012); Professora e pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; tem experiência na Área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, garantias fundamentais, direito do Estado e direito processual civil; rivafreit@ig.com.br

** Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2004); especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2007); Advogada e Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus de São Miguel do Oeste, SC e Campi Aproximados de Maravilha e Pinhalzinho; mixilini@hotmail.com

Civil como instrumento para a ampliação de direitos subjetivos fundamentais". Utiliza, como metodologia, o estudo bibliográfico e a análise jurisprudencial. E, a partir dessa conjuntura, objetiva delinear a função atualizadora e constitucional dos Tribunais brasileiros na ótica dos direitos fundamentais à norma privada vigente. Destaca nas jurisprudências colhidas, o direito de propriedade e o princípio da função social – desenhando a transição da propriedade absoluta à propriedade com função social, além de afirmar a conversão jurídica contemporânea de um direito subjetivo absoluto a um direito subjetivo fundamental de todos em uma hermenêutica constitucional determinante.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito Civil. Direito de propriedade. Direitos subjetivos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Estabelece o Código Civil que proprietário é aquele que tem o direito de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. Nesta senda, estabelece referida lei que a propriedade tem que dar possibilidade de uso ao seu proprietário e que assim sendo, deve ele usá-la. Isto porque, embora ordinariamente a disposição “flerte” com o proprietário, como se atuasse em meio a faculdades, constitucionalmente não é esta a ideia de proprietário. Melhor dizendo, constitucionalmente, proprietário é aquele que vislumbra no uso uma função social, não como limitação ao direito de propriedade como alguns abordam, mas como conteúdo desta.

Em outros termos, a propriedade não pode ser de modo algum um direito privado no interesse próprio, mas um direito privado com eficácia social – é como se se pudesse conceber que “a propriedade não é do proprietário, a propriedade é da coletividade”, e, para ela retorna quando não satisfeitas às exigências mínimas. É isto que se espera do proprietário – é isto que “desenha” a propriedade constitucional.

Assim, almeja referido artigo abordar o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil como instrumento de ampliação de

direitos subjetivos fundamentais. Para tanto, utilizou-se como metodologia, o estudo bibliográfico seguido de análise jurisprudencial. Destacou-se nas jurisprudências colhidas, o direito de propriedade e o princípio da função social – desenhando a transição da propriedade absoluta a propriedade com função social.

Tal tema justifica-se pela formação de valores constitucionalmente protegidos, mas eficazmente esquecidos no campo das relações privadas. A autonomia que impera as relações de direito privado e o interesse social que organiza o direito público há muito têm sido tratados como opostos, e há pouco têm sido entendidos como complementares na satisfação do bem comum.

É sob este enfoque que se pretende no trabalho a seguir, descrever a ótica constitucional nas relações privadas. O abandono de uma interpretação legalista do ordenamento jurídico, para uma hermenêutica mais constitucional. A possibilidade que nossos Tribunais têm de fazer do direito uma melhor justiça!

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UMA NOVA ORDEM JURÍDICA PRIVADA

A Constituição Federal de 1988 carrega consigo a característica de ter simbolizado a travessia democrática brasileira, assim como a virtude de ter contribuído para a sedimentação do mais longo período de estabilidade política da história do país. É de se enaltecer que todos os ramos do direito infraconstitucional tiveram seus aspectos, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. É importante, também, salientar que a constitucionalização não se confunde com a presença de normas de direito infraconstitucional no bojo da *Lex Fundamentalis*, representando, no entanto, o caráter subordinante que os preceitos inseridos em seu texto adquirem (BARROSO, 2010).

Materialmente, o que se busca com a denominada “constitucionalização do Direito Civil” é uma reconstrução do Direito Privado,

de acordo com valores constitucionais, - visando a satisfação dos direitos fundamentais - além da concretização de um Estado social e democrático de Direito. Nas palavras de Freitas; Clemente (2010, p. 69), “a constitucionalização do direito, em outros termos, seria a irradiação das normas e dos valores constitucionais a todos os tecidos do Direito”.

Para Tepedino (2001, p. 21-22):

[...] Trata-se, em uma palavra, 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 de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Contudo, como bem destaca Giorgianni (apud TORRES, 2010) a resistência dos civilistas às “intromissões” do direito público não foi tão simples assim, e as reações poderiam ser representadas “(...) como as de quem, retornando de uma longa ausência, encontrasse a sua casa invadida por gente estranha que derrubara muros e portas, modificara tapeçaria e móveis”.

De outro norte, para Torres (2010, p. 187) a doutrina teria papel unificador e, de certa forma, apaziguador para esta transição:

É essa influência da doutrina que constantemente tenho referido como fio condutor da concretude dos princípios e das regras jurídicas, e isto resta evidente no confronto entre aqueles que insistem numa interpretação minúscula, tímida, arcaica, do direito privado e os outros que procedem a uma releitura adaptativa e proveitosa, considerando o direito como ciência da vida e que deve servir ao homem, como pessoa, figura-centro do sistema, sem ignorá-lo, dando preferência a outros valores que só existem em razão deste mesmo homem.

Configura-se assim, a inversão referencial a ordem jurídico-privada estabelecida. Da regulamentação privada ditada pelo Código Civil, dividindo a estrutura normativa em dois eixos-unitários, de um lado o privado e do outro público, como se fossem direitos antagônicos, direcionados a uma classe diferente de pessoas, parte-se para uma análise das relações privadas com primazia constitucional. Melhor dizendo, permite-se ao direito

público e ao direito privado, uma reunificação em prol do mesmo ser humano inserido em diferentes tipos de sociedades.

Em assim sendo, o Código Civil certamente perdeu sua centralidade eis que o papel unificador do sistema, em qualquer aspecto que possa se apresentar é desempenhado incisivamente pela Constituição Federal de 1988 (PERLINGIERI, 1997 apud TORRES, 2010, p. 188). Qualquer análise contrária que se faça, lança a ideia de ajustes, de adequação.

Este é o foco da constitucionalização, submeter o direito positivo aos fundamentos constitucionais vigentes, melhor dizendo, é este processo a implementação da velha falácia contemporânea, "interpretar o Direito Civil com "olhos" voltados a Constituição Federal."

Desta forma, quando a legislação civil for claramente conflitante com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior a ela. Porém, quando seu aproveitamento for possível, deve-se interpretá-la conforme a Constituição.

"E nem é preciso dizer que as normas infraconstitucionais posteriores à Constituição de 1988, em vez de relidas, devem ser – antes – editadas em conformidade com o texto constitucional." (MATTOS, 2006, p. 16).

Não se trata de adjetivar o Código Civil, contudo, "trata-se de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar" os valores "não patrimoniais da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica e as situações jurídicas patrimoniais." (TEPEDINO apud TORRES, 2010, p. 191).

Ainda, poder-se-ia dizer, que os valores preconizados pela Constituição Federal de 1988 "passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais." (FREITAS; CLEMENTE apud BAEZ; LEAL; MEZZARROBA, 2012, p. 71).

Ao fim, poder-se-ia perguntar: "Mas qual é a relevância deste processo no direito de propriedade"? "O que muda no comportamento do

proprietário?” “Qual é a importância que este processo auferir na ampliação de direitos subjetivos fundamentais?”.

Pois bem, a ideia de ser humano ultrapassa as fronteiras de uma ordem jurídica estabelecida, é anterior a ela, e desta forma, qualquer norma legal instituída deve se adequar aos valores humanos e sociais de sua época. Ignorar o ser humano enquanto pessoa detentora de direitos em uma nova ordem constitucional personalista/humanista é colocá-lo na posição de “coisa”. E ao que pese, em diversos momentos, agir o homem em relação a si mesmo deste modo, a ordem legal, não pode ter o mesmo comportamento. Constitucionalizar por consequência passa a ser um processo de uniformização de valores inerentes ao ser humano, em qualquer tecido jurídico, passa a ser mecanismo de busca da dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil.

É sob este viés que se pretende no tópico seguinte, delinear, pela análise jurisprudencial, o papel fundamental que a constitucionalização do direito civil tem desempenhado na concretude de valores humanistas e socializantes. A possibilidade que se tem dado ao direito civil de adequar a ordem privada, sem afastar sua autonomia, no que o direito tem de melhor: a organização social e a garantia de direitos subjetivos fundamentais até então um tanto quanto esquecidos na sua real essência, tal como o direito de propriedade, no modelo constitucional estabelecido.

3 A AMPLIAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS: A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DA PROPRIEDADE ABSOLUTA A FUNÇÃO SOCIAL

Os Tribunais Brasileiros têm assumido a função de atualizadores das normas legais previamente instituídas e não adequadas ao seu tempo vigente. Aí está a grande valia da jurisprudência. E nestes termos, tem sido a jurisprudência uma coadjuvante do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, quando enaltece princípios constitucionais e direitos subjetivos

fundamentais em suas decisões em detrimento da ordem jurídica específica, naquele tempo, desarticulada.

Neste ápice, têm sido estas decisões, por vezes, inéditas, quando se trata da ideia de que ao direito privado deve-se estender uma interpretação necessariamente constitucional – a lembrança de que hierarquia, mesmo sendo de normas – deve ser respeitada – para tudo há um propósito e, juridicamente, socialmente, o propósito maior do ordenamento jurídico brasileiro é a promoção da qualidade de vida humana – da dignidade da pessoa humana.

Contudo, conforme bem destaca Mattos (2006, p. 16) estabelecer regras de hermenêutica constitucional sobre as demais normas do ordenamento não é tarefa fácil:

[...] os impactos da nova ordem constitucional sobre as normas recepcionadas por ela traduzem-se, sobretudo, na necessidade de se impor uma releitura dessas mesmas normas, de modo a aplicá-las de conformidade com aqueles primados acolhidos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, parece possível afirmar que todos os ramos do direito foram afetados por esse imperativo de ordem hermenêutica, o que certamente provocou – e ainda hoje vem provocando – dissensos de toda sorte na interpretação de tais normas, seja na seara da gestão administrativa, seja na esfera das decisões judiciais.

Para Alexy (apud MATTOS, 2006, p. 31) “o julgador deve buscar, por meio da interpretação, a “melhor” decisão para o caso concreto, o que pressupõe gradações entre os valores envolvidos no conflito.”

Este pensamento não é diferente do preconizado por Sarlet (2001, p. 335):

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

Em outras palavras devem os Tribunais e juízes por meio de suas decisões darem a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais, mesmo que para isso, tenham que dar interpretação não literal ao texto normativo.

Cabe aos “Tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a jurisdição cível.” (CANOTILHO apud SARLET, 2001, p. 335).

Neste contexto, analisa-se a seguir, o tratamento dado pelos Tribunais brasileiros à questão da vinculação do princípio da função social ao direito de propriedade, constitucionalmente protegidos – a inserção da hermenêutica constitucional nas relações de direito privado.

Para iniciar, colaciona-se ementa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da Comarca de Tubarão, na Apelação Cível n. 2011.018116-0, de relatoria da Desembargadora Denise Volpato, julgada em 04/11/2011:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE TERRENO URBANO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO RETIDO CUJA MATÉRIA SE CONFUNDE COM A DA APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DE TER O IMÓVEL, METRAGEM INFERIOR À EXIGIDA PELO PLANO DIRETOR MUNICIPAL. INSUBSISTÊNCIA. APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. MITIGAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO LITERAL DA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. ESCOPO DAS NORMAS URBANÍSTICAS ALCANÇADO COM O USO HABITUAL DO BEM PELOS REQUERENTES. CONFERÊNCIA PELOS POSSUIDORES DE FUNÇÃO SOCIAL DIGNA AO BEM. OBICE A UTILIZAÇÃO FUNCIONAL DA ÁREA USUCAPIENDA QUE SOBRELEVA A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INEXISTÊNCIA. ADEMAIS, DE OPOSIÇÃO A OCUPAÇÃO POR QUALQUER ÓRGÃO PÚBLICO. REQUISITOS DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA SATISFEITOS. OCUPAÇÃO E EXPLORAÇÃO MANSA E PACÍFICA DO TERRENO POR MAIS DE 30 ANOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 550 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SENTENÇA MANTIDA, PORÉM ALTERADO SEU FUNDAMENTO LEGAL. RECURSOS DESPROVIDOS. (grifo nosso).

O caso alhures versava sobre pedido de declaração de Usucapião Especial Urbana sobre imóvel de 98,18 m² (noventa e oito vírgula dezoito metros quadrados), somados aos demais requisitos exigidos por lei.

O Ministério Público manifestou-se pela extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido - haja vista a incompatibilidade da metragem do terreno com os requisitos do plano diretor municipal para a área em comento, qual seja, 250 m². Levando em consideração que a função social da propriedade urbana fica adstrita ao cumprimento das exigências dispostas no plano diretor municipal.

Sobreveio sentença que declarou o domínio, interpondo o Ministério Público do Estado de Santa Catarina Recurso de Apelação.

Contudo, para o Tribunal de Justiça, nas palavras da Relatora, a propriedade privada é protegida pela Constituição da República, e também deve ser abordada sob o prisma da função social. Sendo a usucapião, uma das formas de intervenção na propriedade no interesse da coletividade quando deste comportamento emana o privilégio da função social.

Ademais, a legislação constitucional e infraconstitucional reconhece a propriedade como bem a se tutelar, não desmerecendo a sua função social. Assim, a Intervenção Estatal na propriedade assume papel de relevo. A propriedade emerge como correlata a uma finalidade, não mais se justificando por si somente.

Ainda, embora o caso destaque, de antemão a impossibilidade jurídica de declaração de usucapião de área inferior aos limites estabelecidos pelo plano diretor do município, o Tribunal de Justiça entendeu e destacou a primazia da função social da propriedade decorrente de uma hermenêutica constitucional e não literal do texto ordinário. Preferiu-se a manutenção dos usucapientes e declaração da propriedade pelo cumprimento de função social ante a desocupação ou possível ocupação irregular sem qualquer função social.

Neste sentido, permite-se transcrever trecho do voto dado pela Desembargadora Denise Volpato em que reconhece na função social da propriedade, exigência constitucional, um mecanismo de proteção a propriedade privada, e porque não dizer, de ampliação de direitos subjetivos fundamentais. Veja-se:

[...] É certo que nosso sistema jurídico, a partir da edição de leis definidoras da função social da propriedade – como o Estatuto da Cidade, envolvendo de um lado o Direito Público e do outro o Direito Privado, passou-se a privilegiar o primeiro, mas sem, contudo, desmerecer e se atentar em estabelecer uma relação harmônica entre estes interesses. [...] Portanto, o direito individual do proprietário não pode ser considerado abolido de seu fim social, considerando que tem de atender a uma finalidade imposta em lei, até porque a propriedade é dinâmica. [...] Concluindo, *a função social tem igualmente como objetivo a proteção da propriedade privada*, de forma a torná-la mais construtiva, a fim de que possa realmente exercer a função social [...] *E estas ponderações são necessárias, na medida em que negado o pedido, com base num mero formalismo, rigoroso e excessivo ao meu ver, o imóvel em si, não terá qualquer outro destino, que não o abandono.* (grifo nosso).

Observa-se assim, a real aplicação do princípio da função social, não como limitação a ser constitucionalmente imposta, mas como conteúdo de um direito que deve estar voltado a uma eficácia social, e não a um privilégio particular.

A propriedade pode se apresentar como um direito privado, contudo, sua função vai muito além disso. A propriedade há muito deixou de ser um direito absoluto do proprietário para ser um direito de extrema relevância e importância social.

Em outros termos, a função social exige que o proprietário utilize a coisa da forma mais social possível, harmonizando interesses individuais com valores sociais constitucionalmente protegidos.

Outra decisão que bem destaca a importância e a relevância da Constitucionalização do Direito Civil na ampliação de direitos subjetivos fundamentais pode ser traduzida pela Apelação Cível n. 70031324817, Décima Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de relatoria da Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich, julgada em 03/12/2009, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO CÍVEL. POSSE (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM PÚBLICO. ESBULHO NÃO COMPROVADO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NÃO ATENDIDO PELO ENTE PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Não se ignorando o domínio jurídico exercido pelo ente público sobre o terreno descrito na petição inicial, bem como o fato de que os bens públicos são insuscetíveis à aquisição do domínio pela posse, a ação de

reintegração do caso concreto denota peculiaridade e merece julgamento de improcedência, ante a não verificação de esbulho por parte dos réus e comprovação do não atendimento, pelo Estado autor, à função social da propriedade. Imóvel abandonado desde o ano de 1965. Reintegração de posse que exigiria a demolição das residências há anos construídas. Prevalência do direito social à moradia e do princípio da dignidade humana sobre o direito absoluto de propriedade. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos. RECURSO DESPROVIDO POR MAIORIA.

Ressalta-se que no caso acima, as Desembargadoras integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, votaram por maioria, vencida a Relatora, em desprover o apelo.

O fato relatou pedido de Reintegração de Posse do Estado do Rio Grande do Sul sobre imóvel adquirido há mais de quatro décadas. Em contrapartida, os réus afirmaram exercer posse do imóvel desde 1995, estando o bem em estado de abandono há mais de quatro décadas.

A ação restou julgada improcedente, sob o fundamento de que o apelante não demonstrou a posse anterior a ensejar proteção possessória. O Estado do Rio Grande do Sul apelou e teve respaldo pelo voto da relatora. Contudo, ao que pese os votos da Presidente e da Revisora/Redatora do Recurso, respectivamente, Des. Elaine Harzheim Macedo e Des. Liége Puricelli Pires, o recurso foi desprovido, mantendo-se a família em imóvel pertencente ao poder público.

Ao julgar relevante a aplicação do princípio da função social da propriedade decorrente da constitucionalização do Direito Civil e dos fins sociais a que a norma se destina, traz-se a baila trechos do voto de desacordo, manifestado pela Desembargadora Liége Puricelli Pires:

Em atenção à garantia fundamental da celeridade jurisdicional, estabelecida no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, peço vênias à Dra. Daniela Conceição Zorzi, Juíza de Direito Substituta da Comarca de Sobradinho, para adotar seus fundamentos sentenciários como razões de decidir do presente voto. In verbis:

Ora, se por certo que o direito à propriedade é garantido constitucionalmente (art. 5º, inc. XII, CF/88), está também previsto na Carta da República que a propriedade atenderá o seu fim social (art. 5º, inc. XXIII) e que é direito social a moradia digna (art. 6º, caput). *Superada, portanto, a ideia de propriedade absoluta, que se rende ao ideário da função social que deverá atender. [...] Com efeito, o objeto da jurisdição, na moderna concepção de Direito,*

basicamente voltada ao pensamento constitucionalizado, deixa de ser a lei enquanto legalismo puro) e se volta ao Direito como um todo (assim entendido como norma de conteúdo valorativo). [...] O caso conflituoso posto aos olhos do juiz, que deixa de ser unicamente um solucionador de problemas que busca o texto da lei infraconstitucional como solução, mas um legitimador de princípios basilares formadores do Direito e refletidos nas Constituições passa a ter a solução compatível a partir de uma decisão judicial abalizada pelos princípios dos Direitos inseridos na Constituição. Os princípios de Direito é que darão a solução justa ao problema fático. [...] O Direito é mais do que a aplicação de uma norma estanque, é o mundo real. E nada mais adaptado ao mundo real do que os princípios retirados do próprio núcleo da sociedade. Nada mais afinado a esses princípios do que as Constituições. Por isso, o objeto da jurisdição passa a ser, também, a Constituição, suas garantias e os direitos humanos fundamentais, com carga imensurável de valor. [...] Praticar o Direito é proteger os direitos (loc. Cit.). E a melhor proteção está naquilo que exprime a própria razão de ser da sociedade e o vértice do Direito há muito tempo, desde que superada a visão de liberdade plena, do afastamento quase que total do Estado do meio dos particulares (falo da justiça). [...] Jurisdicionar não é simplesmente observar e aplicar a lei nua, desprovida de um conteúdo maior. Até porque ela não soluciona todas as questões. Jurisdicionar, antes de qualquer coisa, é estar atento ao DIREITO. E este, não é construído exclusivamente pela lei, mas, em sua essência, norteado pelos princípios e valores que revelam a evolução histórica da sociedade e, modo conseqüente, dos seus interesses, sociedade esta que justifica o próprio Direito. [...] Certo que o juiz, ao decidir o caso concreto, está exercendo uma função de poder: o de jurisdição. Portanto, deve ele estar compromissado com o Direito e, assim, também com a justiça, para que ele mesmo não se transforme em poder abusivo, não se revele arbitrário e não julgue de forma a convalidar interesses obscurecidos pela injustiça, pelo sacrifício humano (principalmente da dignidade humana). Também, deve estar ele atento às deficiências da lei e aos conflitos de regras (ou mesmo de valores implícitos dentro da própria Constituição), assim como ciente de que a Constituição sempre dá garantias verdadeiras e efetivas ao cidadão para se defender dos equívocos da lei, basta saber interpretá-la, aplicá-la e solver esses conflitos. [...] Constitucionalizar o direito civil e também o exercício da jurisdição, portanto, é a linha de pensamento (e de decidir) que adoto. Porque a Constituição deve se impor a tudo (inclusive regras jurídicas) que nem sempre realizam os direitos e garantias fundamentais espalhados pelo seu texto, ou observam os princípios representativos dos anseios populares. Assim, como magistrada no exercício da função estatal de jurisdicionar, devo confrontar com a Constituição e com os valores que nela se inserem os preceitos normativos incidentes no caso concreto, assim como destacar mesmo dentro dela própria, o valor que prepondera no caso a ser julgado. [...] a nenhuma decisão judicial é dado alinhar-se com a injustiça, e cabe ao julgador não fazê-lo, buscando a exata medida de harmonia, de equilíbrio entre os valores fundamentais em conflito no caso levado ao seu conhecimento, fazendo uso da razoabilidade e ponderação para encontrar a solução justa e dar à parte litigante o seu direito de forma efetiva. [...] Nos autos não ignoro o domínio jurídico exercido pelo Estado do Rio Grande do Sul, ora autor, sobre o terreno descrito na petição inicial (fl. 12). Não estou indiferente também ao fato de

*que os bens públicos não são suscetíveis à aquisição do domínio pela posse. Mas o caso em análise exige mais do que essa pura visão legalista. A questão deve ser avaliada essencialmente em consonância da função social da propriedade que já citei previsão constitucional do art. 5º da carta política. Também, de que a dignidade da pessoa humana, valor que constitui o alicerce da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III), é alcançada também quando a moradia é garantida. [...] Então, se o imóvel sobre o qual o ERGS busca a proteção possessória foi ocupado pelos réus, que lá fixaram suas moradias no ano de 1996, somente no ano de 2001 moveu a presente ação, e que aqueles assim agiram em razão de a prometida construção de uma casa prisional regional não ter, desde o ano de 1965, sido levada a efeito, estando aquele imóvel desde então abandonado (tanto que foi escolhido outro local para a construção do estabelecimento), não me atrevo a afirmar que a propriedade estivesse cumprindo sua função social, como agora, com a ocupação convalidada por cerca de 7 (sete anos), passou a fazer. Não pode ser admitido que o Estado do Rio Grande do Sul seja complacente com a ocupação há tanto tempo (desde 1996) e só depois, no ano de 2001, venha sustentar a prática de esbulho possessório pelos réus. [...] Fácil seria, reconhecendo-se o direito absoluto de propriedade do autor sobre o imóvel em questão, determinar a reintegração de posse e, com ela, a demolição das residências há anos construídas. Mas trata-se de providência extrema e avessa ao propósito constitucional que não ousa aplicar, agredindo o ser humano na sua dignidade. [...] O Poder Público, que tem o dever de defender o bem estar dos cidadãos, em termos estritamente legalistas concernentes à propriedade pretende desalojar pessoas de necessidades (que, ao que consta, não têm para onde ir), ameaçando causar problema social relevante. E tudo baseado em um duvidoso exercício efetivo dos direitos decorrentes do domínio (já que desde 1965 o imóvel em questão não teve a destinação prometida quando de sua aquisição pelo ERGS). [...] Bom. Mas se para alguns não bastarem esses argumentos de ordem constitucional e valorativa, vamos à análise dos requisitos legais para a reintegração de posse, numa visão, então, marcadamente legalista. [...] O autor deve demonstrar o exercício anterior da posse sobre o bem, o que no caso dos autos o ERGS não faz. O imóvel, ao que se depreende dos autos, estava abandonado desde 1965 pelo Poder Público, e assim permaneceu por cerca de sete anos, mesmo após a ocupação pelos réus e suas famílias. [...] De propósito, além de não comprovar a sua posse anterior em relação ao imóvel, na medida em que os réus foram instalando-se nele com suas casas e famílias, não há prova de resistência do autor proprietário. Desse modo, não verifico onde está o esbulho possessório alegadamente praticado. [...] Concluo, portanto, que sob o ponto de vista legalista não estão presentes os requisitos do art. 927, do CPC, e que, sob o viés constitucional, a reintegração de posse pleiteada pelo réu, além de afrontar o direito social à moradia e a dignidade dos ocupantes, ora réus, também está fadado a deflagrar problema social de grande extensão, já que o autor sequer menciona para onde irão todas as famílias, se desalojadas. Inviável a procedência da possessória, assim.
[...] (grifo nosso).*

Inserir-se também na problemática estabelecida, o Recurso Especial n. 1.158.679 – MG (2009/0193060-5) do Superior Tribunal de Justiça de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07/04/2011, no qual a referência à ampliação de direitos subjetivos fundamentais é "incrivelmente" privilegiada, quando da valoração da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. A flexibilização da literalidade da lei, em prol de valores constitucionalmente superiores, é o destaque da decisão cuja ementa segue:

DIREITO DAS SUCESSÕES. REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE IMPOSTAS POR TESTAMENTO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE NECESSIDADE FINANCEIRA. FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.676 DO CC/16. POSSIBILIDADE.

1. Se a alienação do imóvel gravado permite uma *melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.*

2. A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (grifo nosso).

No caso em comento, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, negaram, por unanimidade, provimento ao recurso especial, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Referida unanimidade fundamentou-se na consagração de valores constitucionalmente protegidos, como a função social e a dignidade da pessoa humana em detrimento da restrita interpretação do texto civil vigente à época dos fatos. No caso, a recorrida pretendia ter afastadas as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade impostas sobre imóvel deixado em testamento pela sua avó.

Justificou seu pedido no fato de estar desempregada e doente, sem qualquer fonte de rendimentos. Apontou a supressão de referidas cláusulas como possibilidade de venda de parte do imóvel e obtenção de financiamento bancários para a lavoura e maquinários.

A complementar a premente necessidade de garantia do bem-estar do indivíduo antes da literalidade do texto de lei, registra-se trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi:

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

E para encerrar, inclui-se nesta análise, decisão da Décima Sétima Câmara Cível Décima - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível n. 70045698818, Comarca de Capão da Canoa, de relatoria da Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich, julgada em 22 de março de 2012.

RECURSO DE APELAÇÃO. POSSE. BENS IMÓVEIS. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. PRETENSÃO DE RETOMADA DE IMÓVEIS INVADIDOS E/OU OCUPADOS COM BASE EM COMPRA E VENDA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS. ÁREA PERTENCENTE AO MUNICÍPIO, MAS CUJA RETOMADA, NO CASO CONCRETO, EVIDENCIA-SE INVIÁVEL, OBSERVADA A DESÍDIA DO PROPRIETÁRIO NO DECURSO DO TEMPO. SUPRESSÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE, A ORIENTAR A MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA, MESMO EM SE TRATANDO DE BEM PÚBLICO, DE REGRA NÃO NEGOCIÁVEL. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PERDA DOS BENS PÚBLICOS PELO TITULAR DO SEU DOMÍNIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. APELO NÃO PROVIDO. UNÂNIME. (grifo nosso).

Tal decisão sobrepõe de forma veemente e atual, o comprometimento do Estado na sua prestação jurisdicional com os princípios constitucionais que devem reger e orientar as diretrizes de direito privado. A completa fuga da interpretação autêntica da lei, para uma interpretação mais sociológica e adequada as ditames estabelecidos pela sociedade contemporânea.

O que resta demonstrado é a proteção inevitável àquele que deu destinação social à posse, utilizando o imóvel como moradia, em detrimento daquele que, inicialmente detentor do direito à posse, não o exerce ao longo do tempo, desviando da função social reclamada pelo direito contemporâneo.

Resulta ser o direito subjetivo de propriedade o mais amplo de todos os direitos subjetivos patrimoniais. É direito fundamental disposto constitucionalmente ao lado de outros, como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança. Para Farias; Rosenvald (2011, p. 211) “a propriedade é um direito subjetivo no qual o titular exercita poder de dominação sobre um objeto, sendo que a satisfação de seu interesse particular demanda um comportamento colaboracionista da coletividade”.

Todo direito subjetivo deve ser funcionalizado ao ponto de atender aos anseios também da vida em sociedade, isto porque, se a propriedade for interpretada em uma estrutura absolutista poderá o proprietário deixar de usá-la, de gozá-la, de fruí-la, levando-a a sua inutilidade.

Assim, com base nas análises jurisprudenciais trazidas a lume, e como bem destaca Pilati (2011, p. 114), “depois de 1988, com a constitucionalização do Direito Civil, a doutrina passa a influenciar a jurisprudência [...] mas ainda não é clara a separação entre o público-estatal e a função social, como universos distintos e complementares”.

Por derradeiro, é hora de trabalhar a função social constitucionalmente estabelecida como conteúdo e não como limitação da propriedade. De estabelecer o direito de propriedade com finalidade social. De trabalhar o direito privado na implementação de valores constitucionalmente garantidos, mas ordinariamente, desprotegidos. De

buscar na ordem privada a garantia eficaz de direitos humanos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A motivação para a realização deste trabalho trouxe à tona a constitucionalização do Direito Civil como instrumento de ampliação de direitos subjetivos fundamentais. Muitos poderiam perguntar: “De novo este tema?” e poucos, com sabedoria, responderiam: “Até que todos compreendam exatamente o real propósito de seus termos!”.

E é, em resposta a este questionamento e ao problema traçado, que se tomou para análise deste tema o direito de propriedade estabelecido pela ordem privada e a relevância da função social na garantia deste direito, essencialmente, pela ótica constitucional vigente.

Buscou-se na análise jurisprudencial verificar os parâmetros que nossos Tribunais têm utilizado em suas decisões e qual a valoração que se tem dado a ideia de atualização das normas privadas pela constitucionalização civil estabelecida no objetivo de formação de uma nova ordem jurídica privada.

Assim, enquanto o Código Civil de 1916 priorizava as situações patrimoniais permitindo o acúmulo de riquezas, conservando a tranquila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos no contexto de uma família, também patrimonializada, o Código Civil de 2002 tem sobre si, a necessidade de vinculação a um direito de propriedade mais humanista e solidário – muito mais função social, totalmente constitucionalizado.

Contudo, mesmo numa análise privada do direito de propriedade, sem qualquer viés constitucional, não resta dúvida de que a propriedade é indispensável para que alcancemos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados no art. 3 da Constituição Federal, a saber: “[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação.”

Pode-se afirmar, sem qualquer pretensão de esgotar o tema aqui lançado, mas com o objetivo de que justamente, novos estudos sejam feitos, que com o direcionamento que a jurisprudência tem tomado, somado aos diversos estudos de um direito mais constitucional e de tal sorte, mais contemporâneo a sua época, logo, logo, estaremos diante de um direito “aos olhos do povo” mais justo, - “para o povo”.

Porquanto, a ampliação de direitos subjetivos fundamentais na órbita das relações privadas é algo que deve ser inerente à atividade jurisdicional, como tem sido na “visão de muitos julgadores”. Isto não significa “parcialidade”, “subjetividade”, mas função social da norma, concretização de um Estado Democrático de Direito. A lei, e as decisões que nela se baseiam num processo de subsunção, devem promover antes de tudo a organização social da vida privada e a efetivação de direitos fundamentais no melhor interesse do ser humano; resgatar direitos fundamentais, sufragados “no plano abstrato de sua efetividade”, desde 1988.

*THE CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW AND THE EXPANSION OF
SUBJECTIVE RIGHTS: AN ANALYSIS AROUND THE PROPERTY RIGHT*

ABSTRACT

Since the French Revolution until the present time, property rights has been one of the reasons why society is in large crumbles social ills. Elects collective interests in the concreteness of private interests. The law goes on the nuances of one more privileged class of society. This way was the model of property brought by legislation in 1916, now appropriate to constitutional dictates of our time. Opposite paradigms permeated around the property right: the private and social desire. The absolute ownership to the property with social functions established the axis by which gravitates property rights; adequate the understanding by the private optics patrimonial. It is under this scenario that this article aims to deal with the influence of the Constitutional Law on the Civil Law, primarily respect to the changes of property rights, in a process

of democratic transition of the State and relevant private legislation. Therefore, establishes as problematic "Constitutionalization of the Civil Law as an instrument for the expansion of subjective fundamental rights." Uses as methodology, bibliographic researches and the jurisprudential analyses. And, from this situation objectively delineate the update function and constitutional of the Brazilians courts from the optic of fundamental rights to the present private law. It is highlighted in jurisprudence, the right to property and the principle of the social function – drawing the transition absolute of ownership with social function, and affirm the contemporary legal conversion of a subjective right to an absolute subjective fundamental right of all in determining constitutional hermeneutics.

Keywords: Constitutionalization of the Civil Law. Property Law. Subjective fundamental rights.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Código Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28funcao+social+da+propriedade%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 23 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impessao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 23 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impessao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 23 jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta. MEZZAROBBA, Orides (Coord.). **Dimensões eficaciais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova ordem jurídico-urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.