

UNOESC - UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mixilini Chemin Pires

A JUDICIALIZAÇÃO DA POSSE COMO MECANISMO DE AMPLIAÇÃO E
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS

Chapecó
2015

MIXILINI CHEMIN PIRES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POSSE COMO MECANISMO DE AMPLIAÇÃO E
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais Cíveis, sob a orientação da Professora Pós-Doutora Riva Sobrado de Freitas.

Chapecó

2015

C517j Pires, Mixilini Chemin
A judicialização da posse como mecanismo de ampliação e
efetivação de direitos subjetivos fundamentais. /
Mixilini Chemin Pires. UNOESC, 2015.
137 f.

Orientadora: Riva Sobrado de Freitas.
Dissertação (Mestrado) – Universidade do Oeste de
Santa Catarina. Programa de Mestrado em Direito, Chapecó, SC, 2015.

Bibliografia: f. 132 – 138.

1. Propriedade. 2. Posse. 3. Função social. 4. Judicialização. 5.
Direitos fundamentais. I. Sobrado de Freitas, Riva, orient. II.
Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados
fornecidos pelo(a) autor(a).

MIXILINI CHEMIN PIRES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POSSE COMO MECANISMO DE AMPLIAÇÃO E
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais Cíveis, sob a orientação da Professora Pós-Doutora Riva Sobrado de Freitas.

Banca examinadora:

Profª Pós-Doutora Riva Sobrado de Freitas – Orientadora
UNOESC

Profª Doutora Maria Cristina Cereser Pezzella - UNOESC

Prof. Pós-Doutor José Querino Tavares Neto - UFGO

Aprovada em: ___/___/___

Aos meus amores, Roberto e Luiza, companheiros para a vida eterna, que me permitem sonhar e fazer; que representam tudo do pouco que sou.

AGRADECIMENTOS

Agradecimento é o mínimo que se espera daquele que foi servido de algum modo por alguém. E como é fácil identificar nesse momento, as pessoas que permitiram que esta parte do trabalho pudesse ser escrita, com tamanha facilidade e verdade.

Devo então, primeiro agradecer a Deus, pela vida que me concedeu e que ainda preserva, pela forma tranquila e serena com que conduziu minha mente e meus passos.

Ao meu amor e companheiro para a vida toda, Roberto. Nas nossas semelhanças nos encontramos como seres humanos e descobrimos o amor, e nas nossas divergências, nos fizemos fortes. A solidez com que construímos nossa relação de respeito e lealdade nos permitiu ousar e trilhar caminhos separados hoje, em virtude de nossas profissões, fisicamente pelas estradas, cidades e estados, mas não nos afastou do nosso objetivo comum, sermos felizes. A distância física é apenas um detalhe, a essência de tudo, está nos bons sentimentos que tecemos e nutrimos um pelo outro.

À minha pequena Luiza, a forma mais singela de amar, que mesmo enquanto nascituro, se comportou como um “anjo”. Permitiu-me uma gestação tranquila, para que pudesse seguir com o mestrado nos mesmos termos iniciados: com comprometimento e dedicação. E, que hoje, com quatro meses, é amável e doce, mesmo sentindo que não pude por muitos momentos “conversar com a barriga”, “organizar o enxoval”, “escolher o nome”, com toda a calma e dedicação que o momento exige e merece. Descobri em você a melhor e mais fácil forma de amar. Amo-te incondicionalmente.

Aos meus pais e irmãos, cujos olhos e orações estão voltados para mim o tempo todo, mesmo quando a geografia teima em afastar fisicamente o que não pode se separar e cujo amor me dá a força necessária para seguir adiante e tentar a cada dia ser um ser humano melhor. Peço desculpas pela ausência, pelas poucas visitas e o agradecimento pela presença amorosa. As dificuldades apenas os tornaram mais fortes.

À professora e orientadora Riva, que mesmo não coadunando com todos os argumentos esposados neste trabalho, por trilhar interpretações distintas, sem medo permitiu-me “voar” nos ideais que acredito e na visão que traço para a interpretação do direito. Sem

freios ou medidas, permitiu-me transcorrer e pensar livremente. Acredito que possam existir melhores autores, um ótimo referencial teórico, mas acredito também que a verdade por eles trazidas precisa ser compreendida por quem as aplica e esta aplicação para que alcance seus propósitos não pode ser tida como uma verdade absoluta, mas uma verdade a ser trabalhada na “mente” de cada um de nós. Obrigada professora pelos impulsos, pelos convites, por me fazer sentir medo de estar ou não no caminho certo, por nossos artigos, mas em especial de promover a coragem para acreditar em mim.

À professora Maria Cristina que com toda a bagagem teórica e cultural que possui promoveu em mim, em nosso primeiro encontro (de apresentação), ainda quando não aluna do mestrado, a possibilidade e capacidade de ir adiante. Seus incentivos, seus elogios e críticas foram fundamentais para que academicamente me tornasse uma profissional melhor, sem medo do novo ou de ousar. A velha falácia de que somente os outros podem fugiu naquele momento.

Aos coordenadores do Curso de Direito da Unoesc, Professores Nédio e Peterson pela compreensão e auxílio na organização dos horários de aula a cada semestre, permitindo que o mestrado fosse apenas mais uma etapa da vida acadêmica e não uma anulação em relação ao que mais amo fazer – estar em sala de aula. O incentivo jamais será esquecido.

À UNOESC em parceria com o SINPROESTE, pela concessão de bolsa parcial para adimplemento das mensalidades do mestrado como incentivo a qualificação docente e profissional. Acreditar nos seus profissionais é a marca de quem prima pela qualidade.

Ao Programa de Bolsa FUMDES, uma descoberta para uma gaúcha em relação ao incentivo dado pelo governo do estado de Santa Catarina à pesquisa e pós-graduação. Investir na educação e em seu aprimoramento é a certeza de que os melhores resultados serão produzidos aqui, neste “pedaço de chão”.

Aos meus queridos e fiéis alunos, que me ensinam muito mais do que aprendem e me permitem continuar acreditando que o direito é muito mais do que uma compilação de leis ou de regras, mas que o direito tem em si uma função social em prol do ser humano e que esta tarefa precisa ser repensada e relida nas salas de aula.

Aos meus queridos colegas de mestrado das linhas de pesquisa sociais e civis pelos momentos partilhados e crescimento dividido, em especial, a Izabel, Daniela, Rafaella, Arno, Jorge, Silvano, Roni e Júlia, que me permitiram descobrir que mesmo “depois de velhos”, a amizade pode ser construída e mantida, como aquelas velhas conquistadas nos balanços da infância, nas classes escolares e na vizinhança, mas que os objetivos de vida afastaram e das quais sentimos saudades.

Aos meus amigos, Alex e Vanessa, por terem durante todo o período do mestrado, inclusive de construção deste trabalho, ficado de vigília, quando o Roberto estava longe e principalmente por entenderem e não permitirem que a ausência durante este período não prejudicasse nossa amizade.

Aos professores, Matheus Felipe de Castro e Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro, durante a defesa do projeto de dissertação, e Cristhian Magnus de Marco e Janaína Reckziegel, durante a qualificação da dissertação, pelas sugestões e críticas, que foram fundamentais para o amadurecimento e alinhamento deste trabalho.

A todos que de maneira direta ou indireta contribuíram para a realização de mais esta etapa e que não foram aqui nominados, meu fraterno agradecimento.

“As leis nunca disseram que os pobres têm que ter mocambo para viver, só diz que a terra tem proprietário e que ninguém pode tomar de ninguém... E eu sem ter onde morar”. “É errado ter terra aí aos montes e nós sem casa”.

“Pelo uma parte não sou contra os donos da imobiliária. Ninguém quer ter o seu para ser invadido assim. Nem sou contra as pessoas que tiveram a necessidade de fazer isso: ninguém tendo do que viver ia se apossar de uma coisa impossível”.

“Não vou dizer que ta certo invadir, mas a terra tava deserta... Se essa é uma necessidade de quem não tem casa própria acho que a gente fez um direito”.

“Não sei nada de leis. Sei do povo que não tem casa”.

“Suponho que o juiz esteja juridicamente certo, não entendo de lei, mas socialmente está errado”.

(Entrevista feita por Joaquim A. Falcão a ocupantes de terras alheias, 1984).

“Nenhum conhecimento nos ajudará se perdermos a capacidade de nos comover com a desgraça de outro ser humano, com o olhar amável de outro ser humano, com o canto de um pássaro, com o verde de um jardim. Se o homem se faz indiferente à vida, não há nenhuma esperança de que possa fazer o bem”.

(Erich Fromm, 1992)

RESUMO

A judicialização da posse como mecanismo de ampliação e efetivação de direitos fundamentais fundamenta-se na valorização da posse com função social em detrimento de uma propriedade que abandonou o conteúdo constitucional para qual se lhe atribui proteção – a funcionalidade em prol dos deveres de solidariedade, a propriedade privada em prol do bem comum. Este trabalho foi desenvolvido a partir do projeto de pesquisa a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais Civis, vinculado à linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis, do Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNOESC. Trata-se de Dissertação realizada com apoio do método dedutivo e metodologia exploratória, e que pretende responder e discutir a seguinte questão: “Pode o juiz, ao reconhecer a propriedade imobiliária, judicializar a posse em prol de uma adequação constitucional, qual seja, a de que a propriedade deverá cumprir sua função social em prol da ampliação e efetivação de direitos subjetivos fundamentais?” A complementar, objetiva verificar a possibilidade da judicialização da posse como mecanismo de ampliação e efetivação de direitos subjetivos fundamentais. Quanto aos procedimentos empregados, o estudo se apoiou em levantamento e análise de doutrina, em especial, aos conceitos introduzidos por Ronald Dworkin e jurisprudência dos Tribunais Superiores e de Justiça Brasileiros. Os principais resultados verificados indicam que as regras devem encontrar sua fundamentação nos princípios e a partir desta conjuntura, que a efetivação e ampliação de direitos fundamentais civis deve ser inerente à atividade jurisdicional, em um autêntico processo de judicialização, sem que isto represente discricionariedade ou parcialidade por parte do julgador, mas a efetiva preocupação com a função social do direito e com o verdadeiro Estado Democrático de Direito. As jurisprudências colacionadas neste trabalho representam significativamente a preocupação que as decisões judiciais têm arbitrado em prol dos direitos fundamentais consagradores da dignidade da pessoa humana. Por derradeiro, as principais conclusões desta dissertação são que a judicialização da posse se reveste da mais autêntica legitimidade e possibilidade de se construir um direito possível e que se quer, promovendo no campo do direito material e privado, solução constitucionalmente adequada ao caso, com respeito aos direitos e garantias fundamentais, que no caso em tela reveste a posse de função social mesmo que em detrimento do direito de propriedade, pois função social é conteúdo, e quando este a propriedade faltar, deslegitimado estará seu titular de opor direitos contra aquele que mesmo, sem título, garantiu

que esta função fosse cumprida, mesmo que no exercício apenas da posse. Ou seja, o papel do juiz está em adequar sua decisão ao texto constitucional, apresentando uma resposta correta ao conflito posto à sua disposição, fugindo do procedimentalismo que muitas vezes engessa o sistema e sufraga os ideais de dignidade pelo que deve e caminha o Estado-juiz.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos Cíveis. Judicialização da posse. Constitucionalização dos direitos fundamentais cíveis. Direito de propriedade. Decisão judicial.

ABSTRACT

The judicialization of possession as expansion mechanism and realization of fundamental rights is based on the valuation of possession with social function instead of a property which abandoned the constitutional content which gives you protection - the functionality in favor of solidarity obligations, the private property in favor of the common good. This work has been developed from the research project named the Constitutionalisation of Civil Fundamental Rights, linked to the line of research Civil Fundamental Rights, from Master Degree in Fundamental Rights from UNOESC. This Dissertation is performed with support of the deductive method and exploratory methodology, and intends to answer and discuss the question: "Can the judge, recognizing the real property, judicialize the possession in favor of a constitutional adequacy, which is, that the property must fulfill its social function in favor of the expansion and realization of fundamental legal rights? " In order to complement, there is an objective to verify the possibility of judicialization of possession as expansion mechanism and realization of fundamental legal rights. About the procedures used, the study relied on collection and teaching analysis, specially, the concepts introduced by Ronald Dworkin and jurisprudence of the Superior Courts and the Brazilian Courts. The main results indicate that the rules must find its foundation in the principles and from this juncture, that the realization and expansion of civil fundamental rights must be inherent in the judicial activity in an authentic process of legalization, without representing discretion or partiality by the judge, but the real concern with the social function of the right and the true Democratic State of Law. The jurisprudence collated in this work significantly represent the concern that judicial decisions have arbitrated in favor of fundamental rights of human dignity. By last, the main conclusions of this work are that the judicialization of possession remains of the most authentic legitimacy and possibility of building a possible law and whether, promoting in the field of materials and private law constitutionally appropriate solution to the case, with respect to rights and fundamental guarantees, which in the case in question covers the possession of social function even at the expense of property rights, because social function is content, and when the property is missing, delegitimized will be the holder of opposing rights against the one that even without the title, has ensured that this function would be fulfilled, even in the exercise only of possession. In other words, the judge's role is to adapt his decision to the constitutional text, with a correct answer to the conflict placed at his disposal, escaping the proceduralism that often paralyzes the system and suffrages the ideals of dignity for what must the Judge-State walks through.

Keywords: Fundamental rights. Civil rights. Legalization of ownership. Constitutionalisation of fundamental civil rights. Property right. Judicial decision.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e da Universidade do Oeste de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO COM BASE EM UM IDEAL DE JUSTIÇA: O PERMEAR DOS PRINCÍPIOS	21
1.1 DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS: OS CONTRIBUTOS E AS CRÍTICAS DE DWORKIN – UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO	21
1.2 A BASE TEÓRICA E FILOSÓFICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA DISCUSSÃO COM BASE EM DWORKIN	26
1.3 TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: AS RESPOSTAS CORRETAS EM DIREITO.....	31
1.3.1 A valoração dos princípios e as decisões judiciais: um contributo a efetivação de direitos fundamentais em um estado democrático de direito	39
1.4 A RE (CONSTRUÇÃO) DO DIREITO FORMULADA COM BASE EM UM IDEAL DE JUSTIÇA	46
2 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A POSSE NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	55
2.1 A POSSE E A FUNÇÃO SOCIAL: PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS – A PREVALÊNCIA DA POSSE FUNCIONALIZADA EM DETRIMENTO DA PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA	55
2.2 DA PROPRIEDADE A FUNÇÃO SOCIAL: A RECONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO COM BASE NA REFORMULAÇÃO DE SEU CONTEÚDO – PROPRIEDADE-FUNÇÃO E PROPRIEDADE DIREITO SUBJETIVO	59
2.2.1 Estado do bem-estar social: do código civil à constituição federal de 1988 – o direito fundamental à propriedade - uma mudança de eixo	64
2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O SURGIMENTO DE UMA NOVA ORDEM JURÍDICA PRIVADA	73
2.3.1 A constitucionalização do direito civil e a ampliação de direitos subjetivos fundamentais: uma análise em torno do direito de propriedade e da função social	79
3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POSSE – AS RESPOSTAS CORRETAS EM DIREITO: A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL NA REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	

.....	91
3.1 A PROPRIEDADE COMO GARANTIA DE LIBERDADE E OS DEVERES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL: A REALIZAÇÃO DE UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM BASE NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	92
3.2 O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL: A AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O IDEAL DE SOLIDARIEDADE	93
3.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL: A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA EM PROL DOS DEVERES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL	98
3.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POSSE: CAMINHO INTERPOSTO PARA A REALIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	108
3.4.1 O direito social à moradia	113
3.4.2 O direito à dignidade - a implementação de condições dignas de vida: uma questão de poder “viver”	118
3.4.3 A judicialização da posse: a posse funcionalizada como exceção ao direito material na concretude de direitos fundamentais	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

“Devemos nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido”.

(Ronald Dworkin, 2014).

O tema desta dissertação é “a judicialização¹ da posse como mecanismo de ampliação e efetivação de direitos subjetivos fundamentais”, calcado na valorização da posse com função social em detrimento de uma propriedade que abandonou o conteúdo constitucional para qual se lhe atribui proteção – a funcionalidade em prol dos deveres de solidariedade. A propriedade privada em prol do bem comum.

O trabalho encontra-se estruturado em três capítulos. No primeiro, abordar-se-á a reconstrução do direito com base em um ideal de justiça, tendo por escorço a teoria das respostas corretas de Dworkin e a valoração dos princípios. Assim sendo, procura-se lançar, com base nas respostas corretas de Dworkin, ratificadas por demais autores e filósofos, a ideia de que a teoria da decisão judicial comporta uma análise por meio dos princípios constitucionalmente lançados em busca de um ideal de justiça que de modo algum descaracterize a imparcialidade do julgador, ou dê a ele o poder de discricionariedade e subjetividade na hora de decidir.

Objetiva tal capítulo investigar em seus aspectos ontológico, dogmático, dialético, social e jurídico a formação do conceito de direito, de justiça, princípios e regras bem como o poder de decisão que envolve a atividade jurisdicional prestada pelos juízes de direito na concretude desses conceitos.

Isso porque, ao falar-se em direitos fundamentais, há que se destacar a sua vinculação ao Poder Judiciário, que deve fiscalizar², quando provocado, os demais poderes quanto à

¹ Entenda-se e utiliza-se, neste trabalho, a expressão judicialização como sendo a possibilidade do julgador, mesmo diante de um título registral de propriedade, decidir em prol da posse com função social, com base no conteúdo constitucional, dado àquela (a propriedade deve atender à função social) em detrimento do proprietário, que mesmo com título, quedou-se em seu cumprimento, em prol da ampliação e efetivação de direitos fundamentais. A complementar tal direcionamento, conforme Luiz (2013), na medida em que o Estado não cumpre os direitos fundamentais que lhe são delegados, a jurisdição aparece como mecanismo possível. E passa a atuar de forma distinta na transição de um Estado Liberal para um Estado Democrático de Direito, eis que no primeiro, o papel da legislação é dominante, enquanto no segundo, a Constituição passa a representar a possibilidade de alteração das injustiças sociais. Por isso o grande destaque à judicialização. A falta de instrumentos de implementação de direitos fundamentais leva a sua concretude, às vias da jurisdição, tornando-se difícil afastar o direito de sua judicialização.

² Entenda-se por fiscalizar a tarefa que o Judiciário tem de, por meio de suas decisões, promover a realização de direitos fundamentais.

aplicação dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo, zelar a fim de que suas decisões tenham conteúdo que respeite esses direitos.

Contudo, a ordem constitucional jurídica vigente não se garante apenas pela harmonia dos poderes, mas justamente pelo contexto controverso que envolve sua interpretação e eficácia. Nessa senda, a própria Constituição determina, não sugere, ao Supremo Tribunal Federal que atue como “guardião dos direitos fundamentais” a função de controle de constitucionalidade, a função de intérprete com efeito vinculativo e a função normativa.

Nesse aparato e com base na necessidade de que as decisões judiciais atuem na concretude e efetivação de direitos fundamentais, o que significa, de forma muito simples, dar, em seus comandos, interpretação adequada à Constituição, é que se optou pelo tema alhures destacado, entendendo-se que há respostas corretas em direito nas decisões judiciais sempre que essas comportarem ou intervirem na efetivação de direitos fundamentais.

Procura o capítulo em tela trazer à tona questões, como a valoração dos princípios nas decisões judiciais para a concretude de direitos fundamentais, abordando-se a teoria em direito de Dworkin, com base nas “respostas corretas” e, por fim, em um segundo momento, mas definidor para o deslinde em questão, a inserção e adequação das respostas corretas em direito de Dworkin na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro e formação das decisões judiciais interferentes ao “bem” ou ao “mal” na efetivação e guarda dos direitos fundamentais.

Nessa toada, ao que refere o enredo teórico, optou-se, diante do objetivo e problema traçados, pela teoria das respostas corretas de Dworkin, no intuito de promover o encontro da atuação dos juízes na promoção de direitos fundamentais, negando-lhes a possibilidade discricionária de decidir. Algo que tanto vigorou e vigora nos modelos jurídicos positivistas, ou seja, a possibilidade quase que incrédula de afastar das decisões judiciais os objetivismos e subjetivismos presentes e atuantes no ato de julgar – a ideia de que a resposta correta é a desejada pela consciência do julgador –, caso não haja fundamentação, a pensada pela lei, por meio de normas ou súmulas, embora outros teóricos que retratem o tema existam e possam contribuir tanto quanto para uma prática hermenêutica mais constitucional e de certo modo, mais justa. Isso porque se pretende, com base na interpretação, encontrar respostas corretas em direito, o que obriga situar-se a obra de Dworkin, essencialmente quanto à viabilidade de seus argumentos num sistema jurídico de *civil law*, pois é com base nos princípios que se pode caminhar em direção a uma resposta correta, nesse caso, adequada, constitucionalmente.

Permitir que regras jurídicas prevaleçam sobre os princípios é desvincular o conceito de justiça à lei e ao direito. É permitir, sem qualquer receio, que os dogmas positivistas sobrevivam como verdades absolutas por toda a história e evolução jurídica, acima e antes de tudo, ignorar ao ser humano as garantias e deveres de um sistema que deve albergar o ideal de justiça em prol dos “seus”.

Para tanto, vislumbra-se analisar também a formação do conceito de direito com base em um ideal de justiça, bem como o poder de decisão que envolve a atividade jurisdicional prestada pelos juízes de direito na concretude e efetivação de direitos fundamentais. Pretende-se ainda a valoração dos princípios como caminho uniformizador de decisões que deve seguir o mesmo prumo, sem, contudo, caracterizar a discricionariedade ou o livre arbítrio por parte dos magistrados, provocando insegurança jurídica na efetivação de direitos fundamentais aos seres humanos.

Já o segundo capítulo objetiva analisar a formação ontológica, dogmática e jurídico-histórica do instituto da propriedade e da posse, bem como a função social da propriedade e da posse na teoria dos direitos fundamentais, adentrando no processo de constitucionalização do Direito Civil, em especial do direito de propriedade, que influi na efetivação de direitos fundamentais. Ampara-se tal fundamentação teórica em ensaios bibliográficos e julgados destacados, com o fito de compreender e responder, com clareza concreta, à problemática que ampara tal objetivo: “até que ponto a constitucionalização do Direito Civil, em especial do instituto jurídico da propriedade, pode interferir na efetivação de direitos fundamentais?”

O referido capítulo, assim, procura reconhecer a importância da constitucionalização do Direito Civil na regulamentação e aplicação das normas constitucionais no que tange à propriedade e sua função social, vista esta última não como um limite constitucional à liberdade do proprietário, mas como conteúdo de uma propriedade relativizada em prol de direitos e deveres de solidariedade social, destacando-se nas jurisprudências colhidas, o direito de propriedade, a posse e o princípio da função social, “desenhando” a transição da propriedade absoluta à propriedade com função social.

E por fim, o terceiro e último capítulo permeia-se pelo objetivo de verificar a possibilidade da judicialização da posse em conflito com o direito de propriedade, com base em uma análise jurisprudencial e principiológica (propriedade com função social) em prol da ampliação e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais.

Utiliza-se como metodologia de pesquisa a exploratória; como método, o dedutivo para a resolução dos objetivos e problema propostos, sem qualquer intenção de esgotar o assunto, mas, sim de promover respostas, mesmo que iniciais, de forma satisfatória à promoção sequencial de novos pensamentos e contextos que procurem dar e promover ao direito sua real função – a promoção da dignidade da pessoa humana.

Dessa feita, o que se procura responder e discutir a partir do exposto, é se “Pode o juiz, ao reconhecer a propriedade imobiliária, judicializar a posse em prol de uma adequação constitucional, qual seja, a de que a propriedade deverá cumprir sua função social em prol da ampliação e efetivação de direitos subjetivos fundamentais?” A complementar, objetiva verificar a possibilidade da judicialização da posse como mecanismo de ampliação e efetivação de direitos subjetivos fundamentais.

1 A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO COM BASE EM UM IDEAL DE JUSTIÇA: O PERMEAR DOS PRINCÍPIOS

Permitir que regras jurídicas prevaleçam sobre os princípios é desvincular o conceito de justiça à lei e ao direito. É permitir, sem qualquer receio, que os dogmas positivistas sobrevivam como verdades absolutas por toda a história e evolução jurídica, e acima e antes de tudo, negando ao ser humano as garantias e deveres de um sistema que deve albergar o ideal de justiça em prol dos “seus”. É nesse sentido e com esse afincamento que se pretende lançar, no presente capítulo, uma discussão em torno de conceitos pontuais como o de regras, princípios e justiça que permeiam as decisões judiciais e contribuem incisivamente no campo da interpretação à efetivação ou não de direitos fundamentais.

Para tanto, o presente capítulo tem por objetivo analisar a formação do conceito de direito com base em um ideal de justiça bem como o poder de decisão que envolve a atividade jurisdicional prestada pelos juízes de direito na concretude e efetivação de direitos fundamentais. Pretende-se ainda a valoração dos princípios como caminho uniformizador de decisões que deve seguir o mesmo prumo, sem, contudo, caracterizar a discricionariedade ou o livre arbítrio por parte dos magistrados, provocando insegurança jurídica na efetivação de direitos fundamentais aos seres humanos.

O marco teórico central, nesta fase, são os conceitos trazidos por Dworkin e as discussões que envolvem suas premissas, embora outros teóricos que retratem o tema existam e possam contribuir tanto quanto para uma prática hermenêutica mais constitucional e de certo modo, mais justa. Isto porque se pretende, com base na interpretação, encontrar respostas corretas em direito, o que obriga a situar a obra de Dworkin, essencialmente, quanto à viabilidade de seus argumentos em um sistema jurídico de *civil law*, pois é com base nos princípios que se pode caminhar em direção a uma resposta correta, neste caso, adequada, constitucionalmente.

1.1. DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS: OS CONTRIBUTOS E AS CRÍTICAS DE DWORKIN – UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO

A teoria do direito de Dworkin sustenta que argumentos jurídicos adequados repousam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade. A essa teoria da argumentação jurídica agrega-se uma teoria da justiça, segundo a qual todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente das suas condições sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de vida, e devem ser

tratados, em todos os aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano, com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2011).

À luz do que dispõe Dworkin, o modelo positivista é um modelo de e para um sistema de regras. Dessa forma, tal *performance* delinearía o conceito de princípios como sendo um conjunto de padrões que não são regras, todavia um padrão que deve ser observado, não pelas modificações desejáveis em âmbito social, político ou econômico que possam causar, mas, acima de tudo, por ser uma exigência de justiça ou equidade (DWORKIN, 2011).

Por tal motivo, as regras podem ser tidas como comandos de “tudo ou nada”, ou seja, ou são válidas, devendo ser aplicadas; ou inválidas, diferenciando-se dos princípios apenas quanto à natureza da orientação que oferecem, visto que tanto regras quanto princípios se aproximam, ao preencherem um conjunto de padrões que levam a uma decisão particular acerca de uma obrigação jurídica resultante de situações específicas (DWORKIN, 2011).

Nessa perspectiva e considerando a discussão que envolve a aplicação de regras espécie de modelo normativo, aplicado dentro do sistema jurídico brasileiro, sob uma ótica ainda positivista, como única forma de oferta de segurança jurídica aos seus destinatários, resultado de uma discreta, mas eterna subsunção, destaca-se a interpretação funcional, cujos princípios, segundo Dworkin (2011, p. 45), são:

Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a (própria) regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio.

Entretanto, há que se destacar que não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança ou não aplicação de uma regra, daí a necessidade de que cada princípio tenha peso e importância distinta, o que não pode, sobremaneira, ficar vinculado às preferências do julgador. Caso contrário, nenhuma regra poderia ser tida como obrigatória, nesse caso, estar-se-ia diante de possíveis julgados considerados, de certo modo, como “reinterpretações radicais” (DWORKIN, 2011).

Nesse norte, denotar ao intérprete a subjetividade de decidir, podendo fazer ele o que quiser, destoa do caráter criativo e construtivo da interpretação, o que, de modo algum, significa imposição de sentido (DWORKIN, 1999). De tal modo que “o sujeito solipsista³, que constrói o mundo subjetivamente pelo pensamento, é incompatível com a tradição e se

³ “O solipsismo ocorre pelo fato de relegar a decisão à consciência ou à convicção pessoal do julgador” (LUIZ, 2013, p. 54).

torna um obstáculo ao repensar da tradição como forma de emancipação” (LUIZ, 2013, p. 119). Isso porque a pré-compreensão não depende da vontade do intérprete, mas da autoridade da tradição, logo, as pré-compreensões do intérprete não estão na sua consciência (DWORKIN, 1999).

“Assim, a compreensão não pode ser pensada como o resultado da ação da subjetividade do homem, mas como um situar dele com uma tradição, na qual passado, presente e futuro estão sempre em processo de fusão” (LUIZ, 2013, p. 121). Qualquer ato contrário feriria o direito democrático conquistado historicamente.

Ao contrário, para Hart⁴ (1994), a maioria das regras é válida, sopesando o fato de que alguma instituição competente as promulgou, ou o poder legislativo, na forma de lei, ou os juízes para decidir casos específicos⁵. Contudo, quando se trata de casos difíceis⁶, nem mesmo Hart consegue fugir de uma teoria de poder discricionário, que nada diz e a lugar nenhum leva, pois a representação do direito como um conjunto de regras não é capaz de construir um “modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas” (DWORKIN, 2011, p. 72).

Por isso, para Dworkin, o direito deixa de ser um conjunto de regras, para ser delineado pela prática social de decisões judiciais mantidas e valoradas pelo ideal de integridade. Em outros termos, o positivismo jurídico tradicional simplifica o direito, considerando-o apenas um conjunto de regras válidas ou inválidas, todavia o direito não pode ser operado apenas dessa forma, pois há situações diferentes das regras, tais como os princípios (SGARBI, 2009).

Isso quer dizer que não é o sujeito em si que formará um princípio, o qual, por sua reiterada aplicação, passará a influir na prática social. Ao contrário, os princípios já estão enraizados na unidade comum, na tradição, o que delineará as práticas do sujeito (LUIZ, 2013). Nessa senda, “se as regras – pela indefinição semântica ou lacunas – davam ao julgador várias opções e interpretação, os princípios, como resgate do mundo prático que

⁴ Hart é um neopositivista para o qual ou as regras se aplicam ao caso ou não se aplicam, uma visão dualista amplamente criticada por Dworkin, principalmente diante dos “*hard cases*” (casos difíceis).

⁵ Sob este aspecto, discorda Dworkin, pois a origem dos princípios não se encontra nas decisões particulares de um poder legislativo ou tribunal, todavia na avaliação e compreensão do que é apropriado. Desta forma, a distinção entre aceitação e validade trazida por Hart não se sustenta, porque tal distinção traz a ideia de tudo ou nada (pertinente as regras) o que não é considerado compatível quando o tema for princípio, em resposta a dimensão de peso que possui, pois, para Dworkin, Hart ignora a importância dos princípios como fontes do direito (DWORKIN, 2011).

⁶ Casos em que os parâmetros normativos vigentes (Constituição, lei, precedentes) não apresentariam, de forma inequívoca, a resposta a ser dada pelo Direito.

aponta em que direção seguir conforme as práticas sociais, “fechará esta possibilidade”” (LUIZ, 2013, p. 168).

Gadamer (2008) bem expressa essa ideia ao delinear que a interpretação do texto legal não pode ocorrer no vácuo e que a tradição, já como erigido por Dworkin, é condição necessária do processo interpretativo, em outras palavras, a faticidade é o local da interpretação.

Nesse enredo, a faticidade da existência ocorre em meio à tradição, e a resposta jurídica sempre dependerá do caso concreto que a exija, até porque as respostas não podem se adiantar as perguntas, afirmando-se, então, que a interpretação sempre ocorrerá diante de uma situação concreta (LUIZ, 2013). Estando equivocada a assertiva de que o juiz primeiro decide e depois busca fundamentos para o seu decidir, pois ele somente decide, nas palavras de Lênio Streck, porque já encontrou o fundamento (LUIZ, 2013).

Diante disso, não há como afastar a ideia de ser o direito composto por um conjunto de regras jurídicas e de princípios morais, que expressam sentimentos e considerações de justiça e equidade, ou seja, pelos princípios, não há como se estabelecer uma solução única aos conflitos a que se aplicam, eis que não possuem a mesma operacionalidade lógica das regras (SGARBI, 2009).

De mais a mais, retrata Sgarbi (2009, p. 152) que:

[...] os princípios se caracterizam pela “dimensão de peso” ou de “importância”, não determinando um resultado em específico, pois eles são “razões” que “guiam” e devem se considerados quando as decisões jurídicas são tomadas, mesmo que, para tanto, devam ser submetidos a um “balanceamento” frente a outros princípios que concorrem como razões textuais para o caso.

Por isso, Dworkin discorda, criticando o modelo de regras adotado pelo positivismo, já que, na sua acepção, possibilita aos juízes, diante da ausência de regra aos fatos, empreenderem decisões que instituem direitos, como se fossem legisladores. Ao contrário do modelo de regras e de princípios, que permitiria ao julgador encontrar saídas jurídicas para casos insolúveis pelas regras, como justificar, em certos momentos, a relativização das regras, quando a exigência de um princípio se fizer necessária. E tudo isso somente se torna possível para a teoria dworkiana por não considerar o direito apenas como um conjunto de regras, mas um conjunto formado por dois tipos de normas, quais sejam, as regras e os princípios.

O direito, para Dworkin é uma “prática social”⁷ de característica argumentativa, eis que considerar o direito como resultado apenas de uma atividade legislativa é manter uma visão incompleta de seu real e necessário conceito.

E, a partir da importância dada aos princípios nas decisões judiciais, Dworkin destaca a situação dos “casos difíceis”, os quais ele descreve como aqueles que não podem ser resultado de uma simples subsunção à regra ou de sua disponibilidade, dadas as peculiaridades que envolvem o fato.

Isso porque, quando duas regras conflitam, uma delas será considerada inválida, e somente a outra poderá servir de solução para o caso, ao contrário do que traduz a ideia de princípios, que, quando colidentes, poderão ser simultaneamente válidos, pois não atuam como exceções, tampouco, procuram estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, mas antes de tudo, conduzem a certa direção, não necessitando de uma decisão em particular (NEVES, 2013)⁸.

Assim, com fulcro em Dworkin, nos casos de lacunas, “vagueza” da lei, de conceitos indeterminados, de conflitos de normas, quando constitucionais – os *hard cases*, ausência de regras, não se solucionam com base na discricionariedade judicial, mas, sim, nos princípios elencados e auferidos pelo texto constitucional (PIOVESAN; VIEIRA, 2003)⁹.

De tal sorte, no sistema jurídico brasileiro, a extensão constitucional que se tem permite, sem riscos, que o juiz encontre, dentro do próprio sistema constitucional, os argumentos necessários para encontrar a resposta correta em direito, sem, contudo, ampliar o espaço dado ao julgador como pretendem conceber os positivistas, pois em um sistema em que as respostas corretas são aquelas constitucionalmente adequadas¹⁰, decidir por princípios

⁷ Segundo Dworkin, “afirmar que o direito é uma “prática social” implica 1) manter atenção à atividade desenvolvida por certos agentes, tais como os advogados, os legisladores, os juizes, ou, mesmo, os “cidadãos comuns”; isso, com maior prioridade do que a simples individualização do objeto interpretado, isto é, decretos, leis ou sentenças. Porque, embora possam auxiliar na inteligibilidade da atividade, eles pouco auxiliam na individualização do que seja o “direito”. Ademais, sendo uma prática, como prática 2) supõe fins ou objetivos a serem alcançados, além de 3) um “sentido na prática”” (SGARBI, 2009, p. 174).

⁸ Marcelo Neves refere “constituir uma ilusão principiológica a tese de Dworkin segundo a qual os princípios servem para cobrir o espaço de discricionariedade, que, no modelo “positivista” de regras, o juiz disporia para decidir” (2013, p. 56).

⁹ De acordo com Dworkin, quando diante de uma controvérsia desse tipo, o juiz estaria — ao invés de “livre” para decidir a contenda — *obrigado a argumentar com princípios*, ou seja, com argumentos de natureza moral que favorecessem *os direitos* em disputa. Notem: ao invés de liberdade, de discricionariedade judicial, *princípios*. Essa seria a *responsabilidade política* do juiz: procurar, nos princípios que compõem o Direito como um todo, a melhor solução para o caso (MOTTA, 2013).

¹⁰ Para Streck (2011, p. 378), “à medida que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais oriundas de um profundo câmbio paradigmático, o papel da hermenêutica passa a ser, fundamentalmente, o de preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido *lato sensu*). Nesse contexto, a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito”.

não amplia nem revela qualquer hipótese de discricionariedade¹¹, todavia, fecha e limita a atividade jurisdicional e a interpretação decorrente. Nesse contexto, é necessário olvidar-se de que o direito constitui-se apenas de um conjunto de regras, pois, acima dessas, estão os princípios (FACCINI NETO, 2011).

E continua o autor a referir que:

Com o advento do constitucionalismo, frise-se, não há mais como se conceber o Direito como um sistema de regras. A Constituição é o elo contencioso que liga a política e a moral ao Direito e, ademais, o Direito aqui deixa de ser mero regulador, para preponderar à transformação da realidade, em vista dos compromissos estabelecidos pela Constituição. (FACCINI NETO, 2011, p. 83).

Assim, cabe ao Judiciário a guarda da Constituição e a maneira como desenvolve essa tarefa reflete no princípio democrático e na separação dos poderes, por isso, deve atuar com respeito e seriedade, pois não se desacredita que a atualização da Constituição por meio de decisões judiciais seja essencial, mas também não se desacredita na necessidade de se encontrar um modo compatível com o regime democrático para realizar essa tarefa (DIAS, 2012). Tomando-se como aporte o conceito de direito trazido por Dworkin, poder-se-ia dizer que esse modo compatível estaria representado na supremacia dos princípios, que seriam capazes de fazer o juiz responsável por sua decisão superar sua suposta falta de legitimidade democrática (DWORKIN, 2011).

Isso porque “levar os direitos a sério”, conforme o autor, “é não perder de vista que os direitos individuais são preexistentes e que a tarefa judicial é a de realizar esse direito” (SGARBI, 2009, p. 168). Apresenta, nesse contexto, a presença mínima de duas referências: a dignidade da pessoa humana e a igualdade política.

1.2. A BASE TEÓRICA E FILOSÓFICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA DISCUSSÃO COM BASE EM DWORKIN

No decorrer dos conceitos e princípios abalizadores do direito, surge a necessidade de fundamentar as decisões judiciais ao nível de respostas corretas. Contudo, a resposta correta depende necessariamente do contexto ao qual se insere o fato, do destinatário da norma, e

¹¹ “Alguns talvez se pense que a distinção entre agir discricionariamente e interpretar corretamente o Direito não tem consequência prática; ou melhor, que dificilmente se saberá, pelos fundamentos de uma decisão judicial, quando o juiz agiu de uma forma ou de outra. De fato, isso não é algo simples de se fazer. Mas pense-se nisso (no dever de fornecer a resposta correta), como uma *obrigação de meio*, e não de resultado. É importante, para o caráter democrático de uma comunidade política, que o juiz *saiba que não está autorizado a decidir discricionariamente* – o que, diga-se, nada tem a ver com independência judicial” (MOTTA, 2013).

essencialmente da função constitucional a que a norma se destina na realização de direitos fundamentais. Não pode a decisão, em hipótese alguma, em casos similares, ser diferente em seus efeitos, se os princípios que a homenageiam são os mesmos. A mudança de julgador não permite diferentes decisões. Deve promover a melhor e mais correta decisão, e essa, inevitavelmente, dentro de sua isonomia, deve ser a mesma para todos.

Nesse ápice, o Estado Democrático de Direito permeia os juízes de possibilidades decisórias “justas”, o que não significa discricionariedade, ou qualquer risco à ordem jurídica instaurada, contudo a vinculação a princípios mais altos, a vinculação a um direito mais justo, a vinculação, acima de tudo, a uma ordem jurídica vigente em prol do ser humano, de sua dignidade. Significa também o abandono de normas prontas, inadequadas a sua época, a deserção de um positivismo exacerbado, sem qualquer finalidade social ou humanística. O direito foi criado no intuito de organizar a vida social e os comportamentos humanos, não foi concebido para ofender ou restringir em sua extrema legalidade a dignidade da pessoa humana, com base na convicção quase que “absoluta” de permear em si um conjunto de regras que se aplicam ou não se aplicam somente.

Assim, outorgar aos juízes a possibilidade de um ideal de justiça não consiste em autorizá-los a “decidir como entenderem melhor”, mas sim permitir que sabiamente abandonem os catálogos positivistas de seu tempo universitário, a fim de adentrar na sensibilidade geral de “justiça”, limitada, sem risco algum, pela ordem constitucional posta.

Ao caracterizar cientificamente o direito, o positivismo o apresenta como um conjunto de regras que estabelece comportamentos previamente amparados por uma estrutura normativa, a qual, supostamente, daria sentido jurídico às ações sociais. Todavia, tal pensamento, bem como o direito e o ato decidir, passa a ser questionado por alguns filósofos como Dworkin, ao apresentar um discurso crítico ao padrão dominante na busca de superar teorias conservadoras do saber jurídico instituído.

Por conseguinte, Dworkin vem com as teses dos direitos e da resposta correta, estabelecendo a preponderância dos princípios sobre as regras positivadas, ao levar principalmente em consideração o fato de essas comporem um conjunto exaustivo, de tal modo que, se um caso não possuir uma regra, não poderá ser decidido pelo direito, deliberando-se, assim, o poder discricionário dos juízes, com base em seu discernimento, criando nova regra jurídica ou complementando uma já pré-existente (MELEU, 2013).

Sustenta ainda que os juízes não decidem somente por regras, eis que o direito não compreende apenas regras, mas também princípios. Além de que, ao decidirem, os juízes

também lançariam mão de outros aspectos, pois, para o filósofo, o direito é composto não apenas de regras válidas ou não, sobretudo, por princípios (MELEU, 2013).

Dessa forma, caso o juiz se encontre diante de um “caso difícil”, o qual o direito positivo não conseguisse resolver, tanto os positivistas quanto os antipositivistas auferem ao julgador a necessidade de decidir. Contudo, ao que tange aos positivistas, essa decisão estaria vinculada a um poder discricionário, enquanto, para os antipositivistas, seria necessário criar-se um novo modo de decidir (DWORKIN, 2010).

Nesse enalço, Dworkin alberga uma reviravolta interpretativa, partindo da compreensão do direito como um conceito interpretativo da prática jurídica, no qual sempre haverá uma resposta certa, e as decisões judiciais, nesse ínterim, deveriam ser baseadas nos princípios, já que os direitos individuais precedem os coletivos (MELEU, 2013). Ademais, é a partir da integridade (forma pela qual Dworkin define o direito) como princípio adjudicativo, que o juiz encontrará as respostas corretas, prestando legitimamente à jurisdição (LUIZ, 2013).

No mais, Dworkin, de modo explicativo, compara o direito à literatura. Argumenta que, se vários autores compuserem a sua elaboração, cada um deverá retomar de onde o autor anterior parou, a fim de que se mantenha a coerência, não havendo espaço algum a fim de que os autores interpretem a história, cada qual a seu modo. Assim, deve o juiz, em suas decisões, “ler a história toda”. Ou seja, entender a história institucional do direito, pois as decisões judiciais devem ser dadas de acordo com a sua história jurídica (DWORKIN, 2005).

Ele complementa, referindo que:

[...] O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas, e de que maneira [...] (DWORKIN, 2005, p. 241).

Não admite, então, a possibilidade de os juízes decidirem de forma discricionária, pois até mesmo nos “casos difíceis”, eles estariam vinculados a julgar com padrões prévios de conduta, considerados como princípios jurídicos, que serviriam para fundamentar e justificar a decisão, levando o magistrado a proferir a resposta correta, no caso, a que lhe compete decidir. Cabe salientar que tais princípios poderão ser decisivos nas decisões, pois somente eles possuem a dimensão de peso ou importância, isso porque um bom juiz prefere a justiça à lei, aplica os princípios e os valores constitucionais, atuando de forma determinante na

efetividade da prestação jurisdicional, garantindo aos cidadãos suas prerrogativas constitucionais (MELEU, 2013).

Pode-se dizer, então, que a função do juiz é “retroceder ao passado”, “ter a visão do todo antes de decidir”, recompor o direito como prática social, não como um conjunto de casos distintos e apartados, e para isso, deve o juiz, em suas decisões judiciais, fundamentadas em princípios, ajustar-se a essa prática. Ao viver em uma comunidade de princípios, a jurisdição deve, como papel vetor, dar-lhe efetividade, o que, na ordem jurídica, aparece juridicizado com base nos direitos fundamentais (LUIZ, 2013).

Nesse contexto, a teoria do direito de Dworkin visa a, antes de qualquer coisa, afastar qualquer possibilidade de discricionariedade nas decisões judiciais, isso porque “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação [...]” (DWORKIN, 1999, p. 305).

Para Dworkin (2005, p. 240), “as decisões jurídicas apenas seriam verdadeiras se advindas de princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal, sob pena de carência de integridade”. Estabelece, ainda, que “o dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor”.

Por conseguinte, a separação do direito e da moral na prática dos Tribunais não é uma tarefa tão fácil e simples quanto possa parecer ao positivismo jurídico. Ter respostas corretas, em direito, está além de aplicar ou não uma regra, além do caráter normativo traçado pelos positivistas, está, acima e antes de tudo, na base dos princípios.

O direito está muito além de um conjunto de regras. Antes das regras, há princípios que devem ser identificados e utilizados por sua força argumentativa. Isso porque, enquanto as regras se aplicam ou não se aplicam, os princípios aludem a razões, fundamentos, argumentos para decidir. Os princípios estão muito mais atrelados ao conceito de justiça que ao próprio conceito de direito.

Por isso, na visão de Dworkin, a literalidade da norma pode ser desatendida pelo julgador sempre que violar um princípio que, no caso concreto, seja mais importante. É, nesse contexto, que se poderia abarcar a responsabilidade do julgador na efetivação de direitos fundamentais. A possibilidade do julgador, nas situações fáticas que lhe são postas, de decidir com base nos princípios, e não necessariamente ou literalmente, em uma visão positivista, renegar um direito de grau muito superior, pelo peso de sua normatividade, mas não de sua valoração social e humana.

Alguns críticos da concepção Dworkiana poderiam dizer que, se assim fosse feito, ao julgador permitir-se-iam os poderes da discricionariedade. Contudo, nos princípios está a própria limitação do ato de julgar, de decidir. Quando esses princípios conduzem a interpretação do direito, com base em um ideal de justiça, é nesse ponto que residem as normas de sua real função social.

Os princípios, muito pelo contrário, não significam ou induzem às respostas jurídicas variáveis, abrindo passo à discricionariedade judicial, contudo “encerram” a interpretação ao invés de ampliá-la (FACCINI NETO, 2011).

Nesse contexto, Faccini Neto (2011, p. 168) alude que:

[...] quando se diz que o juiz há de decidir a partir de argumentos de princípio, não se os pode conceber como entes dados previamente, de forma a serem alcançados por um esforço intelectual individual dos julgadores. Ao contrário, o manejo dos princípios aponta, efetivamente, na direção dos limites que se há de impor ao ato de aplicação judicial, de modo a afastar dessa mesma aplicação as convicções políticas, morais e pessoais de quem decide, razão por que os princípios se vão afirmando e modificando ao longo do tempo e dependem de interpretações da prática jurídica como um todo.

Ademais, “depende da discricionariedade é desacreditar no próprio direito, em sua autonomia, e na Constituição, na sua força normativa, jogando-se fora importantes conquistas da humanidade. Portanto, é uma postura de desesperança e desilusão, de quem entregou os pontos e assenta que não há mais nada a fazer” (LUIZ, 2013, p. 173).

Na acepção de Dworkin, a ideia de separar o direito da moral não é tão simples assim, como relutam em provar pela normatização o elenco de positivistas, eis que na aplicação dos princípios, melhor dizendo, na formação dos princípios pela argumentação jurídica do julgador também está presente, de forma muito decisiva, sua argumentação moral, que promove de forma muito mais efetiva a resolução do que Dworkin resolveu denominar de “casos difíceis”.

Assim, diante de um ideal positivista, quando não houver regras ou respostas ao caso concreto, estaria o juiz autorizado a resolvê-lo por meio de sua discricionariedade. Todavia, ao prever isso, até mesmo os positivistas ratificam que o direito não pode, nem conseguiria prever resposta para tudo, e contra essa autorização discricionária, Dworkin rebate com a tese das respostas corretas.

Critica severamente a ideia de o juiz utilizar-se de critérios pessoais para decidir diante das lacunas legislativas, eis que, mesmo diante da ausência de regra, de uma impossível subsunção, existe um direito previamente estabelecido e é tarefa do julgador encontrá-lo. Daí

em diante estabelece que essa fonte esteja nos princípios, os únicos mecanismos capazes de oferecer legitimidade às decisões, tornando os juízes responsáveis por elas (DIAS, 2012), “embora os juízes estejam em posição menos adequada para elaborar argumentos de política do que representantes eleitos há um espaço de garantias constitucionais a ser decidido a partir de argumentos de princípios” (DIAS, 2012, p. 142).

Nesse propósito, ratifica que as respostas corretas estariam fundadas nos princípios, contudo não em princípios estáticos, mas dinâmicos, o que permite, em vez de um engessamento do sistema, das decisões tidas por absolutas, uma decisão correta, a qual, mesmo decorrente de fato igual ou semelhante, possa ser resolvida de forma distinta pelo mesmo princípio. Em outros termos, “cada fato é um fato” e a resposta correta encontrará fundamento e legitimidade na individualização de histórias e personagens, na inovação do enredo.

1.3. TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: AS RESPOSTAS CORRETAS EM DIREITO

Sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos a conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes uma das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares [...] cheguei a conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes [...] ¹²

Com base no esboço teórico, mesmo que breve, trilhado até aqui, pôde-se analisar o peso que se auferir à discricionariedade do julgador na hora de lançar a resposta correta, ao analisar as decisões realizadas e ratificadas pelos tribunais brasileiros considerando sua consciência “decido como entender melhor”, “decido de acordo com minhas convicções e conceitos”.

Nesses padrões, permite-se colacionar trecho da decisão do STJ, sustentada, na época, pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, citada por Luiz (2013, p. 58-59) ¹³:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e

¹² LUIZ, Fernando Vieira (2013).

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889/AL.

Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria dos seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Corroborar-se, de certo modo, que as teses, discursos levados ao julgador para uma decisão de acordo com sua consciência ainda ocupam um lugar “cativo” no atuar da jurisdição, que a discricionariedade tomada pelos ideais positivistas ainda amargura as decisões tidas por “corretas” em direito.

Em vez de prevalecer a filosofia das respostas corretas fundadas em princípios, que encontram suas raízes libertadoras, igualitárias e limitadoras nos princípios constitucionais ditados por uma Carta Política, em tese, democrática, prevalece a filosofia da consciência do julgador. Permitindo-se o trocadilho, é a confirmação do reverso: “ao invés das decisões se moldarem aos ditames constitucionais, são os ditames constitucionais que acabam sendo moldados pelas decisões que se pretendem lançar”.

Para Luiz (2013, p. 59-60), a atuação de um Ministro que opera sob o manto de decidir de acordo com sua consciência pode ser assim comentada e instigada:

[...] Se um Ministro está certo em decidir x por pensar x e, outro, igualmente correto em decidir y por pensar y , findou-se não só a possibilidade de controle da decisão judicial, mas, e principalmente, acabou-se com qualquer espaço para discussão ou outro ato reflexivo, eis que cada um possui a “sua verdade indiscutível”, gerada por sua própria consciência. Se assim for, podem-se fechar todas as universidades, jogando-se as chaves fora, pois nada mais faz sentido.

Contudo, esses problemas similares de decidir de acordo com a sua consciência são ativos tanto em decisões do STF quanto do STJ, como se observa em trecho de voto destacado e manifesto pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, referindo que “a decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional” (LUIZ, 2013, p. 61).

Ademais, o senso de justiça que ratifica por diversas vezes esse poder de decidir conforme sua consciência não pode ser levado ao casuísmo, ao ponto de que toda decisão fique dependente da vontade e senso de justiça particular de cada juiz. Não significa que não se poderão ter decisões “acertadas” decorrentes do senso de justiça particular do julgador, contudo nem sempre esse senso particular de justiça provocará e resultará em boas repostas,

em repostas “corretas”. Isso porque não há que se permitir que em um Estado Democrático de Direito as respostas corretas fiquem à mercê de um bom juiz.

Nesse contexto, acreditar que as soluções dos casos difíceis encontram-se na discricionariedade do julgador é um risco muito grande em assumir-se a imprevisibilidade das decisões judiciais. Em outras palavras, a partir do momento em que os magistrados passaram a decidir por meio de seu livre convencimento, casos similares passaram a ser decididos de forma diversa.

Alguns apontam que as súmulas, vinculantes ou não, seriam a “cura” para essa discricionariedade e subjetivismo de julgar. Contudo, “engessar” a fundamentação das decisões em respostas corretas antes da própria pergunta, do caso concreto, é o ponto culminante do modelo de subsunção interpretativo da lei. Nesse ponto, observa-se que hermenêutica é muito mais do que métodos de interpretação.

Não há dúvidas, ao menos quanto a isso, de que a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico, embora o problema esteja não na unanimidade desse pensamento, sim, no abismo que se identifica entre o ponto máximo e a prática jurídica, não permitindo uma maior efetividade aos preceitos e ordens constitucionais.

Isto porque mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário continuou e continua a interpretar a Carta Política de 88 “a partir da legislação ordinária, em uma completa inversão das fontes” (LUIZ, 2013, p. 98). O que ratifica a ideia de que a “Constituição não está devidamente posta no horizonte de sentido dos juízes” (LUIZ, 2013, p. 99). A pirâmide kelseniana, indiscutível nos bancos universitários, quase passa “invisível”, quando se trata de interpretação de respostas corretas em direito.

A corroborar, em não tendo os juízes sua legitimidade advinda de um processo eleitoral, do exercício da democracia, mas das atuações postuladas e auferidas pelo texto constitucional, podem e devem apenas agir em conformidade com a Constituição, e não conforme suas convicções particulares, criando novos direitos. Tal assertiva faz parte de um ideal de democracia. E nesse prognóstico, não é dado ao Judiciário o poder de “criar leis”, mas, sim, de zelar e velar pelo seu legítimo cumprimento. A legitimidade que se reconhece na afirmação não mais histórica, todavia jurídica e social dos direitos fundamentais em prol da pessoa humana.

Nesse contexto, colaciona-se trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, na época, presidente do STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que discutia a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, no qual se manifestou pela total improcedência.

Justificou que não cabe ao STF atuar como legislador positivo, se o Legislativo não incluiu o caso dos anencéfalos nas hipóteses que, no artigo 124 do Código Penal, autorizam o aborto. “Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão”. “Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional”.

O voto do ministro Lewandowski, também pela improcedência da ADPF 54, seguiu duas linhas de raciocínio. Na primeira, ele destacou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da chamada interpretação conforme a Constituição, com base na independência e harmonia entre os Poderes: “O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição”. Mesmo esse papel, segundo seu voto, deve ser exercido com “cerimoniosa parcimônia”, diante do risco de usurpação de poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes do Congresso Nacional. Segundo o ministro, “não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”.

Nesse aspecto, o ministro observou que o Congresso Nacional, “se assim o desejasse”, poderia ter alterado a legislação para incluir os anencéfalos nos casos em que o aborto não é criminalizado, mas até hoje não o fez.

Por derradeiro, é importante, acredita-se, saber e compreender que o juiz deve decidir por princípios, e não por “clamor público” ou por “convicções morais e políticas próprias”. Decidir para depois encontrar a fundamentação, como se tem observado em várias decisões que envolvem não apenas o STJ ou STF, mas Tribunais de Justiça dos Estados. Essa não deve ser a melhor e mais efetiva forma de decidir. O direito fundamental a uma decisão fundamentada se representa não nas concepções e discricionariedade do julgador, mas nos limites da Constituição. Se a decisão será boa ou ruim, se o destinatário direto ou indireto entenderá os seus reflexos ou não. Isso não importa! O que importa é que a integridade e legitimidade da decisão estão aí – democraticamente impostas! Na concretude de direitos fundamentais, as questões de princípios se sobrepõem às questões de política.

O Poder Judiciário tem como missão fazer valer a Constituição, implementando direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, mesmo que haja dissenso nesse sentido. Isto porque os direitos fundamentais são os elementos mais importantes na configuração do Estado contemporâneo, em que há a preponderância do homem e seus interesses em um

enfoque social e não mercantilista. A jurisdição antes de tudo deve estar preocupada em defender o caráter normativo da Constituição (LUIZ, 2013).

Assim, o princípio da resposta correta deve ser, conforme Dworkin, entendido como unidade de uma prática social. Em outros termos, não é o sujeito que formará os princípios, mas esses é que se moldarão às práticas dos sujeitos. Nesse diapasão, decidir com base nos princípios é estabelecer freios à atuação judicial contemporânea, ao positivismo jurídico do juiz discricionário, que decide por ato de vontade de sua consciência.

Por derradeiro, se as regras ampliavam o espaço de interpretação do julgador, os princípios estabelecem o limite de sua decisão, por isso, conforme Lenio Streck (apud LUIZ, 2013, p. 168), “não se pode falar em ‘abertura’ interpretativa no que tange aos princípios jurídicos”, pois “eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da *comum-unidade* dos princípios constitucionais”.

Para Dworkin, essa discricionariedade atribuída ao julgador conduz a uma delegação de poder antidemocrática, eis que questões fundamentais passam a ser decididas por pessoas que não podem ser destituídas de seu cargo pela vontade popular.

Contudo, ainda há que se acreditar em verdades baseadas e apoiadas na Constituição, que afastem a discricionariedade que envereda na arbitrariedade judicial, do “decido como quiser”, na busca de respostas hermeneuticamente adequadas e corretas à nova ordem constitucional e fundamental vigente.

Em outras palavras, compilando Grossi (2003, p. 47), “precisamos de juízes que tenham condições de compreender a complexidade da sua ação de perceber que o direito tem suas raízes submersas em valores históricos”, de juízes que se preocupem com as causas que lhes são submetidas, que procurem entender as pretensões das partes, que vivam a realidade presente, mas que, mais que tudo, se preocupem e reflitam sobre as consequências concretas de seu julgamento (AGUIAR JUNIOR, 2006).

Tal análise pode ser ilustrada com base no trecho da palestra proferida por Fátima Nancy Adrighi, Ministra do STJ, em 2004¹⁴:

[...] Para concluir, invito a todos os participantes deste evento, para, com intrepidez, avançarmos além dos limites da legislação infraconstitucional, tendo como vetor primordial o princípio da dignidade da pessoa humana, e assim, abalancharmos-nos na tutela da criatura humana razão e destinatário único da prestação jurisdicional. [...] E, para nossa inspiração, trago a citação do trecho final de uma das melhores e menos conhecidas páginas de Rui Barbosa, onde ele examina, à luz do Direito Hebraico e do Direito Romano, o processo de Jesus Cristo: Foi como agitador do

¹⁴ Trecho da palestra proferida pela Ministra do STJ no Congresso Brasileiro de Direitos Fundamentais em 08/12/2004 em Maceió/AL.

povo e subversor das instituições que se imolou Jesus. E, de cada vez que há precisão de sacrificar um amigo do direito, um advogado da verdade, um protetor dos indefesos, um apóstolo de ideias generosas, um confessor da lei, um educador do povo, é esse, a ordem pública, o pretexto, que renasce, para exculpar as transações dos juízes túbios com os interesses do poder. Todos esses acreditam, como Pôncio, salvar-se, lavando as mãos do sangue, que vão derramar, do atentado, que vão cometer. Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde.

Nessa mesma esteira, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, o Supremo, a uma só voz, primou pela laicidade do Estado sob tal ângulo, assentado em que o decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello, enfatizou de forma precisa:

[...] nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (grifo no original)¹⁵.

Ainda, pode-se perceber que “o julgar de acordo com sua consciência”, conforme suas convicções, mesmo que em um ideal pós-positivista, amparado pela força de guarda à Constituição, não se afastou totalmente das decisões que envolvem o STF. Na referida ADI n.º 3510, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, em trecho de seu voto, assim se manifestou¹⁶:

É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanística e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto¹⁷.

Ademais, partindo-se do pressuposto de que as respostas corretas, que se almejam no nível de Estado Democrático de Direito, são aquelas adequadas à Constituição e à efetivação de direitos fundamentais, não há como deixar de mencionar a postura interpretativa do STF no

¹⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

¹⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012, p. 120.

reconhecimento das uniões de pessoas de mesmo gênero a partir da aplicação direta de princípios constitucionais.

Por derradeiro, diante do itinerário de decisões tolhidas aqui, destaca-se em Dworkin (2005, p. 237), a busca pelas repostas corretas em direito como integridade, referenciando que o juiz “deve interpretar o que aconteceu antes porque tem responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”. Significa que, antes de decidir, deve o juiz avaliar e entender a história institucional do direito.

Tal conduta atua no modelo de recomposição do direito como prática social, como um todo, pois não é um “conjunto fragmentado de casos” (LUIZ, 2013, p. 174). É aí que surge a fundamentação e argumentação em princípios, trazidas à baila por Dworkin (2005), que revela que somente no caminho dos princípios é que se conseguirá adequar a decisão judicial à prática, demonstrando, acima de tudo, sua finalidade e seu valor.

Ao definir que a interpretação “deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política que serve” (DWORKIN, 2005, p. 239), ressalta a impossibilidade das decisões serem fruto da intenção do julgador.

Nesse diapasão, em sendo o ordenamento jurídico composto de regras e de princípios, o juiz não pode agir com discricionariedade judicial, como “Hércules”, o qual consegue, por sua sabedoria, resolver com coerência e integridade todos os casos que lhe são impostos. Um juiz que tem conhecimento de toda a história que envolve aquela decisão judicial, ao desconsiderar a possibilidade de várias interpretações para uma mesma norma, reafirma a existência de uma resposta correta em direito (DWORKIN, 1999).

Entretanto, é importante frisar que, com a criação de “Hércules”, Dworkin (1999) não quer afirmar que todos os casos terão uma única resposta correta, pois juízes reais cometem erros, mas que Hércules representaria a superação da discricionariedade da modernidade, o fim das interpretações judiciais subjetivistas.

Assim, ao estabelecer o direito como integridade, e integridade como princípios, Dworkin idealiza que todas as repostas devem estar fundamentadas em princípios, pois representam práticas sociais compartilhadas. Nesse contexto, afirma que a jurisdição tem como fim primordial dar efetividade a esses princípios, que aparecem juridicizados na forma de direitos fundamentais (LUIZ, 2013).

Busca, então, a teoria do direito Dworkiana afastar a discricionariedade e a arbitrariedade judicial, criar um “escudo ao subjetivismo judicial”, eis que julgar por princípios significa retomar e retornar a prática do direito, a sua autonomia. Assim:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. [...]. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável –, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre a adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio (DWORKIN, 1999, p. 305-306).

A Teoria Integrativa de Dworkin revela-se contrária às antirrelativistas e às antidiscricionárias, não permitindo de nenhum modo que a interpretação judicial seja feita pela convicção pessoal de seu intérprete. Traduz a valoração de um governo judiciário criado pela moralidade da comunidade e não pessoal do julgador, que encontra na própria fundamentação de suas decisões o controle ao subjetivismo (LUIZ, 2013).

Ressalta e destaca a centralidade dos princípios coadunados ao dever de fundamentação das decisões judiciais devidos pela Constituição Federal. Logo, em uma análise recorrente ao aqui exposto, insta afirmar que a resposta correta, dentro do contexto e ordenamento jurídico presente, é aquela adequada à Constituição, que não exclui do julgador a necessidade de fundamentar suas decisões em princípios, ao qual cumpre a tarefa de manter a coerência e a integridade do direito.

“Desta forma, não haverá nem uma única resposta correta, nem várias, mas sim a resposta constitucionalmente adequada ao caso que está sendo decidido” (LUIZ, 2013, p. 180). Uma resposta verificada com base em sua adequação à Constituição.

Por derradeiro, é indiscutível que, enquanto o Estado brasileiro não cumprir com sua tarefa de concretização de direitos fundamentais, não há que formalizar ou vislumbrar um ideal democrático decisório que alcance, inclusive até mesmo aqueles que têm maior dificuldade de concretizar direitos que lhes são fundamentais e essenciais para sua dignidade por meio do Estado-Juiz.

Sob esse prospecto, não se pode perder de vista que cumpre ao Poder Judiciário, nas decisões que profere, sujeitar-se aos preceitos constitucionais, possibilitando a realização de um Estado Democrático de Direito na concretude de direitos fundamentais.

Constitucionalizar o direito, funcionalizando sua base e essência em princípios é permitir a criação de um novo direito, um direito que busca na sua concretude promover a segurança jurídica não nos falseados de interpretação, mas na interpretação segura e

isonômica dos princípios. A promoção de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana. A busca incessante pelas respostas corretas.

Assim sendo, os juízes têm, em suas decisões, a grande e essencial tarefa de efetivar a Constituição, mesmo que a maior dificuldade esteja em encontrar-se um modo compatível com os ditames estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, quando o hábito de se decidir ainda se consubstancia nos ideais de consciência e subjetivismo do julgador.

Contudo, a fim de negar-se qualquer possibilidade de discricionariedade ou atribuir funções máximas e absolutas de legislador a poder diverso, necessário, que mesmo diante desses percalços, mantenham-se decisões judiciais contemporâneas ao seu tempo, ao tempo de um Estado Social Democrático de Direito, que clama todos os dias por direitos fundamentais efetivos à qualidade de vida e dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais afirmados historicamente e reconhecidos pela ordem jurídica interna como norteadores de políticas sociais, públicas, humanas e jurídicas. Não é dado ao julgador legislar, mas lhe é dado, sem que o contrário descaracterize a tarefa que lhe foi delegada, garantir a efetividade dos direitos fundamentais, “a vontade democrática da Constituição Federal de 1988”.

Portanto, reconhecer nos princípios constitucionais sua função social ao nível de “respostas corretas”, interpretar constitucionalmente os fatos não caracteriza decidir de qualquer jeito ou sem “freios”, “criando lei”, todavia caminhar rumo a uma atualização constitucional, que, embora sábia e indiscutível, muitas vezes, continua omissa em relação às decisões que envolvem o Judiciário na concretude de direitos fundamentais.

1.3.1. A valoração dos princípios e as decisões judiciais: um contributo à efetivação de direitos fundamentais em um estado democrático de direito

A opinião é o tribunal dos tribunais. Ante ela se examinam e reveem as sentenças da justiça ordinária. As suas correntes, na atividade incessante da vida, são as forças morais, a cujo contacto benfazejo se avigora, nos conflitos entre interesses poderosos, a independência das grandes magistraturas.
Rui Barbosa

O debate entre a filosofia e o direito, melhor dizendo, entre o filósofo e o jurista, constitui o melhor meio, ao menos em uma sociedade democrática, de se estabelecerem as diversas dimensões da dignidade e a sua praticidade voltada para cada ser humano. Assim, não há como afastar o papel importante que o direito realiza na proteção e promoção da dignidade (SARLET, 2009). Afinal, os direitos humanos e a soberania popular ainda

permeiam as ideias justificadoras do direito moderno, mesmo que entre si, apareçam como elementos concorrentes (HABERMAS, 2003).

Ademais, o fundamento de um direito depende necessariamente do direito que se tem ou do direito que se gostaria de ter. Na primeira situação, é necessário saber se a ordem jurídica reconhece esse direito e qual é essa norma; na segunda, procura-se defender a legitimidade desse direito e convencer o maior número de pessoas de sua legitimidade, da necessidade de seu reconhecimento. Até porque estabelecer o fundamento de um direito ultrapassa o campo do positivismo e adentra-se muito mais nas questões racionais ou críticas (ou de direito natural), tudo isso, partindo-se da análise de que os direitos são coisas desejáveis, mas nem sempre, necessariamente, reconhecidas pelo direito positivo (BOBBIO, 1992).

Assim, dessa busca incessante pelo encontro de um fundamento, pode-se “acreditar” na existência de um fundamento absoluto, baseado em razões e argumentos irresistíveis, sobre os quais ninguém poderá recusar a aderência. Visão esta por muito tempo comum aos jusnaturalistas, mas que, hodiernamente, torna-se infundada (BOBBIO, 1992).

Observa-se, com base no exposto até aqui, que os problemas de justiça e de direito não são metajurídicos, mas são decorrentes das lutas sociais pela libertação humana.

Nesse enfoque procura atuar o Humanismo Dialético, sugerido por Lyra Filho, abordando o direito em sua visão global e em movimento. Seu ponto central é o homem e um de seus objetivos é quebrar com as antinomias. E a essência do homem não é a liberdade, porém a possibilidade de libertação. Há que se dizer ainda que a liberdade não é um dom, mas uma tarefa que se realiza na história, porque as pessoas não se libertam sozinhas, mas em grupos.

Se a liberdade não existe em si, porém se realiza no processo, dentro dos indispensáveis limites jurídicos, “o Direito é, então, um processo dentro de um processo, porque a sua afirmação histórico-social acompanha a conscientização de liberdades antes não pensadas e de contradições entre as liberdades estabelecidas” (LYRA FILHO, 2012, p. 308).

Por fim, o direito não é, ele se faz. Por esse motivo, não há mais como manter, essencialmente nas universidades, a ideia positivista de que o direito é um conjunto de regras. A essência do direito não está nas leis, a essência do direito está no homem, no seu poder de libertação e determinação, motivo pelo qual o direito deve e existe fora da lei (LYRA FILHO, 2012).

Nesse escopo, embora o direito vigente garanta, de um lado, a segurança jurídica, implementando a vontade do Estado, além de realizar os comportamentos sancionados e tidos

por corretos por parte desse mesmo Estado; de outro, resgata a legitimidade desses comportamentos, sobrelevando ainda mais a necessidade de que as decisões judiciais abarquem simultaneamente as condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente, implementando de tal forma, a função social e integradora da ordem jurídica (HABERMAS, 2003). “Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos” (HABERMAS, 2003, p. 246).

Para um jurista conservador, as normas de direito positivo são dogmas indiscutíveis dos quais não há como fugir, formando-se, assim, a ficção criada pelo jurista de transformar a realidade com amparo na lógica formal e no raciocínio dedutivo.

O dogma, então, atravessa os tempos, desde a antiguidade, remontando a ideia, em qualquer de suas épocas, de verdade absoluta, acima de qualquer debate, na intenção de evitar qualquer contestação sobre (LYRA FILHO, 1980).

Em outros termos, o medo de fragilizar as verdades absolutas e a rejeição aos dogmas da metafísica tradicional faz com que até mesmo Kant desenvolva o dogmatismo racionalista, abrindo passagem ao positivismo naturalista e posteriormente ao positivismo lógico (FERRATER, 1969 apud LYRA FILHO, 1980).

Por derradeiro, para um positivista, a ciência do direito não seria nada menos que um saber dos dogmas estatais ou, mais amplamente, dos padrões impostos pelas classes sociais que tomam as decisões cogentes (BLOCH, 1961 apud LYRA FILHO, 1980).

Poder-se-ia, ainda, em uma visão jurídica, também positivista, comparar o direito a um conjunto de regras, capaz de atuar no campo da subsunção ou legitimamente, quando da ausência desta, na possibilidade de discricionariedade do juiz em decidir (FACCINI NETO, 2011). Justifica-se, dessa forma, sob a ótica da formação positivista e do engajamento político, o fato de um jurista ver na formação jurídica um obstáculo ao progresso. Ainda, mesmo que se troquem as normas estatais por decisões judiciais, a estrutura continuará a mesma (LYRA FILHO, 1980).

A par disso, deveria o positivista jurídico, em relação à sacralização que opera com os dogmas do Estado, promover uma reviravolta na ciência do direito, levando a formação de uma ciência jurídica de libertação, preocupada muito mais com problemas deste mundo, não com ficções jurídicas (LYRA FILHO, 1980).

Em outros termos, o novo direito que se exige, sem dogmas, sem ficção jurídica, deve estar atrelado à realidade jurídica advinda de uma práxis e pluralidade de ordenamentos, em perspectiva libertadora, com sentido político bem definido (LYRA FILHO, 1980).

Para tanto, é necessário afirmar-se e ao mesmo tempo, convencer-se de que o direito não é apenas um conjunto de regras, como os positivistas apregoaram, mas é formado principalmente por princípios, princípios vetores que poderão ostentar as referidas decisões judiciais com o grau de coerência sugestionado pela ordem jurídica vigente¹⁸.

Nesse sentido, Streck (2008, p. 287) esclarece:

Os princípios, no que introduzem o mundo prático no direito, não abrem a interpretação; ao contrário, os princípios desnudam a capa de sentido imposta pela regra e direcionam a atuação do juiz à obtenção da resposta correta. Neste sentido, insista-se que os princípios “passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo”.

Contudo, por mais relevantes que sejam os princípios, arrancar das decisões judiciais os dogmas herdados do positivismo jurídico não é tarefa fácil. Verdades absolutas têm dificuldades de serem quebrantadas. Embora o Estado ostente uma Constituição Federal principiológica atinente e voltada à concretização de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana, conforme bem destaca Mattos (2006, p. 16), estabelecer regras de hermenêutica constitucional sobre as demais normas do ordenamento, como ato de decidir, não é tarefa fácil, sequer simples:

[...] 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.

Esse pensamento não é diferente do preconizado por Sarlet (2001), ao que tange à vinculação aos direitos fundamentais, tem o Poder Judiciário uma relevante função, pois além de vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais (e em função disso), exerce o controle de constitucionalidade dos demais órgãos estatais, pelo qual têm os tribunais o dever e o poder de não aplicar atos contrários à Constituição e aos direitos fundamentais.

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

¹⁸ “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica”. (BONAVIDES, 2006, p. 288-90).

positivismo jurídico a tão famosa “discrecionabilidade”, ou modernamente, coadunar com o ativismo judicial. Todavia, permitir que casos sejam avaliados não somente pelos fatos, mas pelo valor que a norma possui e pelo contexto em que estão inseridos, pela finalidade social que deve vigorar em cada decisão. Julgar “o todo” e não “em partes”.

Cabe aos “Tribunais interpretar 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). Assim ocorrendo, estar-se-ia, nesse momento, adentrando-se no campo da efetivação das “respostas corretas”, os pensamentos e teses de Dworkin começariam a valer a pena, bem como o consenso de Habermas, eis que decidir em prol dos direitos fundamentais é respeitar a democracia participativa, é, antes e acima de tudo, alimentar o “povo” de vontades e direitos que em sede de representatividade, referem sua própria vontade – a vontade de uma maioria – a confirmação do consenso em um Estado democrático de direito.

É necessário estabelecer como os Tribunais e juízes, com suas decisões, devem contribuir para que a história do direito continue sendo contada (FACCINI NETO, 2011). Isso não significa a existência de uma resposta absoluta no direito (verdades absolutas são perigosas e capazes de promover a injustiça social e humana), mas a possibilidade de uma verdade mais próxima, a preservação/proteção do ser humano como titular de direitos fundamentais, como destinatário dos deveres de justiça do Estado.

Dworkin (apud SARLET, 2009)¹⁹ parte do pressuposto de que a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas, de tal sorte que é no valor intrínseco (na santidade e inviolabilidade) da vida humana de todo e qualquer ser humano, que se encontra a explicação para o fato de que, mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade, merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada.

Nesse prospecto, a teoria dos direitos de Dworkin procura estabelecer formas para que as decisões judiciais possam satisfazer simultaneamente tanto as exigências de segurança quanto a aceitabilidade racional (HABERMAS, 2003). Resgata sua contrariedade ao positivismo, reconhecendo a possibilidade e a necessidade de decisões judiciais corretas, cujo

¹⁹ Para Dworkin, “cada sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui a indignidade, critérios que variam conforme o local e a época” (apud SARLET, 2009, p. 31).

conteúdo seja legitimado pelos princípios. Avalia que os direitos devem ser reconhecidos sob o ponto de vista da justiça.

Destaca Dworkin (2002, p. 238 apud FACCINI NETO, 2011, p. 65) que:

[...] ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual as inúmeras decisões pretéritas, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele fez agora.

Revela-se, então, que o grande problema não está na interpretação do termo direito, que não há problemas de ordem substancial ou conceitual, contudo a questão que envolve conflitos dessa ordem está na opção ontológica falseada, no artificialismo que envolve a questão (LUKIC, 1974 apud LYRA FILHO, 1980). Melhor explicando, o reducionismo de todo direito a direito estatal ou institucional paralisou a dialética social do direito. “O positivismo passou a constituir a muralha conservadora oposta ao espírito crítico” (BOURJOL, 1978 apud LYRA FILHO, 1980).

Nesse contexto, ao retomar a ideia de dogmas, não está a se criar qualquer tipo de imortalidade à dogmática, todavia a classificá-la como um vício recorrente no pensamento jurídico, que acaba por obstruir o progresso da teoria do direito e perturbar a visão dialética social das normas, “a qual abrange, não apenas a formação jurídica visando estabelecer padrões de controle social, mas impulso jurígeno, que visa delinear uma postura crítica e fixar padrões de mudança (LYRA FILHO, 1980, p. 31)”.

O homem demonstra com tudo isso preferência à lei do menor esforço, criando verdades absolutas, de consumo tranquilo. Assim, o erro mais escandaloso do positivismo é imaginar que disse tudo. Aliás, para Kelsen, o direito é dever-ser, e se opõe ao fato; mas o que produz a norma fundamental é um fato, numa perspectiva não jurídica (LYRA FILHO, 1980).

Desse modo, ao abordar-se a possibilidade de respostas corretas em direito, deve-se entendê-las como sendo aquelas em que se compreende o direito como integridade, a análise deve partir do todo e não em partes isoladas como se pertencessem a outro momento, a outro fato.

Então, de nada adianta substituir a dogmática das leis pela dogmática da jurisprudência, a ponto de encontrar o verdadeiro e autêntico direito, pois o grande e maior erro está na redução do direito a um simples produto estatal, legislado e consuetudinário (LYRA FILHO, 1980).

Devem e podem os juízes decidir harmonizar e estruturar suas decisões, segundo os princípios, pois assentar o direito como integridade é concebê-lo “como uma totalidade coerente, constituída do conjunto de disposições contidas nos documentos legislativos e nos precedentes, reunidos sob um esquema de princípios de moralidade política, ou seja, de justiça, de equidade e de devido processo legal” (SAGNOTTI, 1998, p. 89 apud FACCINI NETO, 2011, p. 63).

A base de toda essa dialética social e eficaz há de ser uma ontologia dialética do direito, sem eiva de idealismo intrínseco e sem compartimentos estanques, entre a síntese filosófica, a análise da dialética social das normas, em ordenamentos plurais e conflitivos e sob o impulso da práxis libertadora (LYRA FILHO, 1980).

Importa dizer que, para Dworkin, não é o sujeito que forma os princípios, todavia são os princípios que moldarão as práticas do sujeito, por esse fato, devem ser entendidos como unidade de uma prática social, compartilhada pela comunidade política. Isso porque os princípios são formados pelo mundo, ao mesmo tempo. De acordo com Lenio Streck, formam o mundo (LUIZ, 2013).

Assim sendo, decidir com base nos princípios não é “abrir espaço” para a discricionariedade, ativismo judicial ou arbitrariedade, como já referido, ou simplesmente “fugir de uma dogmática positivista”, mas, sim, permitir os verdadeiros e reais limites à atividade judicial ao ato de decidir; um contributo fiel do dever de justiça e satisfação de direitos inerentes ao ser humano.

A somar, na acepção de Luiz (2013, p. 168):

Logo, se as regras – pela indefinição semântica ou lacunas – davam ao julgador várias opções de interpretação, os princípios, como resgate do mundo prático que aponta em que direção seguir conforme as práticas sociais, “fechará” estas possibilidades. Por isso mesmo não será um princípio específico que irá reger o caso, senão o conjunto deles, enraizados na história da comunidade [...].

Nesse ápice, qualquer resposta que se pretenda correta em direito será necessariamente uma resposta adequada à Constituição, e uma regra – que é sempre o produto da interpretação de um texto –, somente é válida se estiver de acordo com a Carta Constitucional (MELEU, 2013).

Outrossim, compete ao juiz a interpretação dos preceitos constitucionais consagrados nos direitos fundamentais, através da sua aplicação em casos concretos, pois o Estado Democrático de Direito, introduzido pela Constituição Federal de 1988, acentuou esse novo papel dos juízes, mediante a fixação de objetivos vinculados a princípios bem definidos, que

acabam por representar, ainda, “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade” (FERRAJOLI apud MELEU, 2013, p. 106).

No mais, há que se permitir outorgar ao Judiciário a tarefa de atualização da Constituição de forma essencial para a estabilidade e continuidade da ordem constitucional, não se ignorando, é claro, que o maior entrave está justamente em encontrar-se um modo de compatibilizar tal função com o regime democrático de direito (DIAS, 2012).

A atividade jurisdicional deve prestigiar o próprio direito estando antes de qualquer outra circunstância voltada e preocupada em defender o caráter normativo da Constituição (LUIZ, 2013).

Ademais, os princípios de que tanto se falou e se sustentaram até aqui não servem para “abrir” a atividade interpretativa, contudo para “fechá-la”, apresentando-se como antagonistas da discricionariedade (FACCINI NETO, 2011). Buscar respostas corretas em direito, adequadas à Constituição, é, sobretudo, caminhar em lado oposto ao positivismo, pois sabiamente onde este estiver, impossível será a funcionalização de princípios na arte de decidir.

Isso tudo porque, “depende da discricionariedade é desacreditar no próprio direito, em sua autonomia, e na Constituição, na sua força normativa, jogando-se fora importantes conquistas da humanidade” (LUIZ, 2013, p. 173), dentre elas, a garantia e a preservação de direitos humanos, hoje, também reconhecidos pela ordem jurídica interna, em seu caráter fundamental.

1.4. A RE (CONSTRUÇÃO) DO DIREITO FORMULADA COM BASE EM UM IDEAL DE JUSTIÇA²⁰

O mais difícil de tudo não é descrever o direito, contudo distorcer as imagens falsas existentes, considerando que as relações entre direito e Justiça representam muitas nuvens ideológicas que recobrem a realidade das coisas, e nem sempre trazem a noção daquilo que se está disposto a aceitar como direito. Pode-se, então, apresentar o direito não como um conjunto imutável de regras, mas como atividade em permanente transformação (LYRA FILHO, 2012).

²⁰ Opta-se, neste momento, por discutir as ideias de Lyra Filho, embora de matriz ideológica e de proposta distinta de Dworkin, principal referencial teórico deste trabalho, para fins de contemplar expectativas sociais em uma proposta de evolução ou reconstrução do instituto do direito, nada mais.

Daí por que o direito não pode ser de forma alguma um “conjunto fixo de padrões de qualquer espécie” (DWORKIN, 2010, p. 331). Sob esse argumento, devem os juízes, em suas decisões, levar em consideração as proposições dotadas da forma e da força dos princípios (DWORKIN, 2010).

A iniciar e ratificar a problemática que envolve o conceito de direito na atuação judicial, Raz (apud DWORKIN, 2010, p. 332) aduz que:

[...] como os juízes são seres humanos, estão sempre sujeitos às exigências da moral em tudo que fazem, exatamente como qualquer outro ser humano, inclusive quando têm de julgar uma causa. Em circunstâncias normais, uma das responsabilidades dos juízes consiste em aplicar as leis criadas pelas autoridades competentes, e essa responsabilidade geralmente eclipsa outras responsabilidades morais que ele teria na ausência de uma legislação pertinente. Esse eclipse, porém, pode se parcial: a luz moral pode continuar a brilhar sobre o problema através ou em torno do direito criado por essas autoridades.

Dessa forma, na busca de definir o que é o direito, torna-se necessário, primeiro, estabelecer o que é ideologia, eis que é nas ideologias que a essência do direito vai transparecendo, embora de forma incompleta ou distorcida (LYRA FILHO, 2012).

Para Dworkin (1999, p. 10), “o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser”. Assim, inconcebíveis as divergências teóricas que ainda permeiam a atuação de juízes e advogados em relação ao que é o direito, permitindo-lhes, por diversos momentos, discutir não sobre o que é o direito, todavia como ele deveria ser (DWORKIN, 1999).

Tal pensamento sopesa as interferências da ideologia, das ideias preconcebidas e modeladas conforme os posicionamentos classísticos, de forma mais simples, de uma série de opiniões que não correspondem, de maneira alguma, à realidade (LYRA FILHO, 2012).

“A ideologia, portanto, é uma crença falsa, uma evidência não refletida que traduz uma deformação inconsciente da realidade” (LYRA FILHO, 2012, p. 19). E como crença falsa, leva o indivíduo à falsa consciência de que é tão mais forte, que faz com que surjam as evidências, que passam a guiar os raciocínios, as atitudes.

Por derradeiro, em todos os casos, as ideologias absorvidas, definidas por esse ou aquele sujeito, não são por ele criadas, mas recebidas. Motivo pelo qual a ideologia precisa ser vista como instituição, que se cria e se manifesta na sociedade, e não como conceito individual criado na mente de cada um. A ideologia é fato social, antes de um fato criativo e mental de cada indivíduo (LYRA FILHO, 2012).

E mais do que isso, é preciso entender de que a crise econômica, sobremaneira, a social, determinam rachaduras nas paredes institucionais e rompem o verniz das ideologias, afastando a concretude das antigas crenças de que “cada um tem o seu lugar” (LYRA FILHO, 2012).

A crise entre o idealismo constitucional e o materialismo, o positivismo da ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, refletido da distribuição desigual do poder social, vai refletir-se nos discursos filosóficos sobre a justiça e sociológicos sobre o direito (HABERMAS, 2003).

Nesse ápice, à medida que as crises sociais desenvolvem as contradições do sistema, emergem as conscientizações que apontam os seus vícios estruturais e surge um pensamento de vanguarda, que vê mais precisamente onde estão os rombos, superando a ideologia e fazendo avançar a ciência. “Um jurista atual não pode mais receber seu rubi de bacharel repetindo, com serenidade, “a cada um o que é seu”, como se fosse a serena verdade do Direito” (LYRA FILHO, 2012, p. 24).

A ciência nunca será perfeita e nunca haverá verdades absolutas. Trata-se apenas de ideais almejados. Contudo, é necessário buscar a verdade mais completa possível, a fim de que não haja intelectuais que contestem sem saber bem o quê nem por quê. É necessária a conscientização de uma práxis libertadora, que depende de uma participação ativa e consciente, pois não basta ver que o mundo está errado, é necessário fazer algo (LYRA FILHO, 2012).

As ideologias jurídicas, além de traduzirem elementos da realidade, encerram outros aspectos particularmente interessantes. Reluta-se com a ideia de que o direito somente é aquele legalismo apregoado, e que com o desaparecimento das leis, desaparecerá o direito (LYRA FILHO, 2012).

Por consequência, duas concepções marcam a cisão das ideologias jurídicas: o positivismo e o jusnaturalismo, fundados em duas grandes palavras-chave: o primeiro, na ordem; o segundo, na justiça. Embora o jusnaturalismo seja a posição mais antiga, é o positivismo que predomina entre os juristas, na atualidade, os quais insistem em não inserir em sua teoria a possibilidade de uma norma injusta, eles justificam que a norma contém toda a justiça possível ou que o problema da injustiça da norma não é jurídico (LYRA FILHO, 2012).

Entretanto, o jusnaturalismo é a doutrina filosófica de maior destaque, tendo em vista que a doutrina natural pressupõe uma concepção mais individualista da sociedade, e consequentemente, do Estado, tida em alguns momentos, por seus próprios fundamentos,

como fomentadora da desunião, da ruptura da ordem constituída. Isso porque, para uma concepção individualista, primeiro vem o indivíduo e depois o Estado, já que este é feito por aquele, permitindo-se, assim, nessa ordem, a inversão de valores. Dentro dessa concepção, deve-se iniciar pelo indivíduo, então. Primeiro se teria uma relação de direitos e depois uma de deveres. O mesmo se daria em relação à justiça, pois, para o direito natural, justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer suas necessidades, atingindo suas finalidades, dentre elas, por excelência, a felicidade (BOBBIO, 1992).

Mas, de qualquer forma, o positivismo não deixa de se apresentar como uma redução do direito à ordem estabelecida²¹, enquanto o jusnaturalismo se desdobra em dois planos, o primeiro que se apresenta nas normas, e o segundo que nelas deve apresentar-se para que sejam consideradas boas, válidas e legítimas (LYRA FILHO, 2012).

Nesse ápice, para o positivismo, o direito seria o conjunto de normas (normas da classe dominante, pois outras não são aceitas), padrões de conduta, impostos pelo poder social, com ameaça de sanções organizadas. De um modo geral, as preceituações legais de comportamento, de condutas, representariam a vontade da sociedade, pois se entende que o Estado reflete essa vontade de que a positivação traria uma maior segurança jurídica (LYRA FILHO, 2012).

Ao criticar esse formato, Radbruch (apud LYRA FILHO, 2012) adverte que uma legalidade não é suficiente, em virtude de, em situações comuns, ela ser o revestimento de uma estrutura de dominação.

Ademais, a idolatria da ordem como destaque ao positivismo não consegue eliminar o problema da Justiça, questão preocupante e relevante para o direito natural que procura um padrão para validar as normas produzidas ou explicar porque elas não são válidas.

Conservam, ainda, os positivistas a tendência a enxergar todo o direito na ordem social estabelecida por classe e grupos dominantes, enquanto os jusnaturalistas insistem na necessidade de um critério de avaliação dessas mesmas normas, para medir-lhes a “Justiça”; entretanto, não conseguem determinar satisfatoriamente o padrão da medida (LYRA FILHO, 2012).

Nessa senda, essa antítese ideológica (positivismo e direito natural) somente se resolverá com uma análise dialética buscada no processo histórico-social, ou seja, a essência

²¹ “[...] que se garante diretamente com as normas sociais não legisladas (o costume da classe dominante, por exemplo) ou se articula no Estado, órgão centralizador do poder, através do qual aquela ordem e classe dominante passam a exprimir-se (nesse caso, ao Estado é deferido o monopólio de produzir ou controlar a produção de normas jurídicas, mediante leis, que só reconhecem limites por elas mesmas estabelecidas)” (LYRA FILHO, 2012, p. 34).

do direito depende de uma ponderação científica entre os movimentos históricos, de um diálogo entre o positivismo e o direito natural (LYRA FILHO, 2012).

Assim, “aplicando-se ao Direito uma abordagem sociológica será então possível esquematizar os pontos de integração do fenômeno jurídico na vida social, bem como perceber a sua peculiaridade distintiva, a sua essência verdadeira” (LYRA FILHO, 2012, p. 61). Mas, antes disso, é necessário distinguir sociologia do direito de sociologia jurídica, embora, na maioria das vezes, sejam tratadas como sinônimos, a abordagem do direito por elas realizada é completamente diferente.

Ao que tange à sociologia do direito, tem por objetivo estudar a base social de um direito específico. Enquanto a sociologia jurídica examina o direito de um modo geral, como um elemento do processo sociológico em qualquer estrutura dada, versa sobre o aspecto jurídico da vida em sociedade. De qualquer forma, há diferentes orientações, que correspondem ao posicionamento do cientista no processo histórico-social, em que ele é, simultaneamente, ator e observador. Contexto em que qualquer tipo de mudança social é limitado e controlado.

Dessa maneira, “a tarefa a realizar numa visão dialética social do Direito, exige, portanto, que se delineie, ainda que toscamente, um modelo sociológico dialético” (LYRA FILHO, 2012, p. 75).

Para tanto, a filosofia pragmática busca a partir da experiência, investigar logicamente as respostas aptas a solucionar o problema, não como uma verdade absoluta, entretanto, como uma solução dada para aquele problema, naquele determinado momento (PISKE, 2011), ou seja, é necessário que as decisões em direito carreguem o peso de suas consequências e efeitos práticos, visando a certa prudência, que permitirá harmonizar valores da sociedade. Afinal, o importante, o direito buscado, não são as normas em que se pretende moldá-lo, todavia perceber que existe direito fora das leis.

Lyra Filho, então, ratifica a ideia de que o ângulo certo é aquele que privilegia uma abordagem global sobre a essência do direito, enquanto parte da dialética social. E a partir dessa análise dialética, conclui que o direito não se limita ao aspecto interno do processo histórico, mas, sim, tem raiz internacional e por esse motivo, não pode se afastar de instituições internacionais (pactos, tratados, etc.), considerando o direito internacional como não jurídico, consubstanciado em um ideal de soberania.

Cada sociedade ao tempo em que estabelece seu modo de produção também organiza e define sua dialética jurídica. Até mesmo uma sociedade socialista tem problemas de conflito de direitos. Em outros termos, tanto o sistema capitalista quanto o socialista não esgotam a

problemática do direito na questão classista – permanece da mesma forma a opressão de grupos – comportamento muitas vezes traduzido na negação de direitos humanos.

Por isso, o grande equívoco dos jusnaturalistas está em oscilar entre a rendição ao “direito positivo” e a oposição irresolúvel entre direito natural e direito positivo como se fossem duas coisas separadas (LYRA FILHO, 2012).

A organização social que define os grupos dominantes também adquire um caráter jurídico na medida em que se apresenta como legítima ou ilegítima, opressora, etc. Entretanto, é na garantia democrática que parte do problema da realização do direito se encontra. Por isso, relevante saber qual a participação que as classes têm na determinação do sistema, eis que a grande inversão do direito está necessariamente em tomar as normas como direito e definir o direito pelas normas, limitando-as à vontade do Estado e do grupo dominante.

Por esse fato é que direito e Justiça caminham juntos, todavia lei e direito já não seguem a mesma ordem. Por isso pode-se afirmar que a Justiça verdadeira não está nas leis, mas no processo histórico de que é resultante, pois é nele que se realiza progressivamente.

No mais, a desordem é um processo histórico, e o reino da liberdade (para o qual não há um modelo fixo), ideal de progresso, passa obrigatoriamente por um processo democrático. Nesse contexto, a própria utopia pode ser considerada fato histórico e conter em si a função social de inspirar a reestruturação dos padrões assentes, essencialmente quando representa o sinal de inquietação dos espoliados e oprimidos (LYRA FILHO, 1986).

E continua o autor a referir que:

Justiça é Justiça Social²², antes de tudo. É “atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação de uma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade²³” (LYRA FILHO, 2012, p. 99).

Por fim, direito é processo dentro de um processo histórico. É algo em mutação. Não está pronto e acabado. É o resultado dos movimentos de liberdade das classes e dos grupos. É, em uma visão dialética, na Justiça que se encontra a sua fonte atualizadora – uma perspectiva progressista do processo histórico presente. É o direito a positivação da liberdade

²² “A contradição entre justiça real das normas que apenas se dizem justas e a injustiça que nelas se encontra pertence ao processo, à dialética da realização do direito, que é uma luta constante entre progressistas e reacionários, entre grupos e classes espoliados e oprimidos e grupos e classes espoliadores e opressores” (LYRA FILHO, 2012, p. 95).

²³ “O que é essencial no homem é a sua capacidade de libertação, que se realiza quando ele, conscientizado, descobre quais são as forças da natureza e da sociedade que o determinariam, se ele se deixasse levar por elas” (LYRA FILHO, 2012, p. 94).

conscientizada e conquistada nas lutas sociais. É a formulação dos princípios da Justiça Social. E por que não assim dizer, é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade (LYRA FILHO, 2012).

É nessa liberdade, na liberdade de cada um que se encontra a essência do direito, “tudo o mais ou é consequência, a determinar no itinerário evolutivo, ou é deturpação, a combater como obstáculo ao progresso jurídico da humanidade” (LYRA FILHO, 2012, p. 104).

Assim, ao procurar estabelecer as relações entre direito e Justiça, direito e ideologia, direito e conflito social, discutem-se as várias dimensões do direito, apresentando-o não como um conjunto imutável de regras, mas como atividade em permanente transformação.

Desmistificar a ideia desenvolvida nas universidades de um direito positivista, de que direito é um conjunto de regras, na sociedade atual, é algo a ser trabalhado, a ser desenvolvido. A interpretação que se dá ao direito como sinônimo de leis, precisa e deve ser alterada. É preciso resolver o inconformismo fundado num processo histórico em uma interpretação dialética social e humanística do direito. Afinal, o direito deve e existe fora da lei.

É necessário alternar a ordem jurídica positivada para uma interpretação constitucional, mais social, mais humanística, dentro de uma sociedade em constante evolução. Saber o que é direito e a noção de Justiça, estabelecida por um conflito dialético social, envolto a um direito positivo e a um direito natural, é essencial para a compreensão de sua função social.

Não estagnar o direito a uma ordem posta é a essência e a necessidade de se fazer do direito a melhor Justiça, de com urgência alterar a ordem das coisas, pois nenhuma ordem, por melhor que seja, pode eternizar-se. Caso contrário, todo processo de libertação humana estará fadado ao insucesso.

A fim de mudar a ordem das coisas, é necessário, além de indignar-se, ter argumentos suficientes e embaixadores para essa alteração, e tal deve partir essencialmente da conceituação do que é o direito que envolve e permeia toda a problemática jurídica vigente. A versão do mundo de outrora, ao ideal de um mundo atual. A necessidade de um direito com função social. E um direito com função social não pode parar no tempo, ao contrário, deve ser feito ao seu tempo.

Ademais, não se pode perder de vista que cumpre ao Poder Judiciário, em suas decisões, sujeitar-se aos preceitos constitucionais, dentre os quais, possibilitar a realização de um Estado Democrático de Direito na concretude de direitos fundamentais. Constitucionalizar o direito não pode ser apenas mais um “jargão” das salas de aula. Constitucionalizar o direito funcionalizando sua base e essência principiológica é permitir que, dentro das salas de aula,

decisões judiciais futuras saiam amadurecidas para um novo direito, um direito que busca, na sua concretude, promover a segurança jurídica não nos falseados de interpretação, mas na interpretação segura e isonômica dos princípios. A releitura do direito com base em um ideal de Justiça. A promoção de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana.

Assim, se pela interpretação, pode-se justificar a presença de vários sentidos para uma mesma regra, quando isso acontece por parâmetros constitucionais, embora a personalidade do julgador seja distinta, seu critério de julgamento será único e exclusivo, portanto, o mais “verdadeiro” e “justo” frente aos anseios humanos, aos anseios de uma política jurídica constitucional, o que era diferente, ficará agora, completamente homogêneo, cada caso é, sem sombra de dúvidas, um caso, mas cada caso, sem qualquer tentativa de parecer reincidente, merece o máximo possível alcançar seu destinatário, a efetivação da dignidade humana, por intermédio da garantia e realização de direitos fundamentais.

Nesse compasso, a tentativa do positivismo em descartar a Justiça e a eficácia²⁴, e consagrar a validade como critério de juridicidade da norma como válida, torna-se completamente desarrazoada diante do contexto jurídico atual, podendo-se dizer que, para o positivismo, o direito constitui o fundamento do próprio direito e não os fatos (poder) e ou os valores (justiça), formando um conceito autônomo quanto ao plano fático e valorativo, ou seja, é o direito que determina o que é direito (BARZOTTO, 2004).

De tal sorte, essa visão resta prejudicada pelo fato do positivismo partir da ideia de que o direito positivo é um produto acabado, sendo a validade e a norma suprema suficientes para sua aplicação, o que não ocorre na singularidade dos fatos, motivo pelo qual, não há como afastar a reflexão positivista das categorias de justiça e eficácia, devendo, portanto, resistir ao ideal de segurança jurídica por muito tempo defendido, estando ciente de que esse ideal está na dimensão das coisas humanas (BARZOTTO, 2004), em que é impossível o descarte de valores e fatos.

Considerando o objetivo lançado, nesta primeira parte do trabalho, poder-se-ia dizer que os juízes têm, em suas decisões, a grande e essencial tarefa de atualizar²⁵ a Constituição, mesmo que a maior dificuldade esteja em encontrar um modo compatível com os ditames estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

²⁴ “A justiça é rejeitada por não haver consenso em torno do seu conteúdo. As várias concepções de justiça inviabilizam-na como critério de identificação do jurídico, pois como os resultados do apelo à “justiça” serão sempre incertos. A eficácia é recusada, porque com ela, só se pode identificar o direito *a posteriori*, tornando-o, assim, imprevisível” (BARZOTTO, 2004, p. 139).

²⁵ Entenda-se “atualizar” no sentido de decidir de acordo, em conformidade com os princípios constitucionais.

Apesar de tal modo de compatibilização ainda ser controverso e discutível, a ponto de não caracterizar-se discricionariedade ou atribuir funções máximas e absolutas de legislador a poder diverso, necessário que, mesmo diante desses percalços, mantenham-se decisões judiciais contemporâneas ao seu tempo, ao tempo de um Estado Social Democrático de Direito, que clama todos os dias por direitos fundamentais efetivos à qualidade de vida e dignidade da pessoa humana.

Dworkin (1999, p. 3) em sua obra *O império do direito* já referia que:

A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo.

Isso porque a arte de decidir é a arte de conceber ao ser humano o que há de melhor, nada que lhe coloque em uma situação de desigualdade perante os demais, ou que reconheça subjetividade de interpretação por parte do julgador, mas tudo aquilo que constitucionalmente lhe é garantido em um “contrato” firmado desde 1988. Nada além disso.

Portanto, reconhecer nos princípios constitucionais sua função social, interpretar constitucionalmente os fatos não caracteriza decidir de qualquer jeito ou sem “freios”, “fora da lei”, todavia caracteriza caminhar rumo a uma atualização constitucional, que, embora sábia e indiscutível, muitas vezes, continua omissa em função das decisões que envolvem o Judiciário, no medo constante de fugir “da lei”, do “direito posto”. Contudo, fugir relativamente dos preceitos positivistas é a máxima que se procura, não para ratificar uma “desordem”, mas para se estabelecer efetivamente a “ordem”, uma ordem voltada, antes de tudo, “ao” e “para” o ser humano.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE²⁶ E A POSSE NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O direito de propriedade é considerado o maior de todos os direitos reais, um direito por excelência, que somente sofria intervenção do Estado, no modelo liberalista, para impedir violações por parte de terceiros nos direitos de usar, fruir, dispor e reaver conferidos ao proprietário.

Nesse ápice, a partir do advento do Estado do Bem-Estar Social, o eixo gravitacional do Direito Privado, representado pelo Código Civil, desloca-se à Constituição Federal de 1988, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a aplicação das regras ordinárias, como podem incidir diretamente na concretude de direitos fundamentais.

Por ora, objetiva o presente capítulo verificar se o processo de constitucionalização do direito civil, em especial do direito de propriedade, influi na efetivação de direitos fundamentais. Para tanto, será amparado em ensaios bibliográficos e julgados destacados, com o fito de compreender e responder, com clareza concreta, à problemática que ampara tal objetivo: “até que ponto a constitucionalização do Direito Civil, em especial do instituto jurídico da propriedade, pode interferir na efetivação de direitos fundamentais?”.

O referido capítulo, assim, procura reconhecer a importância da constitucionalização do Direito Civil na regulamentação e aplicação das normas constitucionais no que tange à propriedade e sua função social, vista esta última não como um limite constitucional à liberdade do proprietário, mas como conteúdo de uma propriedade relativizada em prol de direitos e deveres de solidariedade social, destacando-se nas jurisprudências colhidas, o direito de propriedade e o princípio da função social – “desenhando” a transição da propriedade absoluta para a propriedade com função social.

2.1. A POSSE E A FUNÇÃO SOCIAL: PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS – A PREVALÊNCIA DA POSSE FUNCIONALIZADA EM DETRIMENTO DA PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA

A função social trouxe consigo mudanças necessárias e condizentes à propriedade moderna, contudo sua funcionalidade só é possível, quando há a utilização efetiva do bem,

²⁶ Sabe-se, ao mesmo tempo em que se ratifica a não existência de uma única e exclusiva propriedade, e que ela habita tanto o campo material quanto o imaterial, todavia o título aborda a expressão “a propriedade” na sua forma singular, tendo em vista que este trabalho tem como objetivo contextualizar a problemática delineada apenas ao que tange à propriedade imobiliária.

uma vez que a propriedade não pode atuar como fonte de acumulação de riqueza, o que certamente aconteceria durante sua inércia. A par disso, a posse torna-se extremamente relevante na concretude da função social, eis que ela poderá ser decorrente do possuidor proprietário ou do possuidor não proprietário, passando a ser necessária também para a manutenção de direitos reais e constituição de outros.

Já na propriedade, a relevância da posse é ainda maior, pois, em sendo condição para a função social, o seu não exercício enfraquece o direito de propriedade, ou até mesmo o elimina, como exemplo, o instrumento aquisitivo da propriedade – a usucapião, preenchendo de tal forma condição da própria existência do direito (TORRES, 2010).

Embora tanto a propriedade quanto a posse possam existir isoladamente, propriedade sem posse é vazia, por tal fator que a função social, que provém desse exercício natural da posse, vem proporcionar um caráter mais dinâmico à propriedade, o que induz a confirmação de que na realidade é a posse que tem função social, que é, por meio dela, que o proprietário exerce seu compromisso diante da nova propriedade constitucional, e se “esquiva” de qualquer consequência que possa punir ou excluir o exercício ou o direito de propriedade em si.

Desse modo, o princípio da função social foi elevado à categoria de direito fundamental, com eficácia direta e horizontal, estando densificado, sem sombra de dúvidas, pelo princípio da função social da posse, daí o elo entre posse e propriedade, evidenciando-se que, na mesma proporção que o liberalismo aproxima a noção de liberdade à propriedade, a de posse também se vincula à de propriedade (ARONNE, 2006).

Ademais, para Miguel Reale (1986), o novo sistema privado de Direito Civil Brasileiro ao tangenciar a socialidade como princípio, optou pela humanização do direito, inserindo as regras jurídicas num plano de vivência social. Assim, a posse-trabalho passa a ser contradita aos modelos civilistas anteriores de posse, pois uma coisa é ter posse e dar valor aos frutos e a moradia que ela pode privilegiar; outra é ter a posse e deixar a terra abandonada a fim de que ela adquira valor pelo trabalho alheio. No mais, “[...] é que a terra, o solo que comporta uma atividade humana é que tem uma função social, e não eventual direito ou título que se tenha sobre a terra” (TORRES, 2010, p. 310). A função social é relativa ao bem e não ao direito.

Sobre esse núcleo, destaca Teori Zavascki (2002, p. 844):

[...] por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens e não à sua titularidade jurídica, pois que os bens, que são fenômenos da realidade, é que são submetidos a uma destinação social e não o

direito, que é um fenômeno do pensamento. Utilizar ou não bens, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, corresponde a atuar, no plano real e não no campo puramente jurídico [...].

Por conseguinte, o legislador constitucional considerou como direito fundamental a moradia e o trabalho, que, de regra, para serem exercidos, independem do título jurídico de propriedade, daí o grande destaque da posse e em especial, de sua funcionalização. Para Aronne (2006), a positivação expressa da habitação, como direito fundamental, transita tanto nos regimes possessórios, quanto nas titularidades da propriedade. Tal vinculação coaduna com os fins estabelecidos para a posse e a propriedade em um Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, caberá ao julgador, em decorrência do princípio da legalidade, exigir provas do cumprimento da função social do bem em questão, mesmo nas ações possessórias, pois tal conteúdo redesenhou o direito de propriedade. Em outros termos, cabe ao Estado verificar se os particulares estão perseguindo o alcance de função social aos seus bens, e caso contrário, aplicar institutos jurídicos punitivos/coercitivos previstos no ordenamento jurídico (ARONNE, 2006).

Por derradeiro, em havendo um direito à moradia, e em sendo esse oponível *erga omnes* e sua dependência dependendo de ocupação espacial, não importa o tipo de ocupação, pois a necessidade é o fator determinante para que isso aconteça (TORRES, 2010). Então, “independentemente da natureza que ostente a posse controvertida, para que seja reconhecida e tutelada, o sistema jurídico impõe um filtro axiológico através da função social da propriedade” (ARONNE, 2006, p. 263). Uma posse não funcionalizada não vislumbra qualquer tipo de tutela por parte do Estado. Melhor dizendo, a posse funcionalizada pode ser traduzida em um direito subjetivo virtual, pois não há tutela estatal que a garanta, tampouco autotutela que se legitime.

Desse modo, a partir da eficácia dos direitos fundamentais, aparece a necessidade de uma releitura da propriedade e de sua função social, e tal proposta inicia-se pela posse, um novo paradigma a se estabelecer para a interpretação dos artigos 1196 e 1210, ambos do Código Civil de 2002.

No mais, não reconhecer “o princípio da função social da posse, enquanto concretizador do princípio da função social da propriedade decorre de uma redução do instrumental principiológico, apto para aferir da juridicidade da conduta do possuidor, o qual não necessariamente é o proprietário” (ARONNE, 2006, p. 264-265).

Sob esse manto, perceber o julgador a interpretação que mais eficácia dê aos direitos fundamentais, bem como a todo o conteúdo principiológico que o norteia, representa um dos papéis da hermenêutica contemporânea, lastreada dentre outros, em princípios como da unidade e hierarquização. Diante de tal afirmação e demais preceitos constitucionais preconizados, a posse somente é apta a ser tutelada quando se mostrar funcionalizada pelo respectivo possuidor. Assim, integrando a função social à noção contemporânea de posse, no caso de conflito possessório, é dado ao julgador perquirir do autor acerca da funcionalização da posse (ARONNE, 2006).

Não é devido prender um direito fundamental a uma interpretação que reduza sua eficácia. Daí por que a constante busca da efetivação de todo o catálogo de direitos fundamentais, e a incessante ventilação do círculo hermenêutico, evitando-se a estagnação da jurisprudência como um todo, não só na esfera do Direito Civil (ARONNE, 2006).

Por fim, não há que se negar que a “noção de função social adere à noção de posse a partir da irradiação principiológica que alimenta axiologicamente o sentido das regras jurídicas” (ARONNE, 2006, p. 266). Isso porque tratar a posse é, sem sombra de dúvidas, discutir seus efeitos, dentre os quais, está o redimensionamento da posse pela cláusula fundamental de funcionalização, afetando-a para a concretização de um Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse ápice, é na Constituição que o ordenamento jurídico alimenta as regras que o integram. Por isso, pensar o Código Civil, ao que tange à posse, de forma apartada desse contexto, é “retalhar” o ordenamento, minimizar seus propósitos e mitigar seus valores.

Nas palavras de Aronne (2006, p. 270):

[...] Não se tratam de novas roupagens a encobrir uma mesma percepção, mas de uma guinada teleológica, amalgamando o instituto à uma sociedade pluralizada para à qual o Direito há de ser instrumento e não um severo e insensível grilhão, transformando a posse em um Prometeu acorrentado, cujo fígado exposto denuncia a fratura social que dela emerge.

Nesse contexto, a função social da posse passa a ser condição protetiva ao direito de propriedade, no que tange a seu conteúdo e próprio conceito, pela função social que lhe é devida por comando constitucional, sendo aceitável a ideia de que se protege a posse para proteger a propriedade, pois se aquela estiver funcionalizada, esta também estará (TORRES, 2010).

Por derradeiro, o que se pretende demonstrar é que a posse funcionalizada, mesmo que independente de título aquisitivo da propriedade, merece proteção em face do proprietário que

não está dando função social à sua propriedade. É o reconhecimento do conteúdo constitucional da propriedade, qual seja, da função social, independente de sua origem advir de um título de propriedade ou de uma relação singela de fato, tal como é a posse. Isso tudo porque a propriedade sem função social não merece e não receberá tutela estatal.

José Afonso da Silva abraça a lição de Pedro Escribano Collado de que “o princípio da função social constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento de atribuição desse direito, de seu reconhecimento e de sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo” (SILVA, 2001, p. 250). Para tanto, é necessário reconhecer, com base nos ditames (princípios e valores) constitucionais, a autonomia da posse e sua função social, instrumentalizando-a para a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais (TORRES, 2010).

A corroborar, Saleilles (1909 apud TORRES, 2010, p. 351) afirma:

“La posesión es el campo de la apropiación individual, en el amplio sentido de la palabra, fuera de los límites severos del dominium; fue protegida para defender los intereses económicos de cuantos disfrutaban una apropiación que se reputaba suficiente, sin tener para nada en cuenta el dominium, y á veces para conseguir ampliar la propiedad ó atenuar su rior; es la revancha contra el derecho, ó si se quiere el terreno donde germinaron nuevos derechos individuales opuestos al derecho absoluto inflexible y redigo de la antigua propiedad romana” (grifo do autor).

Em outros termos, é preciso enaltecer e confirmar a prevalência dos princípios constitucionais de proteção da posse frente à propriedade desfuncionalizada, essencialmente quando se tratar de discussões possessórias ou petitórias.

2.2. DA PROPRIEDADE À FUNÇÃO SOCIAL: A RECONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO COM BASE NA REFORMULAÇÃO DE SEU CONTEÚDO – PROPRIEDADE-FUNÇÃO E PROPRIEDADE DIREITO SUBJETIVO

Estabelece o Código Civil de 2002 que proprietário é aquele que tem o direito de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. Nessa senda, estabelece a referida lei que a propriedade tem que dar possibilidade de uso ao seu proprietário e que assim sendo, deve ele usá-la. Isso porque, embora ordinariamente à disposição “flerte” com o proprietário, como se atuasse em meio a faculdades, constitucionalmente não é essa 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”, retornando para essa coletividade, quando não satisfeitas as exigências mínimas. É isso que se espera do proprietário – é o que “desenha” a propriedade constitucional.

Tal fato justifica-se pela formação de valores protegidos pela Constituição, mas eficazmente esquecidos no campo das relações privadas. A autonomia que impera nas 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.

E é aí que surge o direito constitucional como uma moldura dentro da qual o intérprete, exercendo sua criatividade e senso de justiça, tomará suas escolhas dentro de um conjunto de normas orientadoras em princípios, fins públicos, programas de ação, sem, contudo, exercer comandos voluntaristas de matizes variadas (BARROSO, 2003).

Isso porque toda interpretação jurídica é uma interpretação sistemática, conforme a Constituição. Nesse caso, funciona e atua como matriz axiológica de todo o ordenamento jurídico; de modo que toda normativa existente está por ela alicerçada ao alcance de um Estado Social e Democrático de Direito. Nessa esteira, na medida em que a Carta Magna vincula o direito de propriedade ao cumprimento da função social, o que se controla judicialmente são a eficácia e a oponibilidade (ARONNE, 2006).

Por isso, compreender uma norma importa, como bem aduz Hesse (1983, p. 44-45 apud ARONNE, 2006), concretizar principiologicamente seu conteúdo:

“‘Comprender’ y, com ello, ‘concretizar’ solo es posible con respecto a un problema concreto. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aqui y ahora. Esta determinación, así, como la ‘aplicación’ de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a um determinado supuesto de algo preeistente, general, en si mismo comprensible. No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”. (grifos do autor)

A melhor interpretação é aquela que traz uma maior e melhor eficácia ao princípio da função social, direito fundamental que traz ao ordenamento jurídico valores protetivos da pessoa humana – dignidade humana como vetor jurídico-axiológico²⁷ –, no intuito de

²⁷ Art. 1, III, da Constituição Federal de 1988.

concretizar uma sociedade igual, justa e fraterna (ARONNE, 2006). A existência passa a predominar sobre o patrimônio.

Tangenciando tais argumentos, o repensar do instituto jurídico da propriedade é algo que aflora desde as concepções de matrizes liberais até sua transição para a matriz social na afirmação de um Estado Democrático de Direito. Contudo, talvez a dificuldade maior nesse sentido e que tenha causado maiores embaraços, tenha sido repensar a propriedade não mais como um direito subjetivo, mas, sim, como função social. O grande impacto para essa reviravolta se afirma com mais necessidade e urgência no processo de Constitucionalização do Direito Civil, surgido do processo de redemocratização do país com a Carta Constitucional de 1988.

No entanto, tal questão auferia outro aspecto muito mais saliente e preocupante, pois, se não mais considerada como um direito subjetivo, a propriedade deixaria de pertencer ao Direito Privado, a fim de, conseqüentemente, migrar para o Direito Público (TORRES, 2010).

No intuito de apaziguar essa preocupação, Josserand (1952 apud TORRES, 2010) afirma que a noção de absoluto não é desse mundo, tendo em vista que as faculdades jurídicas, nas quais também se incluem as decorrentes dos direitos reais, em especial, o direito de propriedade, realizar-se-iam em um meio social, e por tal motivo, comportam limites. Ainda destaca Josserand (1952, p. 104 apud TORRES, 2010, p. 211-212) que:

Este derecho es relativo em su ejercicio, em su realización, en el sentido de que no puede ser utilizado impunemente sino em el plano de su misión social, em la línea de su espíritu em outro caso, su titular, a decir verdad, no usa ya, sino que abusa del derecho de propiedad es decir, una desviación de esse derecho com relación a su objeto, y compromete con ele su responsabilidad. Si los poderes públicos nos reconocen derechos, no es para realizar la injusticia, sino para hacer uso legítimo y regular de dichos derechos.

Isso representa de fato que na realidade os direitos subjetivos são direitos-função que devem permanecer no exercício da função que representam. Qualquer conduta contrária seria uma afronta ao fim contemporâneo da instituição da propriedade privada, pois há uma necessidade de que o uso dessa propriedade não se limite ao caráter egoístico de seu proprietário, todavia na satisfação do bem comum.

De outra mão, poder-se-ia dizer que ter um direito subjetivo, uma *facultas agendi*, pela Teoria da Vontade de Windscheid, seria, em alguns momentos, ter a sua vontade mais forte que de outro ou diversos outros. Enquanto para Ihering, pela Teoria do Interesse, a tal *facultas agendi* de Windscheid seria um interesse juridicamente protegido, ou seja, onde não houvesse lei para regulamentar a forma como o direito deve servir ao seu titular, a vontade desse titular

é que regularia seu prumo. Em contrapartida, conforme Jellinek, o direito subjetivo é o poder de querer ou de impor aos demais indivíduos a sua vontade (TORRES, 2010).

Tais indagações e a noção de direito subjetivo, mesmo que vistas e delineadas sobre diversos ângulos, passam a ser fundamentais à discussão da propriedade ou ao direito de propriedade, pois a origem em uma sociedade individualista faz com que se perceba o direito como instrumento em função do indivíduo.

Para alguns, até mesmo poder-se-ia mencionar certa incompatibilidade entre direito subjetivo e função social que se representaria “na oposição entre deveres e liberdades, entre um direito civil renovado e o direito civil oitocentista” (VARELA; LUDWIG, 2002, p. 765 apud TORRES, 2010, p. 216). De outra banda, para Eros Grau (2000), essa incompatibilidade não existe, pois exercer um direito subjetivo é realizar comandos autorizados e no formato que o ordenamento jurídico autoriza.

Com efeito, o direito subjetivo, por mais que se tente negar em certos momentos, está atrelado a uma finalidade social, mesmo que de início se relacione a uma finalidade individual pela sua titularidade em si. Isso porque até mesmo a realização individual está ligada a uma finalidade social. E quando se aborda a função vinculada ao direito, o princípio da função social da propriedade, o aspecto mais importante que se deve considerar é a sua concretude.

Não reconhecer uma finalidade social no direito subjetivo, considerando que os indivíduos vivem em sociedade, seria o mesmo que legitimar o abuso de direito que, por ser exercício, apesar de sem finalidade social, mereceria proteção (TORRES, 2010). Por óbvio, quando se delega à propriedade uma função social, não se está negando a existência de uma propriedade individual sobre a qual o proprietário possa exercer seu poder.

Para Perlingieri (1997, p. 120-121):

[...] o perfil mais significativo, referindo-se ao direito subjetivo, é constituído pela obrigação, ou dever, do sujeito titular do direito de exercê-lo de modo a não provocar danos excepcionais a outros sujeitos, em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social. Isso incide de tal modo sobre o direito subjetivo que acaba por funcionalizá-lo e por socializá-lo.

Surge, desse modo, uma nova concepção de propriedade, que, por ter atribuído a si um dever de função, não perdeu sua natureza de direito subjetivo individual e privado, apenas não se concebeu mais ao proprietário uma posição jurídica de absoluta soberania, pois a utilização de sua propriedade não pode autorizar sacrifícios aos outros. Em outros termos, a funcionalização do direito subjetivo de propriedade enaltece e torna possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de acordo os preceitos constitucionais estabelecidos,

pois, em prol da coletividade, “dosa” o egoísmo que poderia advir do exercício de um direito, tal qual a propriedade, na realização do bem comum, na efetivação de direitos subjetivos fundamentais de todos.

“Os institutos jurídicos existem e sobrevivem se e quando atendem aos interesses do homem e muito pouco adianta sua existência se não resultarem em benefício para o homem” (TORRES, 2010, p. 221). Nesse contexto, claro está que a propriedade não é mais a mesma de outrora e que seu conteúdo sofreu grandes transformações/interferências a partir de 1988 com a função social, transformações estas que não devem ser analisadas “nem tanto céu, nem tanto terra”, ou seja, “nem só social, nem só individual”, mas de forma ponderada a promover sua real função – o dever de solidariedade individual.

Assim, mesmo que se trabalhe a função social com base na definição legislativa, essa orientação não deve ser tida por absoluta, pois não caberia e por certo, não seria o mais sensato “engessar” ao magistrado a conhecer da função social somente nos casos nominados em lei, caminhando para uma interpretação literal e retrógada, em pleno Estado Democrático de Direito.

Na realidade, o instituto da propriedade, com a instituição do Estado Democrático de Direito, formulado na Constituição Federal de 1988, passou por uma enorme mudança, ensejando o que se poderia chamar de reconstrução normativa da propriedade, indo muito mais além do simples usar e abusar do bem (FINGER, 2000).

Diante de tal contexto, observa-se que o que mais distancia a propriedade de 1988 daquela tangenciada pela codificação civil é sua inserção na ordem dos direitos fundamentais e ao seu lado a exigência, também fundamental, de atendimento à função social. A corroborar tal sistemática constitucional e a valoração da aplicação/observação da função social como paradigma conceitual de uma propriedade atual, destaca-se julgado trazido pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, que, mesmo mais remoto, já remonta a ideia da reconstrução do conceito de propriedade a partir do conceito de função social.

Dentro da perspectiva de aplicação direta da Constituição pelo julgador, embora contrária às regras civis positivadas, destaca-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 598360402, julgado em 06/10/1998, no qual alguns integrantes do Movimento Sem Terra agravavam liminar de reintegração de posse sobre área arrendada e deferida pelo juízo ao esbulhado. No caso em tela, os desembargadores Guinter Spode e Carlos Rafael dos Santos Júnior decidiram que deveriam prevalecer os direitos fundamentais à moradia e ao trabalho, considerados como o

mínimo para a garantia da dignidade da pessoa humana, em detrimento dos interesses puramente patrimoniais da arrendatária (FINGER, 2000).

Reconheceu o acórdão alhures que a propriedade não atendia a sua função social, haja vista as dívidas fiscais da arrendatária, apesar de produtiva. Vê-se, portanto, que na análise dos direitos fundamentais, embora o texto civilista, em relação à propriedade juridicamente constituída, autorize a sequela, primou-se pelos devaneios decorrentes da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

Nesse âmago, para o próprio Kelsen (2007), a interpretação do direito não apresenta uma interpretação correta, pois a norma coloca ao aplicador do direito à sua disposição apenas uma moldura, cabendo-lhe preenchê-la, de acordo com valor ou valores vinculados à Constituição.

Não é inadequado registrar, assim, que causa perplexidade que se defenda ainda a inexistência de força normativa à Constituição Federal, a norma superior de um ordenamento jurídico, eis que, impregnada como é dos valores imanescentes da sociedade, a Constituição é certamente o legítimo repositório dos valores que devem os aplicadores do direito se valer na busca de uma Justiça comprometida com o seu tempo (FINGER, 2000).

Isso porque “não é de se fazer coro com aqueles que temem ou proclamam, com uma ponta de nostalgia, o desaparecimento do Direito Civil”, pois o que desapareceu foi apenas o Direito Civil Próprio do Estado Liberal, em que os grandes destaques aportavam ao individualismo e ao patrimonialismo das relações jurídicas (FINGER, 2000, p. 104).

2.2.1. Estado do bem-estar social: do código civil à constituição federal de 1988 – o direito fundamental à propriedade - uma mudança de eixo

A partir do advento do Estado Social, o eixo gravitacional do Direito Privado, representado pelo Código Civil, desloca-se para a Constituição Federal de 1988, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a aplicação das normas ordinárias, como podem incidir diretamente sobre relações jurídicas privadas. O interesse individual, característico do Estado Liberal, “dá licença” à conciliação entre o interesse individual e o interesse social ao Estado Social.

A Constituição Federal de 1988, em seu processo de redemocratização, traz uma nova perspectiva no que tange ao direito de propriedade. Revolucionaria de forma clara e cogente o conteúdo da propriedade. Lança sobre ela o ideário de promover a eficácia constitucional da função social. O processo de constitucionalização toma a função social como conteúdo e não

mais apenas como limite da propriedade, enaltecendo valores essenciais, como a afetividade e a solidariedade.

Com a transição do Estado Liberal ao Estado Social, o Direito Civil se transforma, e a autonomia da vontade, até então quase que absoluta no primeiro, passa a ser mitigada por princípios e valores sociais e pela propriedade. Ao tomar esse parâmetro, no Estado Social, somente haverá tutela estatal, se houver função social (CARNACCHIONI, 2010).

Tal processo de constitucionalização dita ao Código Civil, durante a elaboração de seu projeto, a socialidade como princípio permanente e incidente sobre as normas privadas, cujo sentido é a humanização do direito, a relevância da vida social. É a adequação das normas privadas aos interesses e direitos democraticamente escolhidos e protegidos constitucionalmente.

Poder-se-ia, assim, dizer, no que tange ao direito de propriedade, que toda e qualquer atividade que afete de forma negativa os interesses fundamentais da coletividade representa o não cumprimento da função social (PILATI, 2011). “A função social, com esse novo desenho do coletivo, redimensiona o individual e o público-estatal, como o próprio conceito de propriedade e a respectiva tutela jurídica – em termos estruturais” (PILATI, 2011, p. 75).

Reafirma a ideia de que somente se terá efetiva a função social se resgatada a dimensão participativa, constitucionalmente delineada pela Carta de 1988, pois é essa dimensão que representa a coletividade, isso porque, antes de mais nada, a função social é espaço coletivo, e para tanto, carece de estrutura participativa e democrática (PILATI, 2011).

Contudo, é importante auferir que função social não é apenas solidariedade de um proprietário por determinação do Estado com a sociedade, mas, sim, que a ordem social não pode restringir-se apenas ao indivíduo e ao Estado (PILATI, 2011), mas ao Estado, indivíduo e à sociedade – três personagens de peso à idealização e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

De outra banda, reconhecer na propriedade uma função social é amalgamar adaptações a uma propriedade moderna, em que tal funcionalidade somente é possível, com utilização efetiva, visto que a inércia da propriedade seria apenas fonte de acumulação de riqueza e nada mais (TORRES, 2010).

Surge, então, a necessidade de normas de ordem pública, mas, acima de tudo, para a segurança e bem de todos, de interesse social. Talvez aí esteja o “álibi” utilizado pelo Estado para intromissões na autonomia privada, no direito e garantia de liberdade do particular, do direito de liberdade sobre a “sua” propriedade privada.

Na realidade, a Constituição Federal não refere o que seja função social, mas a trata como princípio ativo, outorgando papéis tanto aos órgãos públicos, particulares, sociedade, bem como às esferas da Federação em que se apresentem (PILATI, 2011).

Tal aparato vem muito bem afirmado e delineado pelo artigo 5, incisos XXII e XXIII, do texto constitucional que garante a propriedade como direito fundamental dotado de função social, em outros termos, não existe mais propriedade descompromissada com o coletivo. Independente do formato em que essa propriedade possa vir a se apresentar, se diante da ordem econômica, dos meios de produção, do meio ambiente, da propriedade urbana ou rural, de qualquer forma, em qualquer meio, antes, a propriedade deverá trazer e oferecer o retorno à coletividade. Nada mais do que a confirmação de que a propriedade a ninguém, efetivamente, pertence, só foi emprestada ao indivíduo a fim de que ele pudesse desenvolver sua própria função social na melhoria da qualidade de vida digna do “eu”, mas no atributo do “nós”.

Não é de agora a ideia de que a propriedade a ninguém pertence e de que, enquanto provisoriamente alguém dela se utilizar, deverá responder pelo seu uso em prol também da coletividade. A corroborar, Rousseau (1755 apud TORRES, 2010, p. 130-131) refere que:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado o gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos tivesse gritado aos seus semelhantes: Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos si esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém.

Assim, falar de propriedade é ir além de normas jurídicas cogentes e hierarquicamente superiores, é falar de justiça social, é falar de uma sociedade, que, para ser livre, justa e solidária, precisa desenvolver sentimentos de fraternidade (mesmo que impositivos) na sua aspiração de liberdade. Ser livre, em um Estado Democrático de Direito, está muito além de “fazer tudo o que se quer” – dos direitos de liberdade, mas em atuar com responsabilidade em uma liberdade individual determinante na vida de toda uma coletividade – os mais amplos deveres de liberdade. Afinal, para se ter direitos, é necessário também estender as atitudes ao campo dos deveres.

Com isso, “a propriedade do Código Civil fica reduzida a um pano de fundo em face da norma constitucional, que cria propriedades especiais em contornos de função social, como as propriedades urbana e rural” (PILATI, 2011, p. 106).

Contudo, ao criar tal conteúdo inerente à propriedade não se está retirando do indivíduo sua tutela de liberdade, na expressão de sua autonomia privada, mas normatizando, de forma relativa, a liberdade, que pode interferir em outro direito fundamental de todos – a propriedade. Propriedade esta protegida constitucionalmente; embora não pertencer a todos, a todos poderia estender a concretização de direitos mínimos, como moradia, trabalho, lazer, família. A mais legítima mitigação da liberdade em prol de interesses coletivos, ao seu fim, comum e objetivo de todos.

De tal contexto extrai-se a ideia de que a função social não pode esgotar-se apenas na ideia de princípio e sanção, pois não é um apêndice da propriedade, todavia o contexto de todos os poderes exercidos no Brasil (PILATI, 2011).

Observa-se, de certa forma, do texto constitucional, essencialmente no art. 5, a existência de uma função individual, representada na clara e ampla proteção do indivíduo e de sua família, mas, além disso, identifica-se, de forma muito mais incisiva, a relativização do conceito absoluto e individual da propriedade, que, como direito subjetivo, passa a denotar um caráter; o qual apresenta, mesmo ao ser privado, função social.

E se a função social atuar como princípio (pensamento divergente na doutrina) deverá ser realizado sem qualquer restrição, mesmo que para tanto haja intromissões estatais na esfera privada, visto tratar-se de princípio constitucional fundamental, e nessa esteira, serve de sustentação e edificação da Constituição, em tese, democraticamente validada.

E enquanto princípio constitucional atinge os supedâneos da dignidade humana, o que faz lembrar Bobbio (1992, p. 5) ao mencionar que “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Poder-se-ia, talvez, tentar compreender Bobbio, arriscando-se a dizer que o modelo de propriedade de ontem não serve mais para o modelo de sociedade de hoje. A mudança de Estado, de valores e direitos faz com que o ordenamento jurídico caminhe para uma regulamentação sistemática, mais voltada ao seu tempo, contemporânea ao seu povo, e hoje esse “povo”, reclama, além da liberdade, pela solidariedade, pelo sentir, pelo outro.

É nessa perspectiva que a propriedade deve ser reconhecida e protegida, uma propriedade que atua em prol da garantia dos direitos de liberdade individual, sem esquecer que essa liberdade também comporta deveres, os quais estão representados na esfera de um Estado Social e Democrático de Direito, pelo dever de solidariedade.

Aufere-se, ainda, que a função social integra a propriedade, devendo ser suportada por quem, eventualmente, seja seu titular, em comparativo a um ônus a ser realizado em face da coletividade, que a todos pertence e a todos interessa. Em outros termos, a função social revela ao proprietário o lado *propter rem* frente à sociedade, como um direito subjetivo, coletivo, fundamental (PILATI, 2011).

Portanto, o social, em sentido moderno, é o coletivo, e se é o coletivo, legitimado estaria o Estado para mitigar a autonomia privada, mesmo como direito fundamental, para alçar direitos fundamentais de todos: direitos fundamentais de uma coletividade. É sob esse enfoque que o constitucionalismo começa a dar relevância aos direitos sociais e a função social, saindo de uma relação dúplice para uma tríplice – Estado, Indivíduo e Sociedade.

Contudo, “o fato de não mais ser um poder ilimitado não retira a essência de direito subjetivo, apenas limitado pelo interesse social – o qual passa a compor, a integrar, o próprio conteúdo da propriedade” (PILATI, 2011, p. 110).

Destarte, ao mesmo tempo em que a dignidade provém da autonomia (dimensão autonômica), exige também, para sua formação, a necessidade de proteção (dimensão assistencial) estatal e comunitária, decorrente da ausência de sua autodeterminação – o que poderia chamar-se de dimensão dúplice da dignidade. Por derradeiro, a autonomia da vontade poderá ser relativizada, quando analisada dentro do contexto de sua dimensão assistencial (protetiva) – o direito de ser tratado com dignidade (SARLET, 2009).

Ademais, imperioso o destaque dado por Tepedino (2001, p. 21-22):

A rigor, não há espaços de liberdade absoluta, ou territórios, por menor que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente compatibilizar institutos do direito privado com as restrições impostas pela ordem pública senão relê-los, revisitá-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional. [...] Trata-se, em uma palavra, de estabelecer nos 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.

Em uma análise também de direitos fundamentais individualmente considerados, a dignidade da pessoa humana constitui norma estrutural ao Estado e à sociedade. Por esse motivo, o respeito e a proteção também se estendem à sociedade, podendo ser advertidas em relação a terceiros (HABERLE, 2009).

O Estado Constitucional é fundamentado na soberania popular e na dignidade humana. É na dignidade humana que a soberania popular encontra seu fundamento. Em outros termos,

alude à ideia de um povo democraticamente constituído e orientado para e pela dignidade humana, bem como de que a dignidade ultrapassa um aspecto meramente jurídico da Constituição, alcançando também as tradições culturais, sonhos, experiências, as idealizações de um povo (HABERLE, 2009).

Ademais, não somente o Estado, com suas intervenções, mas também a sociedade pode intervir na dignidade humana, de forma positiva ou não. Mas acima de tudo, tendo em vista ser um direito público subjetivo, direito fundamental, deve o Estado criar condições para que isso aconteça (HABERLE, 2009).

O Estado intervém incisivamente na tentativa de consecução da justiça social, alterando o caráter de justiça retributiva para justiça distributiva, com acentuado intervencionismo e dirigismo contratual (TEPEDINO apud TORRES, 2010). Mais uma vez o Estado ataca a esfera da autonomia privada, porém esse ataque justifica-se na existência de deveres estatais e individuais de solidariedade.

A rigor, não há espaços de liberdade absoluta, cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente compatibilizar institutos do Direito Privado com as restrições impostas pela ordem pública, todavia relê-los à luz da legalidade constitucional (TEPEDINO, 2001).

A interferência do Estado no Direito Privado tem como único intuito revigorar os institutos de Direito Civil, longe, muitas vezes, da realidade contemporânea, algumas vezes, esquecidos, tidos como ineficazes. A ideia é tornar o Direito Privado compatível com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual. Não se trata de adjetivar o Direito Civil, mas de estruturá-lo aos “olhos da Constituição”, de forma a privilegiar os valores extrapatrimoniais, em particular, a dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos e valores para os quais deve voltar-se a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais (TEPEDINO, 2001).

É sob esse viés que se destaca a influência do Direito Constitucional sobre o Direito Civil, essencialmente ao que se refere às modificações das relações privadas, em um processo de transição democrática do Estado e legislação privada pertinente, além de afirmar a conversão jurídica contemporânea de uma hermenêutica constitucional determinante.

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.

A par disso, ser pessoa pressupõe uma consideração dos outros. Apenas o reconhecimento recíproco como ser livre, igual e necessitado possibilita o estado jurídico. O

reconhecimento como pessoa ou sujeito é necessário precisamente se se quiser viver num estado jurídico. A concepção de dignidade da pessoa humana traduz a noção do reconhecimento recíproco e, ao mesmo tempo, a consequência da opção por um Estado juridicamente ordenado (SEELMAN, 2009).

Nesse âmbito e com base no exposto até aqui, ratifica-se e acrescenta-se que o advento do Estado Social, caracterizado pela intervenção do Estado nas relações privadas, com objetivo de promoção de justiça e igualdade social, mexeu na dicotomia até então clara e perfeita, de Direito Público e Direito Privado, afetando diretamente os contornos da legislação civil, que na perspectiva liberalista, era reconhecida como “Constituição do Direito Privado”.

Tal formato gerou dificuldades de distinção entre Direito Público e Privado, pois o critério da prevalência da autonomia privada e da “quase nada” intervenção estatal perdeu sua relevância. Ainda mais, levando em consideração que, para a concepção liberal, o indivíduo era princípio e fim do ordenamento jurídico positivo; enquanto a propriedade privada, condição de liberdade, a razão de ser do Estado e do direito (LÔBO, 2009).

Contudo, com o advento do Estado Social, a codificação liberal configura sua crise, em virtude de o individualismo proposto por esse modelo tornar-se incompatível com as demandas sociais, com a intervenção do Estado nas relações privadas, perdendo o Código Civil, marcado por valores e costumes de cada povo, a sua centralidade para a Constituição Federal, na qual, essencialmente, valores imperativos das relações privadas migraram para o paradigma da socialidade e da solidariedade. O interesse social, o que não significa somente a vontade estatal, passou a ser primordial, não mais sendo aceitável uma codificação civil que tenha o indivíduo e sua vontade como soberanos (LÔBO, 2009).

Nesse norte, possível observar que o Código Civil de 1916, sob o ponto de vista ideológico, consagrava princípios liberalistas das classes dominantes, defensor da mais ampla liberdade de ação. Ao separar o Estado e a sociedade civil, concebe a Constituição como lei do primeiro; o Direito Civil, da segunda.

O Estado Social, por sua vez, intervencionista, reafirmou a dependência, na esfera social, dos indivíduos ao poder político emanado, diante da impossibilidade de eles proverem certas necessidades existenciais mínimas (BONAVIDES, 2001). Caracteriza-se, assim, o Estado Social como aquele regido por uma Constituição que estabeleça mecanismos de intervenção nas relações privadas econômicas e sociais, buscando, ao final, a concretização da justiça social.

A lógica dirigente da Constituição de 1988 é de um Estado de bem-estar social, em que Estado e sociedade civil não permeiam estruturas separadas, mas estruturas complementares, partes de uma mesma realidade (CASTRO, 2010).

E não poderia ser diferente, eis que a doutrina majoritária define o Estado com base em uma Constituição democraticamente legitimada, embora as imagens e as representações do Estado e da Constituição ainda façam parte das construções intelectuais e não das descrições ou traduções da realidade, destacando e revelando, sem qualquer contradição, um ímpeto político e ideológico (CANOTILHO, 2006). De outro norte, críticas em relação ao Estado Social também não faltam e são relevantes para serem destacadas.

Assim, a ideia de um Estado Social ficaria à mercê de uma Constituição dirigente. Nessa senda, o desaparecimento desta comprometeria a existência e manutenção daquele. E quanto a isso há muitos receios, eis que as sugestões de modificação das estruturas internas do Estado apontam a um Estado mais conforme com o mercado – para a criação de um Estado Economicizado. Tal Estado, nas palavras de Canotilho “mais elegante” propõe uma desconstrução do setor público estatal – a modernização do Estado e reforma da administração. Resultado, o Estado Social não passa de um mito e sua desmistificação exige mudança de paradigmas (CANOTILHO, 2006).

Nesse enredo, o paradigma jurídico-político deve ser substituído pelo paradigma econômico. Melhor dizendo, o “código econômico” resultará na revogação do “código constitucional” o que seria, para alguns, a morte do Estado Social, da Constituição Social (CANOTILHO, 2006).

Com a passagem do Estado Social, o Estado que ficaria seria um Estado Supervisor, e uma Constituição denominada pós-heroica. Em outros termos, discute-se quem dirigiria a sociedade diante da ausência de uma Constituição dirigente para uma dirigida? (CANOTILHO, 2006).

Alguns manifestam que a sociedade seria dirigida pela política, mas outros, como Luhman, aduzem que não existe uma direção política da sociedade, quando muito uma autodireção da política. Isso se dá principalmente pelo fato de, na maioria das vezes, a direção política ser resultado de uma conformação finalista e planificável da sociedade (CANOTILHO, 2006).

Define, então, que uma sociedade diferenciada é também uma sociedade de organização e organizações, e apoiado por Helmut, reforça a capacidade reflexiva dos sistemas sociais, mas com uma grande diferença: de um “Estado Heroico” intervencionista,

deve-se erguer um “Estado Pós-heroico”, um Estado Supervisor, que proporciona, mas não determina as convenções para a persecução do bem comum (CANOTILHO, 2006).

Contudo, apesar das críticas levantadas por Canotilho, na acepção de Gazola (2008), a Constituição Dirigente pode ter perdido sua utilidade em países de primeiro mundo, com situação econômica cultural e política absolutamente diferente da do Brasil, com uma prática democrática e constitucional consolidada, mas, no caso brasileiro, há a necessidade, sim, de uma Constituição Dirigente, de normas programáticas com eficácia normativa, de direitos subjetivos que possam ser acionados judicialmente à construção de uma efetiva democracia.

No mais, embora o modelo de Estado Social ainda receba críticas, já que, para alguns juristas, representa certa “insegurança jurídica” diante de seus padrões de solidariedade e justiça distributiva, ele continua a representar a vontade, os valores e os costumes de um povo (de uma maioria), contemporâneo a sua época.

Para o deslinde do feito e diante da conjuntura estabelecida pelo novo modelo de Estado, Boaventura de Sousa Santos (2011) ressoa ser verdade que a falta de políticas públicas e sociais consolidadas dificulta a efetivação de um número extenso de direitos decorrentes do processo de constitucionalização, contudo, não há que se negar que um caráter amplo de direitos, com base no controle da constitucionalidade, abre um espaço bem maior para a atuação e intervenção judicial.

Por conseguinte, embora críticas e contrariedades façam parte desse esforço histórico de passagem de Estado, após a promulgação da Constituição Federal, em uma primeira fase, o Estado passa a ser figura intervencionista nas relações privadas, porém o Código Civil não perde sua aparente centralidade e exclusividade (TEPEDINO, 2001).

Já em uma segunda fase, em seu percurso interpretativo, essa exclusividade vai se esvaziando nas relações patrimoniais privadas. Há um excesso de leis extravagantes a completar o código na regulamentação de institutos novos. O Código Civil perde seu papel de Constituição do Direito Privado (TEPEDINO, 2001).

A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil inteiros setores da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limita a regular aspectos especiais de certas matérias, disciplinando-as integralmente. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 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, cada um deles com vocação universalizante. Em relação à terceira fase de aplicação do Código Civil, fala-se de uma “era

dos estatutos” para designar as novas características da legislação extravagante. A Constituição de 1988 vem a retratar a passagem a um Estado Social (TEPEDINO, 2001).

Assim, diante do novo texto e enredo constitucional, é crível que caiba ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Carta Constitucional, já que, diante de vários mecanismos setoriais, como estatutos e leis especiais, que quebrantaram a unidade do Código Civil no que tange às relações privadas, é necessário buscar uma unidade, colocando como ponto de referência a Constituição Federal, e não o Código Civil, como outrora. É dado o momento de interpretar-se as leis civis “a partir do texto constitucional”, e não o inverso, como perdurou por um bom tempo. É a estabilização de valores e princípios, por critérios interpretativos constitucionais no propósito de reunificação do sistema.

Por certo, a Constituição Federal de 1988 fez a opção pelo Estado Social Democrático de Direito, apesar de todas as suas críticas e angústias, somando valores de liberdade e igualdade, com redução das desigualdades sociais. Um exemplo a ser trazido em prol desse modelo e resultado interpretativo é a propriedade privada, em que a grande diferença na regulamentação da propriedade pelo texto constitucional recepciona que antes a propriedade privada e a função social eram tidas como princípios da ordem econômica e, hodiernamente, são tidos como princípios fundamentais, como garantias individuais. É sob esse parâmetro que se buscará analisar, nos tópicos seguintes, a constitucionalização do Direito Civil a partir do advento do Estado Social e a interferência ou contribuição desse fenômeno na efetividade de direitos fundamentais com base na análise jurisprudencial voltada à função social da propriedade no cumprimento de direitos, tais como a moradia.

2.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O SURGIMENTO DE UMA NOVA ORDEM JURÍDICA PRIVADA

O jurista moderno que se debruça sobre um Código Civil, sem preconceito de escola, sente nele palpitar todo o relacionamento de uma economia aristocrática. E se tem antenas voltadas para os anseios de seu tempo, há de convencer-se da necessidade de democratizá-lo, de popularizá-lo.
Caio Mário da Silva Pereira

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 Fundamental*, 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 à satisfação dos direitos fundamentais, além da concretização de um Estado Social e Democrático de Direito. Nas palavras de Freitas e 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”.

É sob esse 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.

Seria a constitucionalização um “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (LÔBO, 2009, p. 36).

Trata-se, na realidade, de se estabelecer um novo formato para a definição de ordem pública, de uma releitura do Direito Civil com base na Constituição Federal de 1988, no intuito de favorecer e privilegiar valores extrapatrimoniais, e em especial, a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais e a justiça distributiva (TEPEDINO, 2001).

Cumprir lembrar que a resistência dos civilistas às “intromissões” do Direito Público não foi algo assim tão simples. 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 (GIORGIANNI apud TORRES, 2010).

Contudo, como bem destaca Pereira (apud LÔBO, 2009), ao receber título de Doutor *Honoris Causa*, em Coimbra, no ano de 1999, que é tempo de se reconhecer que as normas constitucionais, em especial, os direitos fundamentais ocuparam a posição que outrora se outorgava aos princípios gerais do direito, o que consolidou, sem dúvida, pela doutrina, um Direito Civil Constitucional, reconhecido tanto pela academia quanto pelos tribunais.

De outro norte, a doutrina também teria papel unificador e, de certa forma, apaziguador para essa transição, por atuar como fio condutor na concretude dos princípios e regras jurídicas, levando por óbvio ao confronto aqueles que pensam e interpretam de forma diferente, mas sem deixar de considerar que ainda existem aqueles que consideram o direito como ciência da vida, a serviço do homem como pessoa, dando relevância a outros valores em virtude desse mesmo homem (TORRES, 2010).

Configura-se, assim, a inversão referencial da 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, o público, como se fossem direitos antagônicos, direcionados a uma classe diferente de pessoas. Parte-se para uma análise das relações privadas com primazia constitucional. Permite-se ao Direito Público e ao Direito Privado uma reunificação em prol do mesmo ser humano inserido em diferentes tipos de sociedades, mas dentro de uma mesma realidade.

Por esse modo, o Código Civil certamente perdeu sua centralidade, considerando que o papel unificador do sistema, em qualquer aspecto em que possa se apresentar é desempenhado incisivamente pela Constituição Federal de 1988 (PERLINGIERI, 2007). 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, de outro modo, é este processo a implementação da velha falácia contemporânea, “interpretar o Direito Civil com “olhos” voltados à Constituição Federal”.

Dá a exigência de um Direito Civil Contemporâneo forjado na legalidade constitucional, com propósitos de adaptações a cada tempo e lugar, na busca da primazia da dignidade do homem (por quem e para quem foi criado) (ROSEVALD; FARIAS, 2011), a clara insistência de que a fonte primária do Direito Civil é a Constituição Federal, que a partir de seus objetivos e princípios, traz uma roupagem mais humana e social aos fins do direito, as relações privadas, que não escondem de seu âmago um direito de liberdade mitigado e voltado à solidariedade social.

Nesse encaixe, destaca Sarmiento (apud ROSEVALD; FARIAS, 2011, p. 47-48) que “[...] na atual fase do constitucionalismo democrático, consagrado pela Carta de 1988, o cidadão “não é súdito do Estado”, mas “partícipe da formação da vontade coletiva” e “titular de uma esfera de direitos invioláveis” (aqui, os direitos fundamentais)”, por isso, a necessidade de que o Estado respeite os interesses de seus indivíduos, os quais passaram a ser sujeitos da História.

Nesse ápice, 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.

Nem é preciso afirmar que as normas infraconstitucionais posteriores à Constituição Federal de 1988 devem ser editadas em conformidade com o texto constitucional e não apenas relidas (MATTOS, 2006). Podendo-se ainda 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, 2010, p. 71).

Não se trata de adjetivar o Código Civil, contudo, “trata-se de estabelecer novos parâmetros para a definição de 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, 2001, p. 19).

Ao fim, poder-se-ia perguntar: “Mas qual é a relevância desse processo no direito de propriedade?” “O que muda no comportamento do proprietário?” “Qual é a intervenção desse processo na teoria dos direitos fundamentais?”

Pois bem, a ideia de ser humano ultrapassa as fronteiras de uma ordem jurídica estabelecida, é anterior a ela. Assim sendo, qualquer norma legal instituída deve adequar-se aos valores humanos e sociais de sua época. Ignorar o ser humano como pessoa detentora de direitos em uma nova ordem constitucional personalista/humanista é colocá-lo na posição de “coisa”. Em que se pese, em diversos momentos, o homem agir em relação a si mesmo desse 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 pela dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil.

Embora o Código Civil de 1916 tenha sido inspirado no liberalismo econômico daquele momento histórico, tinha uma grande preocupação com a proteção patrimonial e com o indivíduo de forma isolada. A propriedade privada, sob esses parâmetros e ideais, fomentava-se de um caráter absoluto sem qualquer parcimônia ou possibilidade de relativização. Situação esta que destoava totalmente do contexto histórico trazido pelo processo de redemocratização do país representado pelos objetivos e princípios do texto constitucional de 1988. A perspectiva patrimonialista e individualista entra em choque com os

ideais de personalidade e socialidade trazidos à baila, e assim, um novo formato de Direito Privado passa a ser, além de uma exigência, uma prioridade.

A partir do exposto, seria necessário, então, que o Código Civil inserisse tais ideais em sua normativa e essencialmente, que sua reformulação fosse feita com base na leitura da Constituição de 1988. Nesse intuito, estabeleceram-se, para sua reformulação, três paradigmas a serem seguidos: a socialidade, a eticidade e a operabilidade, os populares “princípios orientadores do Novo Código Civil”.

Desse modo, no que tange à socialidade, “ou função (fim) social, ela consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes de cada relação jurídica, bem como entre eles e a sociedade, com o propósito de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica” (ROSENVALD; FARIAS, 2011, p. 24). Ou seja, todo direito subjetivo deve corresponder a uma função social, mesmo que, para tanto, seja mitigado o absolutismo da vontade reinante no Código Civilista anterior. Os pilares do ordenamento jurídico civil se alteraram e os objetivos do homem comum também.

Analisando essa função social, juridicamente, significa que todo aquele que possuir um direito subjetivo, na satisfação de interesse próprio, não pode transportar a sua satisfação individual na lesão de expectativas legítimas de uma coletividade. Os limites à atuação desse direito subjetivo são estabelecidos pela própria sociedade. Isso porque somente com a harmonização da autonomia privada da pessoa e o princípio da solidariedade é que se poderá conceber a conciliação entre a liberdade e a igualdade material e concreta (ROSENVALD; FARIAS, 2011).

Tangenciando tal preocupação ao direito de propriedade, um dos mais significativos resultados do processo de constitucionalização, observa-se que a inserção da função social como conteúdo e não mais como limitação, objetiva valorizar e legitimar os atos do indivíduo e não inibir ou excluir seu direito subjetivo. Isso não significa a supremacia do social sobre o individual, mas a plena realização do bem comum (pessoa e coletividade).

Se não bastasse esse eixo de socialidade, angariou-se também para a montagem e orientação desse novo texto civilista, não mais independente em si, mas calcado aos anseios constitucionais e desejos de uma coletividade, a eticidade como norte.

Pelo universo da eticidade, procurou-se restabelecer valores sedimentados na sociedade por meio do Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico pudesse manter sua eficácia social. Reverenciaram-se as condutas dos homens, de forma livre e racional, no valor justiça (ROSENVALD; FARIAS, 2011).

E por fim, pelo princípio da operabilidade ou concretude, postulou-se a existência de uma pessoa concreta, que deve ser vista em suas peculiaridades, afastando conceituações estéreis sem qualquer possibilidade de efetividade (ROSENVOLD; FARIAS, 2011).

Resultado disso é que, com a Constitucionalização do Direito Civil, advinda da absorção do Estado Social, os princípios assumiram o papel de “topo da pirâmide”, constituindo-se em fonte de unidade para o Direito Privado, e assim, para o mundo contemporâneo. Os princípios passam a serem os instrumentos jurídicos mais eficazes às modificações sociais, na afirmação de valores (LÔBO, 2009). Exemplo disso é a adaptação do princípio constitucional da função social ao direito subjetivo da propriedade, aliado ao princípio da socialidade, diga-se, orientador do Direito Privado, nessa inserção e releitura a partir do texto constitucional. Um conjugado de princípios e valores em prol da solidariedade e justiça social.

Pode-se dizer que constitucionalizar o Direito Civil, funcionalizando sua base e essência em princípios, tal como a função social ao direito subjetivo da propriedade, é permitir a criação de um novo direito, um direito que busca na sua concretude promover a segurança jurídica não nos falseados de interpretação, mas na interpretação segura e isonômica dos princípios constitucionais, a partir de uma leitura de justiça e solidariedade social, pela formação de uma sociedade livre, justa e solidária – os ideais de um Estado Social e Democrático de Direito.

Constitucionalizar o Direito Civil é idealizar de forma concreta a promoção de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana, o que não significa o interesse social acima do particular, ou o direito privado abaixo do público, todavia uma unidade a que se vincula uma mesma sociedade, a par de uma mesma realidade.

Contudo, não se pode perder de vista que as mesmas divergências que atacam a doutrina, também interferem no modo de decidir sobre os efeitos dessa constitucionalização, sobre a vida das pessoas. Assim, cumpre, muitas vezes, ao Judiciário, em suas decisões, sujeitar-se aos preceitos constitucionais, possibilitando a concretude de direitos fundamentais – fazer o juiz a leitura constitucional dos institutos jurídicos de Direito Privado.

Pode-se dizer e ao mesmo tempo, pedir, que, se o caminho para a constitucionalização for a jurisdição, que se mantenham, então, decisões judiciais contemporâneas ao seu tempo, ao tempo de um Estado Social Democrático de Direito, que clama todos os dias por direitos fundamentais efetivos à qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, reconhecidos pela ordem jurídica interna como norteadores de políticas sociais, públicas, humanas e jurídicas.

Corroborando, o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, advindo da conversão do Estado Liberal para o Estado Social, destacado com mais afinco a partir da Constituição Federal de 1988, interfere e muito na concretude e efetivação de direitos fundamentais, principalmente levando-se em consideração que muitos intérpretes, dada a segurança jurídica trazida pela regulamentação civil de 1916, preferem ignorar os comandos constitucionais, para continuar apregoando legalidade para uma sociedade que já não existe mais, e que há muito tempo, reclama por outros valores.

2.3.1. A constitucionalização do direito civil e a ampliação de direitos subjetivos fundamentais: uma análise em torno do direito de propriedade e da função social

[...] as Constituições e os Códigos perceberam que existem valores que brotam da natureza humana como expressão da consciência universal de toda a humanidade. O valor justiça deverá determinar o conteúdo de qualquer ordenamento jurídico. O Direito vale e obriga não pela sua ligação com a forma, mas pela justiça de seu conteúdo [...]

Rosenvald; Farias (2011).

Com base em um ideal de Estado Social, fundado na intervenção estatal, em tese legítima e democrática, em ideais de solidariedade e justiça social, é que se pretende, neste tópico, delinear, pela análise de julgados destacados, o papel fundamental que a Constitucionalização do Direito Civil tem desempenhado na concretude de valores humanistas e socializantes – na efetivação de direitos fundamentais.

Aduzir, de certo modo, 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 fundamentais até então um tanto quanto esquecidos na sua real essência, tal como o direito de propriedade, no modelo constitucional estabelecido.

Isso porque 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 nesses termos, tem sido a jurisprudência uma protagonista 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.

Nesse ápice, têm sido essas 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. Jurídico e socialmente, o propósito maior do ordenamento jurídico brasileiro é a promoção da dignidade da pessoa humana.

Contudo, estabelecer regras de hermenêutica constitucional sobre as demais normas do ordenamento não é tarefa fácil, em virtude de os impactos da nova ordem constitucional evocarem uma releitura dessas mesmas normas, de modo que sua aplicação coadune com o paradigma do Estado Democrático de Direito, de tal maneira, que todos os ramos do direito teriam sido abrangidos por esse imperativo de ordem hermenêutica, que ainda provoca dissensos interpretativos, além da seara administrativa, sobremaneira nas decisões judiciais (MATTOS, 2006). Para Alexy (2012), a melhor decisão para o caso concreto, deve ser perquirida pelo julgador, por meio da interpretação, o que implica, de certo modo, gradações entre os valores abarcados no conflito.

Cabe, então, ao intérprete compatibilizar cada decisão ajustada ao caso concreto, fundada em norma do Código Civil, com os princípios constitucionais, mesmo que não os estabeleça de forma explícita, pois, cada interpretação dada, representa a tarefa de concretização de uma sociedade livre, justa e solidária (LÔBO, 2009).

A interpretação do Código Civil é uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que o integre (FACHIN, 2004)²⁸. O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser prioritário na atividade do intérprete.

Sob este crivo, a norma constitucional não possui existência autônoma da realidade, pelo contrário, a sua essência está na sua vigência, que conclama que os comportamentos e situações por ela regulados possam ser efetivados na realidade. E para que isso aconteça, impossível dissociar tal processo das condições históricas que a envolvem numa relação de interdependência, com regras próprias, que de modo algum podem ser desconsideradas, como as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais (HESSE, 1991).

A Constituição Federal passa a ser o centro de todo o ordenamento jurídico, não figurando mais apenas como o maior documento de Direito Público, mas na função de irradiar valores e conferir ao sistema jurídico uma unidade (FACCINI NETO, 2011). E no caso brasileiro, essa irradiação transcendeu a propriedade, outorgando-lhe a função social, o elo entre a liberdade individual (Estado Liberal) e a solidariedade (Estado Social), a relativização de um direito absoluto em prol de propósitos muito maiores como a dignidade da pessoa

²⁸ Palestra do Professor Luiz Edson Fachin no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. O texto reproduz em síntese as ideias expostas na 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04/10/2004 a 07/10/2004. Foi mantida a estrutura da exposição oral, sem adaptações às fontes e a outros recursos mais afeitos à sistematização escrita.

humana. Direito Privado e Direito Público já não mais se dissociam ou sobrepõem, mas laboram em busca de uma mesma verdade, inseridos dentro de uma mesma sociedade, que “aos olhos” de um Estado Social e Democrático de Direito, deve ser livre, justa e solidária.

A par disso, falar de constitucionalização do Direito Civil é ampliar o campo de irradiação dos direitos fundamentais, não os tornando exigíveis somente quando num dos espaços da relação jurídica estiver o ente público. Correto reconhecer que os direitos fundamentais irão se vincular e produzir efeitos nas relações privadas (FACCINI NETO, 2011).

Nesse 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.

Diante do exposto, tomam-se os julgados, adiante destacados, como corolário à resposta do problema estabelecido para este capítulo, pois destacam a importância e a relevância da Constitucionalização do Direito Civil na efetivação de direitos fundamentais, que nos julgados referidos somente podem ser auferidos diante da relativização do direito de propriedade, da mitigação da autonomia privada do proprietário, do reconhecimento de que o indivíduo sozinho, nas suas relações privadas também é responsável pela concretude de direitos fundamentais – pelo dever de solidariedade social.

Com efeito, Canaris (2009) destaca que os tribunais, ao fundamentarem suas decisões, seja por interpretação, seja por desenvolvimento do direito, devem fazê-lo segundo os direitos fundamentais, como se fizessem parte expressamente do texto legal.

Para iniciar, colaciona-se ementa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da Comarca de Tubarão, na Apelação Cível n.º 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. ÓBICE A UTILIZAÇÃO FUNCIONAL DA ÁREA USUCAPIENDA QUE SOBRELEVA A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INEXISTÊNCIA. ADEMAIS, DE OPOSIÇÃO

A OCUPACAO POR QUALQUER ÓRGAO PÚBLICO. REQUISITOS DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA SATISFEITOS. OCUPAÇÃO E EXPLORAÇÃO MANSO 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. (grifei)

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. Considerou 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 desse 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.

Embora o caso destaque, de antemão, a impossibilidade jurídica de declaração de usucapião por se tratar 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 a manutenção dos usucapientes e declaração da propriedade pelo cumprimento de função social ante a desocupação ou possível ocupação irregular sem qualquer função social.

Nesse sentido, permite-se transcrever trecho do voto proferido pela Desembargadora Denise Volpato, em que reconhece, na função social da propriedade, exigência constitucional, um mecanismo de proteção à propriedade privada, e por que 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.** (grifei)

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 apresentar-se como um Direito Privado, contudo sua função vai muito além disso. 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 de forma social, harmonizando interesses individuais com valores sociais constitucionalmente protegidos.

Por oportuno traz-se à baila a Apelação Cível n. 70031324817, da 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 (FREITAS; PIRES, 2012):

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, em relação o caso acima, que 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. Apesar dos 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, destaca-se trecho do voto de desacordo, manifestado pela Desembargadora Liége Puricelli Pires (FREITAS; PIRES, 2012):

Em atenção à garantia fundamental da celeridade jurisdicional, estabelecida no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, peço vênia 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:[...] **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 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 total do Estado do meio dos particulares (falo da justiça). [...] **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.** [...] 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. [...] **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 ouseu aplicar, agredindo o ser humano na sua dignidade.** [...] (grifo nosso).

Observa-se, com base no julgado acima referenciado, que a propriedade ainda é o grande foco de tensão na sociedade atual. Resquícios liberalistas se mantêm no Estado Social. Institutos jurídicos tratados e protegidos de forma absoluta pelo Código Civil de 1916 não se adaptaram aos moldes dos proprietários atuais. Ainda há aqueles que valoram e requerem maior proteção a uma propriedade titulada e sem função social, do que uma posse não titulada, mas correspondente aos anseios de promoção e justiça social.

Tal conflito, individualistas *versus* solidaristas, é nítido na própria Constituição Federal, que a seu turno aufere o direito à propriedade privada (Estado Liberal), mas de outra banda, condiciona esta ao preenchimento de sua função social, de forma intervencionista (Estado Social) (LÔBO, 2009).

Contudo, não restam dúvidas de que a função social é incompatível com o modelo absoluto de propriedade trazido pelo modelo civilista de 1916, eis que o exercício individual da propriedade deve ser feito no sentido de utilidade para todos, e não tão somente para aquele que se titulariza proprietário.

A corroborar, Gazola questiona, com muito afinco, na sua obra, *Concretização do direito à moradia digna*, que “[...] de que vale assegurar o direito de propriedade a quem vive nas ruas e nada possui?” (2008, p. 45), indagando de que a ideia de somente os direitos de liberdade integrar o rol de cláusulas pétreas confirma a falta de comprometimento com a justiça social, o desrespeito, em consonância com o julgado alhures, ao direito social à moradia, e diretamente, à dignidade da pessoa humana. A ratificar, “os direitos de liberdade somente são alcançados a partir dos direitos sociais” (2008, p. 45).

Sob o mesmo enfoque, segue a ementa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de Reexame Necessário n.º 2011.015513-4, da Capital, de relatoria do Desembargador Newton Trisotto, julgado em 18/06/2013:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO CLANDESTINO. PRETENSÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA CONFIRMADA. 01. O instituto da "remessa ex officio consulta precipuamente o interesse do Estado ou da pessoa jurídica de direito público interno, quando sucumbente, para que a lide seja reavaliada por um colegiado e expurgadas imprecisões ou excessos danosos ao interesse público" (REsp n. 14.238, Min. Demócrito Reinaldo). 02. Não raro, "a simples análise de um texto normativo não é muitas vezes suficiente para proclamar o magistrado a sua aplicação ao caso concreto. É preciso interpretar os dispositivos da lei, buscando conhecer a vontade do legislador. Acima da vontade do legislador, nenhuma outra existe; conhecer bem esta vontade para ciente e obedecê-la é que é tudo, 'já que a lei é a condição de estabilidade do direito e o juiz está sujeito ao primado da lei' (Prof. ALFREDO BUZAID). Desde que o aplicador da norma constata, no caso concreto, que o seu conteúdo é injusto e a sua incidência se coloca em choque com a finalidade social que toda lei deve ter, imperiosa é a interpretação do texto, a fim de que se verifiquem as razões que determinaram a sua edição, as

circunstâncias específicas em que foi recebida e a finalidade de sua aplicação" (TJPR, AI n. 24.102, Des. Oto Luiz Sponholz). Em ação civil pública intentada por Município visando à regularização de área urbana ocupada por famílias de baixa renda, **cumpra ao juiz solucionar o litígio de forma a harmonizar os interesses em conflito; conciliar os interesses da sociedade – que reclama o cumprimento das normas edilícias, de ocupação do solo e de preservação da propriedade privada – com a aspiração dos "sem-teto". A "moradia" é um direito social que os constituintes elegeram como "Direito Fundamental" (CR, art. 6º).** O fato de o Município (autor) e o Ministério Público terem se conformado com a sentença reforça a conclusão de que o juiz resolveu o litígio harmonizando os interesses em conflito; autoriza concluir que não há na sentença em reexame necessário "imprecisões ou excessos danosos ao interesse público". (grifo nosso)

No caso acima, o Município de Florianópolis ajuizou Ação Civil Pública contra os proprietários de imóvel situado nas imediações do Balneário Canasvieiras, em razão de terem implantado loteamento clandestino em sua propriedade, fato que motivou a Municipalidade a tomar as providências cabíveis, dentre elas, a retirada judicial dessas pessoas.

É sabido, conforme destaca o Relator, que os loteamentos clandestinos e irregulares são, em partes, grandes responsáveis pela falta de adequada ordenação territorial, o que, por via de consequência, ocasiona, recorrentemente, sérios problemas aos próprios ocupantes dessas áreas, dadas a falta de infraestrutura e a ausência do poder público no local.

Cabe aos Municípios controlar o uso e parcelamento do solo, o que foi feito pelo Município de Florianópolis, materialmente comprovado, com o ajuizamento de ação judicial para fins de evitar problemas posteriores dessa natureza, eis que a ocupação deu-se de forma clandestina, o que não foi negado pelos réus.

Contudo, mesmo diante da caracterização do loteamento irregular e do conhecimento dos réus da situação em que se encontravam, o Magistrado, ao sentenciar o feito, não acolheu os pedidos do Município na integralidade, dentre eles, o da retirada das pessoas do referido loteamento, isso porque, segundo ele, seria absolutamente descabido proceder a atitudes extremadas (demolição das casas ali construídas e declaração de nulidade das vendas das glebas do imóvel) quando já estava praticamente regularizada a situação do loteamento em questão.

Ademais, no caso em comento, os ocupantes das frações, outrora vendidas, procuraram a Administração Municipal bem como a Câmara de Vereadores para, de próprio punho, postular a regularização dos seus imóveis, inclusive com pedido de oficialização da via que permeia os seus lotes.

Assim sendo, vislumbra-se que a situação inicialmente litigiosa já não mais subsiste, considerando que os demandados trataram de promover a regularização do imóvel, restando-

lhes, tão somente, comprovar tais fatos perante o juízo e adimplir com a indenização imposta face aos danos urbanísticos causados.

Nessa esteira, cabe ao juiz solucionar o litígio de forma a harmonizar os interesses em conflito; conciliar os interesses da sociedade – que reclama o cumprimento das normas edilícias, de ocupação do solo e de preservação da propriedade privada – com a aspiração dos "sem-teto". A “moradia” é um direito social que os constituintes elegeram como “Direito Fundamental”.

A partir do caso acima delineado, verifica-se que, embora se tenha avançado na interpretação da lei, há muito que se trabalhar e avançar em sua aplicação – quanto à decisão, melhor dizendo, há que trabalhar dentre quais limites deve ocorrer a decisão judicial (LUIZ, 2013).

Na medida em que o Estado não cumpre os direitos fundamentais que lhe são delegados, a jurisdição aparece como mecanismo possível. E passa a atuar de forma distinta na transição de um Estado Liberal a um Estado Democrático de Direito, eis que, no primeiro, o papel da legislação é dominante, enquanto no segundo, a Constituição passa a representar a possibilidade de alteração das injustiças sociais. Por isso o grande destaque à judicialização. A falta de instrumentos de implementação de direitos fundamentais leva a sua concretude as vias da jurisdição, tornando-se difícil afastar o direito de sua judicialização (LUIZ, 2013).

Por oportuno, há a necessidade de a jurisdição estabelecer um elo de respeito à Constituição, de forma que as respostas dadas sejam por ela motivadas e não por motivações pessoais. Isso porque, embora a teoria kelseniana seja amplamente criticada e ninguém se acusar como positivista, ela ainda está presente no senso comum dos juristas (LUIZ, 2013).

Inserire-se também na problemática estabelecida o Recurso Especial n.º 1.158.679 – Minas Gerais (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. (grifei)

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, alegando 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 bancário 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 [...].

Nesse aparato e também com base nos julgados até então destacados, observa-se 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 e Rosendal (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, isso 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 discutidas, 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 ora, não há dúvidas, ao menos quanto a isso, de que a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico. Contudo, o problema está não na unanimidade desse pensamento, o que é tranquilo, mas no abismo que se identifica entre o ponto máximo e a prática jurídica, não permitindo uma maior efetividade aos preceitos e ordens constitucionais.

Uma das considerações aduzidas por Luiz (2013) é a de que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário continuou e continua a interpretar a Carta Política de 88 com base na legislação ordinária, em uma completa inversão das fontes, ratificando a ideia de que a “Constituição não está devidamente posta no horizonte de sentido dos juízes” (2013, p. 99).

O Poder Judiciário tem como missão fazer valer a Constituição, implementando direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, mesmo que haja dissenso nesse sentido. Isso porque os direitos fundamentais são os elementos mais importantes na configuração do Estado contemporâneo, em que há a preponderância do homem e seus interesses em um enfoque social e não mercantilista. A jurisdição antes de tudo deve estar preocupada em defender o caráter normativo da Constituição (LUIZ, 2013). Cumpre ao juiz interpretar os preceitos constitucionais no caso concreto, considerando os direitos fundamentais como uma exigência de equidade e justiça (MELEU, 2013).

É sob esse enredo que se destaca a influência do Direito Constitucional sobre o Direito Civil, essencialmente ao que se refere às modificações das relações privadas, em um processo de transição democrática do Estado e legislação privada pertinente, além de afirmar a conversão jurídica contemporânea de uma hermenêutica constitucional determinante.

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.

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 a fim de que se alcancem 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”.

Ademais, 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, estar-se-á diante de um direito “aos olhos do povo” mais justo, – “para o povo”.

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”, “discricionariedade”, mas função social da norma, concretização de um Estado Democrático de Direito. A lei, bem como as decisões que nela se baseiam, num processo de subsunção, deve promover, antes de tudo, a organização social da vida privada e a efetivação de direitos fundamentais no melhor interesse do ser humano além de resgatar direitos fundamentais sufragados “no plano abstrato de sua efetividade”, desde 1988.

3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POSSE: AS RESPOSTAS CORRETAS EM DIREITO NA CONCRETUDE E AMPLIAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS

O modelo de Estado Social afirmado com maior força a partir do advento da Constituição Federal de 1988, pós-ditadura militar e processo de redemocratização do país, colocou aos seus indivíduos o comprometimento na efetivação de direitos fundamentais mínimos para a qualidade de vida das pessoas. E nesse prospecto, entendeu-se que, embora esses direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico do Estado advenham de uma geração longa e antiga de direitos humanos, devem, de forma sistemática, ser interpretados e conferidos.

Assim, é impossível creditar na validade da supremacia de direitos individuais (de liberdade) em face de direitos sociais (de solidariedade), ou até mesmo, na órbita jurídica, de Direito Público preferível sobre o Direito Privado, tendo em vista que o contexto em que se insere pode alternar-se em cada lugar, em cada sociedade, em cada tempo, apesar de o direito, privado ou público, ser o mesmo em todas as esferas.

Ademais, a concepção privatista da propriedade, a que se fez referência no início deste trabalho, tem levado, frequentemente, autores e tribunais à desconsideração da verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas instrumento de proteção de valores fundamentais, dentre eles, os que permeiam os deveres de solidariedade. Isso porque, embora a propriedade, em tempos de outrora, pudesse ter sido concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual contra a intrusão dos Poderes Públicos, as transformações do Estado contemporâneo deram à propriedade a função social.

A par de tudo o que foi dito e das decisões trazidas nos capítulos anteriores e das que se trará neste, mesmo que não advindas de todos os tribunais brasileiros, embora geograficamente diferentes dos demais, vinculam-se entre si pelo mesmo ordenamento e ideologia constitucional – a efetivação de uma sociedade livre, justa e solidária, pode-se observar que a propriedade continua sendo o grande foco de tensão na sociedade atual. Resquícios liberais se mantêm no Estado Social, a questão da “segurança jurídica”. Institutos jurídicos tratados e protegidos de forma absoluta pelo Código Civil de 1916 ainda não se adaptaram aos moldes dos proprietários atuais. Além disso, há aqueles que valoram e requerem maior proteção a uma propriedade titulada e sem função social, do que uma posse não titulada, mas correspondente aos anseios de promoção e justiça social.

Portanto, não restam dúvidas de que, mesmo sendo a propriedade garantia de liberdade, a função social é o elo vinculativo e preponderante na satisfação dos interesses sociais. A mitigação da autonomia privada, quando impossível agir de outra forma, passou a ter legitimidade em prol da satisfação do bem comum, em prol dos deveres de solidariedade e justiça social e é sobre este manto que se traça a perspectiva de respostas corretas em direito: a fundamentação das decisões nos princípios constitucionais para satisfação e efetivação de direitos fundamentais.

Neste propósito tem o presente e último capítulo por objetivo verificar a possibilidade da judicialização da posse em conflito com o direito de propriedade, com base em uma análise jurisprudencial e principiológica (propriedade com função social) em prol da ampliação e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais.

3.1. A PROPRIEDADE COMO GARANTIA DE LIBERDADE E OS DEVERES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL: A REALIZAÇÃO DE UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM BASE NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora o direito de propriedade seja considerado o direito real matriz de todos os demais e outrora fosse tido como um direito por excelência, o qual somente sofria intervenção do Estado a fim de impedir violações por parte de terceiros nos direitos de usar, fruir, dispor e reaver conferidos ao proprietário, antes de qualquer outro direito de propriedade está o primeiro que é a existência.

E existir, antes de qualquer conceito, permite “liberdade em suas próprias escolhas”, “andar de acordo com sua vontade e anseios”, “viver no eu e não pela vontade ou intromissão do Estado”. A mágica das relações privadas exprime necessariamente o campo das vontades, da deliberação autêntica do ser, do existir e do querer. Em outros termos, o direito de propriedade atual não está separado do direito de liberdade individual e dessa forma, está estritamente ligado à autonomia privada, e indissolavelmente, vinculado à solidariedade social. É a nova visão constitucional da propriedade. É a propriedade como garantia da liberdade no anseio de um objetivo e fundamento comum: a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a partir do advento do Estado do Bem-Estar Social, o eixo gravitacional do Direito Privado, representado pelo Código Civil, desloca-se para a Constituição Federal de 1988, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a

aplicação das regras ordinárias, como podem incidir diretamente sobre relações jurídicas privadas.

Assim, poder-se-ia fazer alguns questionamentos: “tem o ser humano realmente liberdade em suas escolhas? O Estado tem legitimidade para definir até aonde pode ir essa liberdade? Até que ponto a liberdade individual é responsável pelo direito de solidariedade social de todos? A propriedade privada pode ser trabalhada como garantia de liberdade, como afirmação da mais ampla autonomia privada? A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas mitiga o direito de liberdade individual?”

Pois bem, as perguntas são várias e as respostas as mais amplas e filosóficas possíveis, não permitindo “meia dúzia” de respostas convincentes e suficientes ao ego do romantismo humano que envolve a liberdade, o direito à propriedade privada, enfim, as questões da moda: “os direitos fundamentais”.

Nesse compasso, tem o presente tópico e seus desdobramentos, com amparo na autonomia privada como direito fundamental, por objetivo verificar se a mitigação da autonomia privada, no que tange ao direito fundamental de propriedade como garantia de liberdade pode servir de instrumento à concretude do dever constitucional de solidariedade social. De forma mais clara, até que ponto a mitigação da autonomia privada, ao que concerne ao direito de propriedade como garantia de liberdade, pode agir de forma legítima e determinante no dever de solidariedade social para fins de efetivação de direitos fundamentais.

3.2. O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL: A AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O IDEAL DE SOLIDARIEDADE

O fundamento de um direito depende necessariamente do direito que se tem ou do direito que se gostaria de ter. Na primeira situação, é necessário saber se a ordem jurídica reconhece esse direito e qual é essa norma. Na segunda, procura-se defender a legitimidade desse direito e convencer o maior número de pessoas dessa legitimidade, da necessidade de seu reconhecimento. Estabelecer o fundamento de um direito é ultrapassar o campo do positivismo e adentrar muito mais nas questões racionais ou críticas (ou de direito natural), tudo isso, partindo-se da análise de que os direitos são coisas desejáveis, mas, nem sempre, necessariamente, reconhecidas pelo direito positivo (BOBBIO, 1992).

Assim, dessa busca incessante pelo encontro de um fundamento, pode-se “acreditar” na existência de um fundamento absoluto – baseado em razões e argumentos irresistíveis, sob os quais ninguém poderá recusar a aderência. Visão esta por muito tempo comum aos jusnaturalistas; hodiernamente, contudo, torna-se infundada (BOBBIO, 1992).

O motivo maior da negação de um fundamento absoluto está no fato de que direitos que possuem eficácia distinta não podem ter o mesmo fundamento. E até mesmo os direitos fundamentais não podem ter apenas um fundamento, isso porque, quando restritos, necessitam de uma justificação válida, nesses termos, a escolha pela restrição nem sempre é fácil, pois pode envolver mais de um direito fundamental (BOBBIO, 1992).

O risco de um fundamento absoluto não está apenas presente no contraste do direito fundamental de uma categoria de pessoas e o direito fundamental de outra categoria de pessoas, mas entre direitos invocados por uma mesma categoria de pessoas (BOBBIO, 1992). Ousa-se dizer que as razões que justificam a existência de alguns desses direitos não são as mesmas para outros, por isso a impossibilidade de apenas um fundamento absoluto.

Tal efeito se concretiza nos direitos individuais (liberdades), que exigem prestações negativas e nos direitos sociais (poderes), que denotam para si prestações positivas, por parte dos órgãos públicos, inclusive. Nesse norte, é possível deduzir que a realização integral de um desses direitos compromete a realização integral do outro (BOBBIO, 1992).

No que tange à positivação de alguns direitos, os particulares são, inevitavelmente, nos moldes constitucionais propostos, titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade. Contudo, não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confirmem as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente delas desfrutar (SARMENTO, 2005). Na verdade, “negar ao homem o poder de decidir de que modo vai conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial” (SARMENTO, 2005, p. 182).

Nada obstante, impossível esquecer que o direito de liberdade da pessoa está associado inevitavelmente ao dever de solidariedade social, que aos olhos de Maria Celina Bodin de Moraes, “não está mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade que o indivíduo praticará na sua autonomia, mas como um verdadeiro princípio, que se torna passível de exigibilidade” (apud ROSENVALD; FARIAS, 2011, p. 2).

Isso tudo porque a solidariedade caracteriza a pessoa humana, de tal modo que pelo ordenamento jurídico brasileiro atual, pela Carta Constitucional, ser solidário passou a ser

uma exigência, a ideia de humanidade nos seres humanos, mesmo que lançada por mandamento jurídico cogente.

Uma sociedade justa, livre e solidária permeia a construção de um objetivo de Estado que envolve a todos, nesse propósito, torna-se necessário resgatar a solidariedade, o sentimento humano e de justiça, “o colocar-se no lugar do outro”, de ajudar ao próximo, representa um ideal a ser construído juridicamente para que concretamente tal objetivo possa ser efetivado.

Contudo, tal construção constitucional, apoiada em sentimentos bons e justos de solidariedade sufraga a liberdade individual das próprias escolhas, “detona” a autonomia privada, criada pelo Estado e por ele mitigada em situações que lhe tragam interesse ou resultados pretendidos em prol da coletividade. Melhor dizendo, com a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, a prioridade deixa de ser a vontade para ser a prioridade da justiça social (CARNACCHIONI, 2010).

O direito civil passa a ser mecanismo de promoção da justiça social até mesmo nas relações privadas e não mais garantia de autonomia e liberdade dos indivíduos. Tal hipótese em nada repele a adequação constitucional que deve ser dada à interpretação das normas jurídicas. Essa mudança de “foco” apenas consagra a interpretação do Direito Civil a partir da Constituição e não o seu inverso. O resgate de direitos mitigados desde 1988.

De tal sorte, os objetivos fundamentais da República ajudaram a consagrar um Estado Democrático de Direito, que estabeleceu a fraternidade como diretriz, finalidade primordial. Para Rosendal e Farias (2011), o constitucionalismo iniciou seu processo de afirmação com os direitos individuais, depois com os sociais e enfim, com o direito à fraternidade, expandindo o conceito de dignidade da pessoa humana.

Para Barroso (2012, p. 169):

[...] a autonomia privada, como um elemento essencial da dignidade humana, oferece um relevante parâmetro para a definição do conteúdo e do alcance dos direitos e liberdades, mas não dispensa o raciocínio jurídico da necessidade de sopesar fatos complexos e de levar em consideração normas aparentemente contraditórias, com finalidade de atingir um equilíbrio adequado diante das circunstâncias.

Por derradeiro, em face da diversidade de valores presentes em uma sociedade democrática contemporânea, não há como “tarifar” um conceito de dignidade de pessoa humana, mas, sim, ter em mente a existência de um conceito em permanente construção e desenvolvimento. O conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, em uma concepção

jurídico-normativa, reclama também uma constante e permanente concretização – tarefa que cabe aos órgãos estatais (SARLET, 2009). Nesse ápice, os direitos fundamentais não têm por tarefa assegurar a dignidade, todavia dar condições à realização de sua prestação.

Por consequência, no mundo atual, não se pode mais conceber a ideia de homem sozinho, em um “mundo comum onde a formação da identidade não admite o esmagamento do outro. A criação de uma identidade faz-se no reconhecimento da pluralidade e heterogeneidade, na convivência com o outro” (DE CASTRO FARIAS apud FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 3).

No mesmo sentido, mas com base em direitos fundamentais, Sarlet (2003, p. 146) traça que:

[...] para além da faceta objetiva, que expressa uma ordem autônoma de valores – de liberdade e igualdade – os direitos fundamentais estender-se-iam ao plano da Sociedade. Possuem eficácia dirigente, que tanto obriga o Estado a caracterizar e realizar aquela ordem objetiva de valores, quanto vincula os particulares entre si; os particulares frente aos interesses coletivos e à Sociedade; os particulares frente aos atores sociais e aos órgãos estatais imbuídos de função social. Enfatiza que a Sociedade já não depende do voluntarismo estatal na correção de distorções e falsas crises.

Mill (apud DWORKIN, 2011) entende a liberdade como licença e nesse “entender” acredita que educar os homens aos objetivos de uma sociedade é educá-los para aceitar restrições à licença no intuito de respeitar os interesses dos outros. Entretanto, isso não significa que os direitos individuais sejam os responsáveis pelas injustiças sociais e que nem sempre uma medida governamental é considerada má por ser contrária à liberdade, pois, de certo modo, toda lei e toda regra moral são contrárias à liberdade.

Ademais, adentrando com a liberdade no campo do Direito Privado, mais no âmbito do Direito Civil, essa se representaria na faculdade dada aos indivíduos de fazerem suas escolhas, sem qualquer tipo de impedimento, mas, desde que, observados e cuidados os princípios fundamentais. Tal aparato legislativo vem representado no grupo de normas dispositivas ou taxativas, como nos direitos reais, que, dependendo do comando, podem tornar a liberdade relativa ou, de certo modo, quase inexistente (LÔBO, 2009). Isso poderá refletir na efetividade da autonomia privada, constitucionalmente reconhecida e outorgada.

A autonomia privada estaria ligada ao que Benjamin Constant denominou de “liberdade dos modernos”, calcada nas liberdades civis, no Estado de Direito e no combate à intervenção abusiva do Estado.

Nesse espaço, a autonomia privada é o poder jurídico de autorregulamentação conferido pelo ordenamento aos particulares, de tal modo que, quando a lei não a admite, estabelece normas cogentes que, em hipótese alguma, podem ser desconsideradas, limitando, em tese, legitimamente, o espaço privado de cada pessoa, os seus reflexos de exteriorização de vontade diante das limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Assim, diante de um Estado Social, quanto mais interesse social nos comandos estatais, menos autonomia privada. Ou seja, maior será a incidência de normas cogentes a regular o âmago das “vontades”.

A corroborar, “o imperativo de justiça social, predominante nas chamadas constituições sociais, fez com que crescessem técnicas jurídicas de limitação da liberdade de contratar, mediante normas cogentes” (LÔBO, 2009, p. 95). Por outro lado, os princípios sociais, a exemplo da função social, surgiram como instrumentos de conformação da autonomia privada.

No campo do Direito Privado, o Código Civil de 2002 não traz explicitamente o princípio da autonomia privada, mas limita, de forma positiva e negativa, a liberdade de contratar diante de tais princípios sociais, no caso, a função social. Reafirma-se, então, que “na medida em que crescem o controle e a limitação estatais e sociais, reduz-se o espaço da autonomia” (LÔBO, 2009).

Assim sendo, a autonomia privada não deve ser tida como espaço livre onde os indivíduos regulam seus interesses ao seu “bel prazer”, todavia sua função atual é permitir que os poderes privados alcancem equilíbrio, sem que o “outro” precise se submeter. A função social surge vinculada à liberdade como resultado da caracterização de um Estado Social, pois, enquanto este existir, no Direito Civil, haverá função social.

Se no Direito Civil, a função social lhe é inerente, por óbvio a regulamentação do direito individual de propriedade não poderá desta desvencilhar-se, eis que, além de elemento intrínseco nas relações privadas, surge como princípio constitucional, inclusive da ordem econômica.

O direito fundamental à propriedade estará apenas protegido, quando relativizado o direito fundamental à autonomia privada, também protegido e outorgado constitucionalmente, diante da aplicação da função social que emana, em si, características e objetivos de um Estado Social, melhor, de um Estado de Bem-Estar Social, em que a solidariedade passa a ser também um direito fundamental de terceira dimensão e objetivo maior de um Estado Democrático de Direito. A preocupação com o “outro” sem a este submeter-se. A preocupação com o outro para a validade e confirmação de direitos individuais fundamentais. Tal comportamento jurídico e material não significa a perda de direitos individuais e a

exaltação de direitos coletivos, mas a confirmação legítima de direitos individuais democraticamente escolhidos, dentro de uma sociedade formada por direitos individuais interligados no interesse de toda uma coletividade.

A exemplificar, quando o ordenamento jurídico outorga como direito subjetivo fundamental a propriedade, fá-lo na expectativa de que esse direito lhe possibilite o mínimo para estabelecer condições de vida digna, como moradia e trabalho. Contudo, tal direito, embora de todos, nem a todos pertence e nesse afã, surge a possibilidade de que a posse também outorgue ao indivíduo possibilidades de existência, que somente serão legitimadas se vislumbrada a função social inerente aos poderes de proprietário. Ser proprietário, diante do princípio de solidariedade social, é muito mais que externar ou “ostentar” poderes de usar, fruir, dispor e reaver, é realizar principalmente a função social que se incorpora em si para os outros.

Nessa esteira, Duguit (2005, p. 21) destaca que “o homem que vive em sociedade tem direitos; mas estes direitos não são prerrogativas que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem um dever a cumprir e deve ter poder de cumprir tal dever”.

Por derradeiro, a função social foge do campo autorizador de sanções, contexto em que é comumente vista ou utilizada, para constituir-se instrumento de efetivação de direitos fundamentais consagrados e necessários à dignidade humana, fundamento da liberdade, da autonomia e da propriedade privada.

3.3. O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL: A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA EM PROL DOS DEVERES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL

A solidariedade não conhece limites substantivos ou pessoais; ela engloba o mundo e se refere à humanidade. Ela reconhece o outro não apenas como um ‘camarada’ ou como um membro de um particular ‘nós-grupo’, mas antes como um ‘outro’, até mesmo um ‘estranho’ (Ehrard Denninger, 2003).

Não há como negar que o comportamento mutante do titular da propriedade, resultado de sua liberdade de expressão e personalidade, foi fator determinante às modificações e alterações do direito de propriedade (TORRES, 2010).

Em resultado, pode-se considerar “a propriedade um direito subjetivo no qual o titular exercita poder de denominação sobre um objeto, sendo que a satisfação de seu interesse particular demanda um comportamento colaboracionista da coletividade” (ROSENVALD; FARIAS, 2011, p. 211).

Reconhecer a propriedade como direito humano é ostentar também a função protetiva pessoal de seu titular. Tal função representa a garantia de sua autonomia privada, bem como do desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais lhe foram conferidos no intuito de promover a realização pessoal diante da vantagem que exerce sobre a coisa (SAMPAIO; NARDY apud ROSEVALD; FARIAS, 2011).

Isso porque “no mundo contemporâneo busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos” (LÔBO, 2009, p. 82). A solidariedade deixa de ser apenas um dever positivo do Estado e passa a importar deveres recíprocos entre as pessoas, obrigando-as umas com as outras por um objetivo comum (LÔBO, 2009). A solidariedade como imposição incorporou aos direitos subjetivos a função social, em que se inclui o direito de propriedade, pois a dignidade de cada um só se efetiva quando os deveres recíprocos de solidariedade são concretizados. A solidariedade solidifica como alicerce a justiça distributiva e social.

Destaque para Ascensão (2006 apud LÔBO, 2009), ao referir que:

O direito deve servir à construção de uma sociedade solidária. A realização do homem a que o direito deve tender como seu fim não é a realização de cada indivíduo isoladamente; é a realização de cada homem em sociedade, numa comunidade solidária que permita a realização pessoal de seus membros.

A esmiuçar, não pode a liberdade na propriedade desencadear o absolutismo gerador do abuso de direito, pois não há que se conceber, em sociedade, liberdade ilimitada a ninguém, ao passo que, se o exercício pleno da liberdade trouxer prejuízos a outrem, responderá seu titular pelo excesso. Ademais, levando em consideração que o interesse individual não pode e não deve prevalecer sobre o coletivo, permite-se, mesmo assim, vislumbrar liberdade na propriedade, mesmo que “vigiada” ou relativizada, em virtude de o interesse público sobre essa apenas ser atacado quando seu titular responder contrariamente aos anseios e expectativas da sociedade (TORRES, 2010)²⁹.

Sobre esse aspecto, Pilati (2011, p. 111) destaca que:

Na esfera de competência participativa, o Estado tende a atuar como colaborador das decisões coletivas e não de forma autocrática e unilateral; e o indivíduo, na sua esfera de direito subjetivo e liberdade, passa a dar cumprimento e ser solidário às deliberações que ele mesmo estabeleceu com o conjunto de interessados, na ágora de participação direta. Com isso a função social assume novo espectro, além da

²⁹ “La propiedad individual es la condición de la independencia y de la libertad Del hombre” (MAZEAUD & MAZEAUD apud TORRES, 2010, p. 133).

dimensão: Estado x Indivíduo, por incluir-se o coletivo – em novo patamar de direito material (objetivo e subjetivo) e de direito procedimental. O juiz atuando às vezes para auxiliar na construção da norma e não como voz de lei estatal.

Importa dizer que os julgados analisados a seguir, mitigam, e de certo modo, relativizam a autonomia privada, essencial à liberdade individual, em prol do direito de solidariedade social e de justiça, tal qual preconizado nos objetivos do artigo 3 da República Federativa do Brasil, destacados, principalmente no direito de propriedade e sua valorativa função social. Em outros termos, a função social começa a delinear novos contornos pela jurisprudência e a legitimar a mitigação da autonomia privada em prol de valores muito maiores, como o dever de solidariedade.

Na verdade, diante do constitucionalismo apregoado desde 1988, é necessário repensar, mesmo que jurisprudencialmente, o binômio propriedade-liberdade, e para tanto, reler a propriedade, com base na função social, e tentar entender se as intromissões feitas pelo Estado, na tentativa de regular determinados comportamentos, é imperiosa e essencialmente legítima em prol de interesses e direitos muito maiores que a autonomia privada.

De modo que o Direito Civil passa a ser arena ao conflito entre o direito de solidariedade e o direito das pessoas de realizarem suas vontades, com a mais ampla liberdade, no que se cita, nos direitos reais, o dilema do uso egoísta e individual das coisas *versus* a função social em prol de deveres de solidariedade de toda uma coletividade, do indivíduo dentro do todo.

A iniciar, cita-se decisão do Tribunal Gaúcho na Apelação Cível n.º 70008877755, da Quarta Câmara Cível, proveniente da Comarca de Bento Gonçalves, de relatoria do Desembargador Wellington Pacheco Barros, julgada em 18 de agosto de 2004:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Necessidade de se analisar não apenas o aspecto técnico-jurídico da questão, como, também, seu aspecto sócio-econômico. Para ser possível a demolição, tem o Município que assegurar à apelada outra habitação que garanta sua dignidade como pessoa humana. APELAÇÃO PROVIDA, VOTO VENCIDO” (grifo nosso).

Trata-se de pedido de demolição de obra irregularmente construída pelo Município de Bento Gonçalves contra Isabel R. Lopes, julgado improcedente pelo magistrado *a quo*. Os argumentos expostos pelo Município são lastreados no fato de que a obra está edificada em

local que não comporta construção, ou seja, em zona limítrofe à via férrea e na ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade e generalidade.

Em contrapartida, a apelada negou ofensa a qualquer um destes princípios, bem como aduziu que o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de moradia da pessoa devem prevalecer sobre as regras de política urbana.

Por ora, para o relator, a questão suscitada merece uma análise socioeconômica, na qual as circunstâncias fáticas também devem ser consideradas e não apenas a letra fria da lei. Nesse ápice, reconhece o relator, diante dos fatos e legislação pertinente, a irregularidade da construção, que além de não possuir projeto, também não tinha alvará de edificação e creditava impossibilidade de regularização pela sua localização.

Entretanto, destaca em sua decisão que a apelada mora em uma favela construída próxima aos trilhos da linha férrea, e que nesta qualidade, “moradora de uma favela”, “pobre”, não possui condições de adquirir ou alugar qualquer outro lugar para fins de moradia caso a demolição seja autorizada, o que contribuiria não para a inaplicabilidade da lei, mas para inflar ainda mais o número de pessoas sem moradia.

Em assim sendo, negou provimento ao recurso, reconhecendo que a responsabilidade do Judiciário não pode ser apenas frente ao direito, entretanto com a sociedade como um todo e com o próprio ser humano, e que no caso de não ser atribuída à apelada outra moradia por parte da municipalidade, a fim de privilegiar sua dignidade, não há que se falar em qualquer outra possibilidade ou natureza de decisão.

Observa-se, com base no julgado em questão, que até mesmo quando o titular do direito de propriedade for o ente público, também ele estará adstrito aos deveres de solidariedade social em detrimento do caráter absoluto da propriedade. Nesse sentido, soa um tanto quanto incomum falar-se ainda, nos dias hodiernos, que o interesse público prevalece sobre o interesse privado, pois a supremacia de qualquer um deles em relação ao outro vai muito além de regras jurídicas, pois dependerá necessariamente dos direitos fundamentais em voga.

Inclui-se, nesta análise, decisão da Décima Sétima Câmara Cível Décima – também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível n.º 70045698818, Comarca de Capão da Canoa, de relatoria da Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich, julgada em 22 de março de 2012 (FREITAS; PIRES, 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. *SUPRESSIO*. **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. (grifei)

Nessa decisão, sobrepõe, de forma veemente e atual, o comprometimento do Estado na sua prestação jurisdicional com os princípios constitucionais que devem regradar e orientar as diretrizes de Direito Privado. Ou seja, trata-se de uma completa fuga da interpretação autêntica da lei, para uma interpretação mais sociológica e adequada aos 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.

Observa-se, com base nas decisões referidas alhures, que conceitos tradicionais tutelados pelo Direito, como o direito de propriedade, devem estar filtrados na solidariedade. A liberdade de outrora, consagrada na mais específica autonomia privada – que permitia ao titular do direito subjetivo tudo fazer desde que não contrariasse a lei, não mais pode ser vista como absoluta, mas, sim, relativizada diante do interesse social.

Por derradeiro, verifica-se que, nos julgados acima, optou-se pelo direito social à moradia – um dos direitos fundamentais mais prestigiados na atualidade pela Constituição Federal de 1988 –, devendo ser analisado sob o prisma da “função social” inerente ao direito de propriedade hodierno, mesmo que mitigadora do direito de liberdade do indivíduo sobre sua propriedade. Uma função social que tem mais relação com a utilidade do que com a titularidade jurídica propriamente dita.

Assim, diante do novo texto constitucional, é crível que caiba ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Carta Constitucional. Isso porque, diante de vários mecanismos setoriais, como estatutos e leis especiais, que quebrantaram a unidade do Código Civil no que tange às relações privadas, necessário buscar uma unidade, colocando como ponto de referência a Constituição Federal, e não o Código Civil como outrora (TEPEDINO, 2001).

É dado o momento de interpretarem-se as leis civis “com base no texto constitucional”, e não o inverso, como perdurou por um bom tempo. É a estabilização de valores e princípios, por critérios interpretativos constitucionais no propósito de reunificação do sistema.

Outro caso que pode ser destacado envolve o direito de construir, o qual já surge limitado pela função social. Pelo direito de construir, a propriedade resta aniquilada, todavia tal situação se legitima na intenção de adequar a vontade do particular ao interesse social, em benefício da coletividade, limitando o desejo do particular de usar livremente seu direito de propriedade. Nesse caso, dentre as várias feições que pode tomar o direito de construir, o reconhecimento pelo tombamento de patrimônio privado como patrimônio cultural da coletividade é uma forma de limitação clássica aos direitos de usar, fruir, dispor e reaver outorgados ao titular da propriedade imobiliária.

Nesse lume, o julgado a seguir, cuja ementa abaixo se colaciona, é do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n.º 2010.024125-0, da Terceira Câmara de Direito Público, da Capital, de relatoria do Desembargador Carlos Adilson Silva, julgada em 07/05/2013:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TOMBAMENTO - TRÂMITE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EM ESTRITA OBSERVÂNCIA À LEI ESTADUAL N. 5.846/80 - IMÓVEL DECLARADO DE INESTIMÁVEL VALOR HISTÓRICO-CULTURAL À CIDADE DE BLUMENAU, ATRAVÉS DO DECRETO N. 1.070/2000 – **PERÍCIA JUDICIAL ATESTANDO O VALOR HISTÓRICO, PAISAGÍSTICO, ARQUEOLÓGICO E ETNOGRÁFICO DA EDIFICAÇÃO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EVIDENCIADA, EXEGESE ART. 5º, XXIII, DA CRFB/88.** “[...] forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional [...]. Pelo tombamento, o Poder Público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando a sua inscrição nos chamados Livros do Tombo, para fins de sua sujeição a restrições parciais; em decorrência dessa medida, o bem, ainda que pertencente a particular, passa a ser considerado bem de interesse público; daí as restrições a que se sujeita o seu titular” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 125). “Função social da propriedade é um conceito que dá a esta um atributo coletivo, não apenas individual. **Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros. Ou seja, a propriedade, além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social, um benefício pela manutenção e uso da propriedade**”. (JUNIOR, Gabriel Dezen. Direito Constitucional. 11ª ed. Brasília: Vestcon Editora, 2006. p. 51). PEDIDO ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO. TITULARIDADE DA PROPRIEDADE PRESERVADA. DIREITO DE USO, GOZO E FRUIÇÃO LIMITADOS APENAS QUANTO À SUA PARTE ESTRUTURAL. DEVER DE CONSERVAR AS SUAS CARACTERÍSTICAS ORIGINAIS. VANTAGENS, ADEMAIS, CONCEDIDAS AO PROPRIETÁRIO. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. DECRÉSCIMO ECONÔMICO

NÃO EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. "Constatando-se ainda que a indenização nos casos de tombamento apenas é devida quando as limitações impostas pelo Poder Público acarretam o esvaziamento do valor econômico do imóvel, situação não verificada na presente actio, o pedido de indenização por desapropriação não merece acolhimento." (A.C. n. 2007.058098-7, da Capital. Rel. Des. Cid Goulart, j. 26/03/2008). PRESQUESTIONAMENTO. Cedição não estar o julgador obrigado a se manifestar expressamente sobre cada fundamento legal trazido pela parte, sobretudo quando tenha encontrado motivação suficiente para embasar o convencimento. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (grifo nosso).

O caso alhures tem por apelante a Distribuidora Catarinense de Tecidos Ltda. e como apelados o Estado de Santa Catarina e a Fundação Catarinense de Cultura e propôs a declaração de nulidade de ato administrativo de tombamento cumulado com pedido alternativo de indenização e tutela antecipada em face do Estado de Santa Catarina e Fundação Catarinense de Cultura, porquanto o imóvel não estaria vinculado a fato memorável de natureza histórica, religiosa, arqueológica ou etnográfica, além da ocorrência de depreciação econômica do bem, ante a perda do conteúdo econômico do bem imóvel de sua propriedade.

Importante deixar claro que o imóvel de propriedade da apelante integra um conjunto homogêneo de edificações, denominado Núcleo Histórico de Blumenau, não ocorrendo a hipótese de tombamento individual, mas, sim de vários imóveis construídos na cidade de Blumenau.

Ainda, cabe aduzir que o tombamento identifica-se como uma forma de intervenção estatal na propriedade privada visando à proteção do patrimônio cultural como direito fundamental, e sob esse manto, revela que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo proprietário de algo, mas, acima de tudo, um direito exercido em relação a terceiros, obrigando o proprietário, constitucionalmente, diante da função social, que é inerente à propriedade, a retribuir, diante da mitigação de seu direito de liberdade sobre sua propriedade, de alguma forma ao grupo social.

Caracteriza tal decisão o óbvio: diante da nova normativa constitucional, bem como das premissas delineadas a partir da admissão de um Estado Social, a propriedade não pode mais ser invocada como um direito absoluto perante os demais e contra o próprio ordenamento jurídico, pois existem limitações que devem e precisam ser cumpridas a ponto de permitir e adequar o interesse particular e o coletivo, que o tombamento confirmado atende à exigência de uma função social.

E ainda, a corroborar todo o exposto, alude-se à ementa da Apelação Cível n.º 756.069-2, da 1ª Vara Cível do Foro Regional de São José dos Pinhais, da Comarca da Região

Metropolitana de Curitiba, do Tribunal de Justiça do Paraná, em que figura como Apelante o Município de São José dos Pinhais, Recorrente Adesivo Miguel Anacleto de Lima, e Apelados os mesmos, de Relatoria da Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins, julgada em 31/10/2013:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO URBANA. ÁREA USUCAPIENDA EM DESACORDO COM A METRAGEM ESTABELECIDADA PELO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO. LEI MUNICIPAL PUBLICADA EM 2004 QUE PASSOU A CARACTERIZAR A ÁREA USUCAPIENDA COMO URBANA. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE SE OBSERVAR A DESTINAÇÃO DADA AO IMÓVEL. REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA USUCAPIÃO QUE DEVEM SER OBSERVADOS QUANDO DA INCIDÊNCIA DA NORMA, QUE SE DÁ COM O TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL DE 05 ANOS. IMÓVEL QUE POSSUÍA AS CARACTERÍSTICAS NECESSÁRIAS PARA SER USUCAPIDO QUANDO DO TÉRMINO DOS 05 ANOS. DESÍDIA DO MUNICÍPIO EM CUMPRIR COM SUA FUNÇÃO AO PERMITIR A OCUPAÇÃO IRREGULAR QUEDANDO-SE INERTE. NECESSIDADE DE SE FAZER VALER O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FATO QUE NÃO IMPEDE A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. MERA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA AO USO DO IMÓVEL. REQUISITO DE METRAGEM MÍNIMA QUE NÃO É EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI MUNICIPAL RESTRINGIR O DIREITO CONSTITUCIONAL PREVISTO NO ARTIGO 183 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RECURSO ADESIVO. SENTENÇA QUE NÃO CONDENOU AS PARTES VENCIDAS AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESNECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SÚMULA 256 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. A verificação dos requisitos necessários à configuração do suporte fático deve se dar tão somente quando da incidência da norma jurídica da usucapião, que, como é cediço, ocorre no instante em que se perfaz o lapso temporal de 05 anos previsto na Constituição Federal. 2. O fato da legislação municipal alterar a destinação da área usucapienda, não se presta a inviabilizar o direito de aquisição sobre o bem imóvel, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica. 3. Ainda que a área usucapienda seja considerada como de preservação permanente, não há óbice para a sua aquisição por meio da Usucapião especial urbana, tendo em vista que tal qualificação não torna a área em questão bem de domínio público, mas apenas limita o seu uso. Não se pode olvidar ainda que a Constituição Federal em momento algum veda a aquisição por meio da Usucapião especial urbana de imóveis situados em áreas de preservação permanente.

E por fim, destaca-se ementa da Apelação Cível n.º 1.0194.10.011238-3/001, da 5ª Câmara Cível, da Comarca de Coronel Fabriciano, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que figura como Apelante DERMG Departamento de Estradas Rodagem Estado Minas Gerais e Apelados Claudio Aparecido Gonçalves Tito e outros, de Relatoria do desembargador Barros Levenhagen, julgada em 08/05/2014, que admitiu usucapião de bem público:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM "ANIMUS DOMINI" - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. - "A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o *animus domini*, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição".

No caso acima destacado, que aborda a usucapião de bem público, destaca o relator que o possuidor deve se comportar como se dono fosse, exteriorizando convicção de que aquele bem lhe pertence, para isso, há de comprovar a prática de atos de proprietário, pois, se o proprietário perdeu a propriedade por tê-la abandonado, deixando de praticar atos inerentes ao domínio, justo o possuidor adquirir essa propriedade, desde que demonstrada essa manifestação.

Esclarecendo, os moradores (ex-funcionários do DER/MG), pouco a pouco foram edificando suas casas no local do acampamento, que corresponde a aproximadamente 26% do imóvel. O restante encontrava-se livre. Com o tempo, as famílias foram crescendo, criando vínculos com a propriedade e desde então se passaram aproximadamente 30 anos. Atualmente uma pequena vila, dotada de infraestrutura, formou-se no local.

Assim, aquele que, por mais de trinta anos, como no presente caso, tem como seu o imóvel, tratando-o ou cultivando-o, tornando-o útil, não pode ser compelido a desocupá-lo à instância de quem o abandonou. Na espécie, os apelados demonstraram a aquisição da posse do imóvel há mais de trinta anos, sem qualquer oposição do DER. Restando demonstrado verdadeiramente sua posse, como se donos fossem.

Constata-se, dessa forma, ter sido preenchido não só o requisito temporal exigido no Código Civil, como também a qualidade dos apelados de legítimos possuidores a título próprio, da fração do imóvel, sendo necessário o reconhecimento de seu direito à aquisição da sua propriedade pela usucapião.

Ademais, cumpre ressaltar que malgrado os bens públicos não sejam passíveis de aquisição por usucapião (art. 183, § 3º, da Constituição Federal; art. 102, do Código Civil), o imóvel usucapiendo não estava incluído em área de domínio público, e a destinação social, em sua adequação constitucional, propõe o assentamento das famílias que estão no local, em prol do direito social à moradia e individual à propriedade como afirmação daquele.

Diante dos julgados citados, pode-se observar, parafraseando as palavras de Mattos (2006), que o paradigma de Estado Democrático de Direito traz consigo a ideia e projeto de

inclusão, motivo pelo qual o Estado tem a tarefa de promover e efetivar o alcance do indivíduo aos direitos fundamentais, nos quais se colocam a propriedade, a moradia e o trabalho, e não simplesmente assegurá-los juridicamente.

É verídico e ao mesmo tempo perceptível que, com a incidência constitucional dos direitos fundamentais, na busca de sua efetivação até mesmo nas relações privadas, há a mitigação do princípio da autonomia privada (liberdade individual) que sempre incorporou a normativa civil. Todavia, é fato também que a autonomia privada não pode implicar e merecer guarida, quando se tratar de violação de garantias fundamentais que fomentam a dignidade humana. É impossível permitir que um indivíduo atente contra as garantias básicas de outro (ROSENVALD; FARIAS, 2011).

Com muita propriedade e de forma conclusiva a fundamentar e responder ao objetivo e problema traçados em relação a esse capítulo, Castro (2010, p. 115) afirma que:

[...] a Constituição brasileira é um poderoso instrumento orientador para a construção daquela sociedade livre, justa e solidária, onde os homens e mulheres possam desenvolver-se plenamente, em suas liberdades individuais, mas de forma articulada com a realização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. **Um regime no qual a realização do indivíduo seja, ao mesmo tempo, a realização da coletividade como forma mais nobre da convivência social: a solidariedade.** (grifo nosso).

Nesse compasso, denota-se que direito e justiça caminham juntos, todavia lei e direito já não segue a mesma ordem. Por isso pode-se afirmar que a justiça verdadeira não está nas leis, mas no processo histórico de que é resultante, pois é nele que se realiza progressivamente (LYRA FILHO, 2012).

Ademais, Justiça é Justiça Social³⁰, antes de tudo. É “atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação de uma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade³¹” (LYRA FILHO, 2012, p. 99).

Por fim, direito é processo dentro de um processo histórico. É algo em mutação. Não está pronto e acabado. É o resultado dos movimentos de liberdade das classes e dos grupos. É,

³⁰ “A contradição entre justiça real das normas que apenas se dizem justas e a injustiça que nelas se encontra pertence ao processo, à dialética da realização do direito, que é uma luta constante entre progressistas e reacionários, entre grupos e classes espoliados e oprimidos e grupos e classes espoliadores e opressores” (LYRA FILHO, 2012, p. 95).

³¹ “O que é essencial no homem é a sua capacidade de libertação, que se realiza quando ele, conscientizado, descobre quais são as forças da natureza e da sociedade que o determinariam, se ele se deixasse levar por elas” (LYRA FILHO, 2012, p. 94).

em uma visão dialética, na justiça que se encontra a sua fonte atualizadora – uma perspectiva progressista do processo histórico presente. É o direito, a posituação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais. É a formulação dos princípios da Justiça Social. E por que não assim dizer, é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade (LYRA FILHO, 2012).

É nessa liberdade, na liberdade de cada um que se encontra a essência do Direito, “tudo o mais ou é consequência, a determinar no itinerário evolutivo, ou é deturpação, a combater como obstáculo ao progresso jurídico da humanidade” (LYRA FILHO, 2012, p. 104). É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos (LÔBO, 2009). A conversão do Estado Liberal na afirmação e reconhecimento legítimo de um Estado Social Democrático de Direito – um “Estado Solidário”.

3.4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POSSE: CAMINHO INTERPOSTO PARA A REALIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

[...] Como todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade da norma que contém no presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça (Cândido Rangel Dinamarco, 1987).

Com o Estado Liberal, lançou-se a vedação do juiz interpretar a lei, já que a jurisdição passou a ser uma mera declaração do direito proposto pelo legislador, no intuito de se evitar a arbitrariedade de um único poder, ao mesmo tempo, legislar e julgar. Assim, a jurisdição restringia-se à mera atividade declaratória, que acabou, de certa forma, por influenciar as concepções futuras do direito (MELEU, 2013).

De início a concepção trazida pelo Estado Liberal poderia, de certo modo, acalantar e impor as relações jurídicas, ao exercício da jurisdição, certa “segurança jurídica”. Contudo, nos moldes de um Estado Social e Democrático de Direito, a liberdade de interpretar do juiz passa a ser mais um dever, um dever não condizente com o sinônimo de discricionariedade que impunha certos riscos aduzidos pelo Estado Liberal, todavia um dever em conjuntura com uma nova concepção de direito. Um direito que não se confunde com justiça, mas que pode lançar, em seus mandados interpretativos, a melhor resposta ao caso concreto, em prol de direitos fundamentais e da afirmação da dignidade da pessoa humana.

Nesse propósito, judicializar a posse é apenas um caminho interposto, constitucionalmente assegurado, inibindo qualquer ato de arbitrariedade ou discricionariedade

por parte do julgador, para a efetivação de direitos fundamentais. Isso porque, ao analisar o caso concreto e dar anseio aos fins interpretativos, conforme a Constituição, o julgador assegura-se de que sua resposta atingiu seu fim humano e social, no exercício da jurisdição e prestação da tutela jurisdicional, e de longe, passará por qualquer julgamento que a coloque em dúvida quanto a sua legitimidade ou fundamentação, a máxime, a propriedade deve atender à função social e ser devidamente cumprida e judicialmente protegida.

Nesse prumo, na acepção de Ruy Rosado de Aguiar Junior (2006), o mundo contemporâneo desencadeou uma alteração considerável de paradigmas, e para eles, o Estado não oferta instrumentalização suficiente no que tange a sua tarefa de legislar, colocando, por conseguinte, nas mãos dos juízes, o encargo de adaptação da ordem jurídica ao mundo dos fatos, não significando, contudo, que tenha o Estado deixado de legislar, mas que legisla, talvez, cada vez pior.

Conseqüentemente, sob certo ponto, acaba por interferir e contribuir para a adaptação e transformação do constitucionalismo, que passa da situação defensiva do Estado dos direitos dos cidadãos, ao dever e proteção dos direitos sociais, almejando, no sentido de dever, uma doutrina que consolide o Estado solidário e garanta a qualidade de vida das pessoas e nesse andar, deve a função jurisdicional ser exercida de modo compatível com essa nova realidade, com esse mais novo paradigma, sendo muito fácil perceber a importância social que assume o desempenho da função jurisdicional (AGUIAR JUNIOR, 2006). A Constituição Federal de 1988 outorgou direitos fundamentais, garantindo a eles ampla proteção a ser concretizada pela via judicial – os efeitos da constitucionalização. E diante disso, cabe ponderar sobre os fins a que se destina a função judicial.

Com efeito e na ânsia de contextualizar sobre essa função judicial, em um exemplo ilustrativo, afirma-se que, na primeira fase do constitucionalismo, ao juiz cabia presidir os atos processuais a fim de garantir o devido processo, e ao final, proferir sentença imparcial, pois, como guardião dos direitos públicos e das liberdades dos indivíduos diante do Estado, apenas ele poderia resolver os litígios e evitar a afronta a qualquer um desses direitos (AGUIAR JUNIOR, 2006).

Porém, diante da nova conjuntura fática e jurídica que envolve a realidade dos direitos sociais, o juiz deixou de existir apenas para a proteção dos direitos fundamentais de natureza política; passou a implantar os direitos sociais, não sendo mais “um convidado de pedra, mas um partícipe cada vez mais presente na vida social; não se lhe atribui apenas o controle da formalidade dos atos da autoridade, mas dele se espera que aprecie o mérito das políticas públicas” (AGUIAR JUNIOR, 2006).

Por derradeiro, em delineando a ordem jurídica como um sistema aberto, com grande número de cláusulas gerais, a exemplo da função social, em que os princípios constitucionais, embora, por um longo período, amplamente discutidos, possam ser aplicados às relações privadas, a cada instante, a cada passo, surgem oportunidades à criação de norma de conduta judicializada ao caso concreto (AGUIAR JUNIOR, 2006). Isso não excluiria, então, da análise e dever do judiciário a interpretação, conforme a Constituição no que tange ao reconhecimento e proteção da propriedade privada, mas da propriedade que constitucionalmente se elenca, aquela com função social, prospectando sua ilegitimidade quando tal conteúdo não fizer parte de seu conceito, ou seja, quando faltar ao proprietário o seu dever de solidariedade social – a sua tarefa de função social.

Nesse propósito, o juiz pode proteger a posse e reconhecê-la judicialmente como melhor proteção pelos propósitos constitucionais atingidos e pela mais ampla garantia e amplitude de direitos fundamentais, como a moradia e o trabalho, mesmo que em detrimento daquele que ostente título aquisitivo de propriedade, mas que faticamente encontra-se fulminado pela ausência de fato de posse com função social.

A somar, para Grossi (2003) “o papel do juiz³² se agigantou”. Por tal fato, precisa-se de juízes que possam compreender a dimensão da complexidade de sua atividade, de que o direito possui raízes submersas em valores históricos, que se preocupem com os casos que lhes são submetidos e com as circunstâncias que ensejaram o surgimento do litígio, bem como com as razões apresentadas pelas partes envolvidas, além disso, que vivam a realidade presente e que reflitam sem pestanejar sobre as consequências concretas de suas decisões – o reconhecimento da responsabilidade de sua atividade jurisdicional.

Permitindo-se o trocadilho, “para o juiz pode ser somente mais um processo, mas para as partes, pode ser o único, e isto pode definir e mudar suas vidas para o bem ou para o mal”. Registra-se, assim, que apenas o reconhecimento constitucional não assegura a efetiva e real concretude dos direitos fundamentais. É preciso muito mais, além disso.

Destarte, “a concretização jurisprudencial dos direitos fundamentais dar-se-á perante a mediação autônoma de um juízo prático-reflexivo – e não pelo mero conhecimento das normas –, (re) constituinte do sentido dos direitos fundamentais, em razão de estes não se esgotarem em uma preordenação positivada” (MELGARÉ, 2006, p. 205).

³² “O mundo contemporâneo necessita do juiz-jurista (o técnico com boa formação profissional, capaz de resolver a causa com propriedade e adequação), do juiz-cidadão (com percepção do mundo que o circunda, de onde veio a causa que vai julgar e para onde retornarão os efeitos da sua decisão), do juiz-moral (com a ideia de que a preservação dos valores éticos é indispensável para a legitimidade de sua ação), do juiz-administrador (que deve dar efetividade aos procedimentos em que está envolvido, com a supervisão escalonada sobre os assuntos da sua vara, do foro, do tribunal, dos serviços judiciários como um todo)” (AGUIAR JUNIOR, 2006, p. 350).

Para Souza Junior (2005, p. 206):

[...] a mais importante das funções jurídicas é a de juiz. É, existencialmente, o ponto de partida de toda a atividade jurídica, sem a qual nenhuma das demais poderia operar. É a que está mais próxima do fundamento ontológico do direito, ou seja, a pessoa humana, real e viva, com sua preeminente dignidade ao mesmo tempo individual e social, livre e solidária, corporal e espiritual, dotada de direitos e deveres fundamentais e vocacionada a um mundo de valores superiores que ao direito cabe garantir e promover. É a que vai servir diretamente à pessoa humana necessitada da tutela jurídica, o sujeito primeiro e a finalidade última de todo o ordenamento jurídico. O ordenamento assegura à função judicial um espaço próprio de autonomia, inclusive para colmatar lacunas, pela via da equidade e dos princípios gerais do direito. Em seguida, e na ordem, seguem-lhe, em relevância – pelas mesmas razões - a função legislativa e a função de controle constitucional, respectivamente.

Conforme Habermas (2012), a tensão entre facticidade e validade, inerente ao direito, manifesta-se na jurisdição como conflito entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão, o desejo de tomar decisões corretas. Nesse enredo, é de destaque a proposta de Dworkin para tal conflito, ao projetar as suposições de racionalidade da prática de decisão judicial ao patamar de uma reconstrução racional do direito vigente, ou seja, esclarece como a prática de decisão judicial pode satisfazer tanto as exigências da segurança jurídica do direito quanto da aceitabilidade racional, por meio da adoção de direitos concebidos deontologicamente. E contra o positivismo, tangencia a possibilidade e a necessidade de respostas corretas, fundamentadas pela ótica dos princípios. Para a teoria Dworkiana, há pontos morais relevantes nas decisões judiciais, já que o direito positivo assimilou, sem qualquer resistência, conteúdos morais.

É com base nesses argumentos de exercício de jurisdição e tutela judicial que se encontra e destaca em temas mais específicos a judicialização da posse. Abordagem esta que trabalha a ruptura com o paradigma moderno, propriedade/indivíduo e direitos reais, para adentrar na dimensão coletiva, redimensionando a tutela e o exercício dos direitos (PILATI, 2011). Entre eles, o exercício e tutela do direito de propriedade, dentro de sua concretude constitucional, estabelecendo valor à função social, e nessa senda, igualando a posse à propriedade em termos de tutela, quando abranger, para sua proteção, a melhor utilidade da coisa em prol da coletividade. Isso porque atua como característica inerente ao Estado Democrático, o respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Do que foi dito resulta claro que haverá na questão da judicialização da posse um confronto entre regras e princípios constitucionais – os que protegem a propriedade privada e os que protegem a moradia e o trabalho. Conflito este que só poderá ser solucionado pela

interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, ao que se sugere a tese das respostas corretas em direito trazida por Dworkin, calcada na ordem dos princípios, que serão os mesmos, tendo em vista sua base e nascedouro constitucional para todas as decisões. O que definirá a prevalência de um princípio sobre outro, ou de regras sobre princípios, será o caso concreto e aí estará não a resposta, mas a possibilidade de respostas corretas para cada caso, sem que isso materialize discricionariedade por parte do julgador, pois seus freios e limites interpretativos encontram-se na aplicação dos princípios.

“Antes da concretude, a norma atua apenas como parâmetro e orientação para que se realize determinada conduta, observando, como já se disse, a característica da inclusividade e de ser instrumento de transformação social” (TORRES, 2010, p. 405). Nesse invólucro, o juiz atua como um intermediário entre a norma e a vida; como instrumento vivo de transformação e tradução do comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, definido na sentença (CAMARGO, 1999).

Para Wolkmer (2003, p. 188):

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa.

Para Lênio Streck (1999 apud TORRES, 2010), “no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do legislativo e do executivo para o judiciário [...] mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição [...]”

Isso porque há uma necessidade “gritante” de abandono à velha hermenêutica, insuficiente para resolver de acordo com os ditames de um Estado Democrático e Social de Direito os conflitos hodiernos. Para atender a uma ordem socialmente justa e concretizá-la, que tenha por primazia a valoração da pessoa e seus direitos fundamentais, há que se ajustar uma interpretação axiológica, que remonte o interesse da norma, levando em consideração os princípios fundamentais que envolvem todo o sistema jurídico, relendo esse sistema à luz dos princípios e valores fundamentais nos quais a Constituição Federal se baseia e nos quais está instrumentalizada a concretude da dignidade da pessoa humana.

3.4.1. O direito social à moradia

Ao abordar-se o tema “direitos fundamentais” há que se destacar a referência a um conjunto mínimo de direitos subjetivos considerados essenciais a fim de que uma pessoa possa viver com um padrão, mesmo que não ideal, mas aceitável de dignidade, realizando, da forma mais concreta possível, o princípio da dignidade da pessoa humana (AINA, 2004).

Assim, quando se fala em moradia (direito fundamental), certamente, torna-se impossível conceber dignidade³³ em um ser humano vagando nas ruas, sem acesso à moradia digna. E quando reconhecida dentro de um mínimo existencial, não há como subtrair de sua previsão constitucional a responsabilidade pela sua efetivação a todos, o que se estende além do poder público (representantes democraticamente escolhidos) e outros, também ao Judiciário.

O Brasil, de historicidade latifundiária e concentração de renda e terra, até o ano de 2000³⁴³⁵, nunca contemplou o direito à moradia. Antes pela Carta Constitucional de 1988, contemplava-se a moradia a partir de uma interpretação sistemática, chegando alguns a entender que essa omissão consagrava a não positivação de tal direito no ordenamento jurídico brasileiro (GAZOLA, 2008), mesmo que, em outros momentos, o texto constitucional a abordasse.

Contudo, a moradia, independente da interpretação que se faça, é indiscutivelmente uma necessidade premente do ser humano, eis que todo e qualquer indivíduo precisa de um lugar para abrigar-se, e por abrigar-se se compreende a ideia de um lugar para retornar do trabalho, para abrigar a família, descansar, sentir-se seguro, etc. – a garantia de uma sobrevivência com dignidade. Ademais, embora a moradia normalmente se concretize materialmente em um imóvel, entende-se permear um valor imaterial, um bem da vida, que não pode ser visualizado apenas no direito de propriedade, mas também na posse, na ocupação (AINA, 2004). A moradia é valor que encontra vertentes no direito à vida, à saúde, na proteção à família, no acesso à propriedade.

³³ “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade [...]” (BARCELLOS, 2002 apud GAZOLA, 2008, p. 50-51).

³⁴ O direito à moradia foi acrescentado ao rol de direitos sociais do art. 6 da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, publicada em 15 de fevereiro de 2000.

³⁵ “Apesar de o legislador ter optado por incluir no texto constitucional apenas a expressão “moradia”, parece-nos inafastável que a condição de adequabilidade dessa moradia está implícita, pois o sistema jurídico aponta para a valorização da pessoa humana e sua dignidade, além de proclamar como fim do Estado a concretização da justiça social, e estes parâmetros, por certo, implicam em habitação salubre e minimamente confortável” (AINA, 2004, p. 94).

É sob esse manto que se avoca, neste trabalho, a judicialização da posse, a responsabilidade dos magistrados em reconhecerem a função social da posse, como instrumento de efetivação do direito à moradia, independente do título que se tenha, ou do bem sobre o qual essa posse se realize, mesmo no caso de bens públicos, pois ao mesmo tempo em que a propriedade privada deve ser exercida com função social – deveres de solidariedade do particular –, a propriedade pública deve e é responsável pelos direitos que decorrem desse exercício.

E no caso da usucapião, a ilustrar, mesmo que o objetivo tutelado não seja diretamente a moradia, caracteriza a instrumentalização para um dos caminhos traçados pela Constituição Federal – o acesso à moradia, e mesmo sendo instituto infraconstitucional, atua na concretude desse comando constitucional, privilegiando o uso social da propriedade em detrimento da especulação ou ainda, do abuso de direito (AINA, 2004).

A título de exemplo, quando imposta ao magistrado a declaração de propriedade, em uma ação de usucapião, teria que olhá-la não apenas processualmente, no que tange ao preenchimento de requisitos ordinários materialmente trazidos pelo código civilista, mas considerar a praxe maior a que se delega o exercício da propriedade – o cumprimento de sua função social.

Isso não significa que o magistrado teria de decidir “contra o direito”, fazendo lei e outorgando propriedade ao autor da ação, todavia avaliar sua manutenção na condição de possuidor que, mesmo diante da recusa da propriedade pelo texto civilista, pela falta de requisitos, preenche, sem qualquer objeção, o conteúdo maior da propriedade constitucional – a sua função social. Trata-se de posse respondida por meio do exercício dela, uma posse que o ordenamento jurídico resolveu proteger e pela qual o autor pode garantir seu acesso à moradia e prerrogativas de direitos fundamentais diante da inércia ou recusa de relevância dada pelo titular registral.

Como bem ratifica Aina (2004, p. 120), “a proteção jusfundamental à moradia constitui-se em parâmetro para interpretação, integração e subsunção das demais normas jurídicas constitucionais e das normas jurídicas infraconstitucionais”. Adquire, então, grande relevância a releitura do Direito Privado, de origem liberal individualista, sob a visão social constitucional. Em outros termos, a moradia passa a ter o mesmo peso que outros valores, como a propriedade, já consagrada desde os primórdios, na sistematização dos direitos fundamentais (AINA, 2004).

Resultado? Não pode mais o intérprete e operador do direito ter como princípio que a propriedade se sobrepõe à posse, ao uso, ou até mesmo, à ocupação, pois, em um conflito

entre o proprietário e o possuidor que tenha estabelecido moradia sobre o imóvel em discussão, deverão aqueles optar pela melhor solução que atenda aos fins constitucionais. Isso não significa, de modo necessário e primariamente a proteção da posse, já que a propriedade também atua como garantidora e realizadora de direitos fundamentais, mas, sim, a tomada da função social como parâmetro para aplicação das normas ao caso concreto – uma releitura³⁶ do instituto da posse sob a ótica do direito fundamental à moradia (AINA, 2004).

Por derradeiro, o direito fundamental à moradia gera, no mínimo, um direito subjetivo negativo, e nesse sentido, produz efeitos não somente em relação ao Estado, em seu dever de abstenção, mas também em relação aos particulares, que também se encontram proibidos de lesionar direitos fundamentais de terceiros.

“Ademais, os valores jurídicos da solidariedade e da justiça social sugerem atenção para que não se descuide da alma humana, elemento repositório do sentimento de bem-estar, atentando para que os valores materiais estejam a seu serviço e não o contrário” (AINA, 2004, p. 132).

A contemplar, para Bobbio (1996, p. 57), “ao Direito não interessa tanto aquilo que os homens fazem, mas de que maneira o fazem; [...] não prescreve aquilo que os homens têm que fazer; mas a maneira, isto é, a forma da ação; em suma, [...] o Direito é uma regra formal da conduta humana”.

Há que se destacar que o legislador constitucional considerou a moradia como direito fundamental, a fim de ser exercido no que diz respeito ao uso do solo, independente do título de propriedade, ressaltando ainda mais a importância e relevância da posse funcionalizada.

Tal circunstância e proposta constitucional podem ser percebidas e ao mesmo tempo, ratificada pela decisão em sede de Apelação Cível n.º 70056294556, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Luiz Renato Alves da Silva, julgada em 31/10/2013 e publicada em 18/11/2013, conforme ementa abaixo destacada:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM IMÓVEL. REJEITADA A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO DO FEITO PELA JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. SITUAÇÃO CONCRETA EM QUE SE MANTÉM O APELANTE NA POSSE DO IMÓVEL. COLISÃO ENTRE

³⁶ “Um exemplo dessa releitura pode ser exemplificado na questão da inversão do título da posse. Se o possuidor adentra em um imóvel como possuidor direto, é possível que venha a tornar-se possuidor pleno, como é muito comum ocorrer com locatários que, com o tempo, param de pagar aluguel e continuam a residir sem oposição, passando inclusive a arcar com todos os custos do imóvel, tais como impostos, taxas e despesas de manutenção. Decorrido o lapso prescricional, podem adquirir por usucapião esse imóvel, interpretando-se os dispositivos civilistas, conforme os ditames constitucionais de justiça distributiva, justiça social e a proteção jusfundamental de valores como a moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana” (AINA, 2004, p. 122).

DIREITOS. PONDERAÇÃO. DIREITO DE MORADIA VERSUS DIREITO À PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. Caso em que nem a autora, ora apelada, nem a proprietária do bem (União Federal) dão qualquer destinação social ao imóvel, ao contrário do autor, que reside com sua família no local. Colisão do direito de propriedade com direito social constitucionalmente assegurado, qual seja, moradia. RECURSO PROVIDO.

O caso em tela retrata recurso de apelação interposto por Ademir Marques Pinto, nos autos da ação de reintegração de posse contra si movida por ALL – América Latina Logística Malha Sul S.A. contra sentença que julgou procedente o pedido formulado, para determinar a reintegração da autora na posse do imóvel.

Convém esclarecer que o apelante invocou no mérito a reforma da sentença para o fim de ser mantido, com sua família, na posse do imóvel, declarando que há anos a via estava desativada, tendo constituído no local a sua residência, devendo, dessa forma, ser aplicado ao caso o princípio constitucional do direito à moradia. Por isso, requereu o provimento do recurso.

Diante das circunstâncias trazidas à baila, o relator do recurso, Des. Luiz Renato Alves da Silva, deu provimento ao recurso, destacando, em sua decisão, que a apelada pretendia ver-se reintegrada na posse de uma antiga garagem, localizada no pátio ferroviário de Rosário do Sul, sobre a qual alegou exercer a posse em decorrência de contrato de arrendamento firmado com a União, imputando ao ora apelante a prática de esbulho. Entendeu que o feito deveria ser julgado improcedente, dando-se primazia ao direito à moradia, para o fim de garantir a manutenção da sua família na posse do imóvel, entendimento este manifesto e mantido pelo relator, a ponto de reformar a sentença, mantendo o apelante na posse do bem.

Justificando que nem a apelada nem a proprietária do bem (União Federal) deram qualquer destinação social ao imóvel, enquanto o apelante residia no local juntamente com sua família, resultando tal fato em uma evidente colisão de direitos, aplicou, então, o método da ponderação, com base no qual se avalia, na situação concreta, se a satisfação de um direito fundamental (direito à propriedade) justifica a não satisfação do outro (direito à moradia). Considerando essa ponderação, vislumbrou como solução mais adequada a reforma da sentença, mantendo o apelante na posse do bem.

Destacou ainda demanda semelhante, já decidida pela Colenda Câmara quando do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 70052003837, de relatoria da Eminente Desembargadora Liége Puricelli Pires, que adotou como razões de decidir:

[...]

Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, em seu inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social. Mais. Está previsto no art. 1º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E em seu art. 6º, garante como direito social a moradia e a assistência aos desamparados.

Por outro lado, o esbulho caracteriza-se por posse injusta que, dada a prevalência dos princípios constitucionais referidos, aqui não se evidencia, pelo menos em sede de cognição sumária, assim como não veio efetivamente demonstrada a posse anterior. Diga-se que a aquisição da propriedade, por si só, não comprova o exercício efetivo da posse, não havendo, diferentemente do alegado pelo juízo, como se presumi-la.

[...]

O voto do relator foi acompanhado por unanimidade, aduzindo ainda em seu voto a Revisora Des. Liége Puricelli Pires que “o relator aplica o direito de molde a fazer justiça no caso concreto, a fim de preservar o direito à moradia, porque o proprietário do bem imóvel e seu arrendatário não souberam dar destinação social à propriedade”³⁷.

Nessa senda, não se pode olvidar que há um direito à moradia, oponível *erga-omnes* e que sua existência depende necessariamente da ocupação espacial de solo urbano ou rural, não sendo relevante, em um primeiro momento, diante do fator necessidade que permeia a moradia, o tipo de ocupação que se tem (TORRES, 2010)³⁸.

O direito à moradia pode, sem pestanejar, em diversas hipóteses, assumir posição preferencial em relação ao direito de propriedade, que em consonância ao enredo constitucional vigente, encontra-se limitado pela função social, pois somente a propriedade útil é constitucionalmente tutelada. Em outros termos, a falta de propriedade não irá privar o indivíduo de uma vida digna, mas o mesmo não ocorrerá se a moradia não for compatível com uma vida saudável (SARLET, 2012).

Não cumpre função social a ocupação que não resulte em moradia, na posse urbana, ou moradia e trabalho, na posse rural, indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas ao indivíduo e sua família, eis que tais direitos, sociais e fundamentais, são elementos mínimos a permitir a erradicação da pobreza e desigualdades sociais, em resposta ao fundamento da dignidade humana (TORRES, 2010).

Diante de tal dilema, “propriedade *versus* moradia”, decidiu-se, no caso em comento, pela manutenção do possuidor não proprietário, garantindo-lhe seu direito de moradia.

³⁷ Não contém número de página por ser documento eletrônico.

³⁸ Uma das características dos direitos fundamentais de segunda dimensão é serem direitos que se destacam por sua função defensiva, como direitos negativos, dirigidos precipuamente a uma conduta omissiva por parte do destinatário – Estado ou particulares – na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais (SARLET, 1999).

Operou-se em prol de uma propriedade funcionalizada, mesmo que não titulada juridicamente, em vez de uma propriedade com título, sem função social. De outra banda, restringiram-se os poderes do proprietário (autonomia privada) aos comandos constitucionais, suprimindo, nesse contexto, seus direitos de propriedade e de liberdade, pela supremacia da solidariedade e justiça social.

De forma simples, priorizou-se aquele que atua em conformidade com os ditames constitucionais para manutenção da propriedade, mesmo que de forma intervencionista pelo Estado, do que aquele que vê na propriedade um direito absoluto e de confirmação de sua mais ampla e efetiva liberdade apregoado no modelo de Estado Liberal.

Mais uma vez, a corroborar com as decisões já destacadas no linear deste trabalho, observa-se 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 – da propriedade constitucionalmente protegida em um Estado Social e Democrático de Direito.

3.4.2. O direito à dignidade - a implementação de condições dignas de vida: uma questão de poder “viver”

O debate entre a filosofia e o direito, melhor dizendo, entre o filósofo e o jurista, constitui o melhor meio, ao menos em uma sociedade democrática, de se estabelecer as diversas dimensões da dignidade e a sua praticidade voltada para cada ser humano. Assim, não há como se afastar o papel importante que o direito realiza na proteção e promoção da dignidade (SARLET, 2009).

Contudo, há certa dificuldade em se estabelecer uma definição para dignidade da pessoa humana, especialmente no âmbito de sua proteção jurídica fundamental, por ser qualidade/atributo inerente e identificador do ser humano. Sopesa ainda o fato de que a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida em que ele a reconhece. A dignidade independe da qualidade de pessoa – é inerente a toda e qualquer uma –, todos são iguais em dignidade, no reconhecimento de pessoa, mesmo que seu comportamento não traduza dignidade consigo ou com seus semelhantes, por isso, conforme ratifica José Afonso da Silva, nenhuma pessoa poderá, independente das ações que cometer, se dignas ou indignas, ter sua dignidade desconsiderada (SARLET, 2009).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão utiliza a dignidade da pessoa humana como ponto de partida dos direitos fundamentais, bem como centro de seu sistema-valorativo. Apresenta a dignidade humana como sendo o valor jurídico mais elevado dentro da Constituição – valor jurídico supremo, o fim supremo de todo o Direito (HABERLE, 2009).

Isso porque o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana está na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa), e não necessariamente, em uma qualidade biológica e inata da natureza humana. A própria dimensão ontológica³⁹ (embora não necessariamente biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função do contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas (SARLET, 2009).

A dignidade da pessoa humana, sem deixar de lado sua concepção ontológica, só faz sentido no âmbito da intersubjetividade (dimensão relacional) e da pluralidade. Isso não significa funcionalizar a dignidade, todavia partir de uma situação básica do ser humano em sua relação com os demais – a noção de dignidade igual para todos. Nesse sentido, a ordem jurídica, no que tange ao reconhecimento e proteção da dignidade humana, deve sopesar igual dignidade para todos, uma dimensão política da dignidade, uma vez que o ser humano comunica-se, nessa condição, com qualquer outro ser humano, em qualquer parte do planeta, pelo simples fato de lhe ser comum uma relação moral – a condição de ser humano (SARLET, 2009).

Em uma análise também de direitos fundamentais individualmente considerados, a dignidade da pessoa humana constitui norma estrutural ao Estado e à sociedade. Por esse motivo, o respeito e a proteção também se estendem à sociedade, podendo ser advertida em relação a terceiros (HABERLE, 2009).

Nessa toada, ao mesmo tempo em que a dignidade provém da autonomia (dimensão autonômica), exige também, para sua formação, da necessidade de proteção (dimensão assistencial) estatal e comunitária, decorrente da ausência de sua autodeterminação – o que poderia chamar-se de dimensão dúplice da dignidade. Por derradeiro, a autonomia da vontade poderá ser relativizada, quando analisada dentro do contexto de sua dimensão assistencial (protetiva) – o direito de ser tratado com dignidade (SARLET, 2009).

³⁹ Qualidade inerente ao ser humano.

Dworkin⁴⁰ parte do pressuposto de que a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas, de tal sorte que é no valor intrínseco (na santidade e inviolabilidade) da vida humana de todo e qualquer ser humano, que se encontra a explicação ao fato de que, mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade, merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada (SARLET, 2009).

O alemão Gunter Durig, na esteira de uma visão kantiana, desenvolve que a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa fosse reduzida a objeto, tratada como coisa. Porém, essa ainda não é a melhor solução global à questão da dignidade, pois, embora defina os casos em poderá ser afrontada, não especifica exatamente o que deve ser protegido. Assim sendo, para uma análise de coisificação do ser humano, é necessário que se avalie o objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar o outro. A dignidade da pessoa humana seria uma qualidade intrínseca e individual de cada ser humano (SARLET, 2009).

Por fim, um dos papéis centrais do direito e da filosofia do direito está em assegurar e coibir qualquer interpretação unilateral e reducionista da noção de dignidade, bem como promover e proteger a dignidade de todas as pessoas em todos os lugares (SARLET, 2009). Isso porque, embora o termo dignidade da pessoa humana padeça hoje em dia de alguns paradoxos, respeitar a dignidade do outro, não torná-la um simples meio, não é um dever jurídico eventualmente imposto, mas, sim, um dever de virtude (SEELMAN, 2009).

Ser pessoa pressupõe consideração dos outros. Apenas o reconhecimento recíproco como ser livre, igual e necessitado possibilita o estado jurídico. O reconhecimento como pessoa ou sujeito é necessário precisamente, caso se queira viver num estado jurídico (SEELMAN, 2009).

3.4.3. A judicialização da posse: a posse funcionalizada como exceção ao direito material na concretude de direitos fundamentais

Já não se vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana (Rui Barbosa).

⁴⁰ Para Dworkin “cada sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui a indignidade, critérios que variam conforme o local e a época” (apud SARLET, 2009, p. 31).

Ao falar-se em direitos fundamentais, há que se destacar a sua vinculação ao Poder Judiciário que deve fiscalizar, quando provocado, os demais poderes quanto à aplicação dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo, zelar a fim de que suas decisões tenham conteúdo e se respeite a natureza desses direitos.

Contudo, a ordem constitucional jurídica vigente não se garante apenas pela harmonia dos poderes, justamente pelo contexto controverso que envolve sua interpretação e eficácia. Nessa senda, a própria Constituição determina, não sugere, ao Supremo Tribunal Federal que atue como “guardião dos direitos fundamentais” – a função de controle de constitucionalidade, a função de intérprete com efeito vinculativo e a função normativa. A real necessidade de que as decisões judiciais atuem na concretude e efetivação de direitos fundamentais, o que significa, de forma muito simples, “dar, em seus comandos, interpretação adequada à Constituição”.

Assim, com o fito de proporcionar, com base na interpretação jurisprudencial, a ampliação de direitos subjetivos fundamentais, há que se adentrar em um campo controverso, talvez um dos mais controversos do direito, qual seja, o da interpretação. E, nessa senda, embora as mais variadas concepções girem em torno da interpretação, pretende-se, para o fim proposto neste trabalho, afastar qualquer concepção que denote interpretação como mera subsunção, bem como a exposição de um positivismo legalista, que branda em si um sistema fechado de conflitos reduzidos a lides judiciais.

Interpretar é relevante quando a clareza de uma lei não é uma condicionante, mas o resultado do processo de sua interpretação, visto que uma lei só pode ser considerada clara depois de interpretada. Interpretar o direito não se limita apenas a compreender seus textos, a realidade e os fatos. É muito mais do que isso (GRAU, 2013).

“Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos, da realidade e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de determinada solução para ele, consignada na norma de decisão” (GRAU, 2013, p. 32).

Cabe distinguir, de um lado, as normas jurídicas produzidas pelo intérprete, com base nos textos e da realidade e, de outro, a norma de decisão do caso expressa na sentença judicial, ou seja, as normas jurídicas gerais que conformam e informam a decisão surgem de uma primeira operação, da qual decorre a afirmação da outra, a norma de decisão (GRAU, 2013).

Todavia, quanto maior o espaço dado ao intérprete, maior a responsabilidade da qualidade da argumentação utilizada a fim de fundamentar a decisão. Daí a ideia de que interpretar é partir de algo já pronto, em outras palavras, reconstruir (NIGRO, 2012).

Nesse propósito crítico, poder-se-ia destacar a judicialização da posse, quando a lide envolver o direito de propriedade e a função social decorrente do exercício de posse e ao mesmo tempo, garantidora de direitos fundamentais. Uma fuga quase que legítima do julgador dos preceitos outrora estabelecidos sob o manto do positivismo jurídico, ou seja, a possibilidade do julgador, em detrimento de regras materiais, proteger e efetivar direitos constitucionalmente garantidos.

Historicamente falando, sob a bandeira do liberalismo, afirmou-se a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, sem que isso, contudo, afastasse a ideia de Estado Democrático⁴¹. De tal monta que o traço modificador das constituições estava no seu conteúdo, no grau de limitação ao poder do Estado de garantias fundamentais. Nesse âmbito, poder-se-ia afirmar que, inicialmente, os direitos fundamentais de natureza individual tiveram uma concepção liberal, pois objetivavam proteger o indivíduo em face do Estado, trazendo-lhe segurança jurídica (SIQUEIRA, 2012).

É importante destacar, dentro desses direitos individuais, o de propriedade, que, com o Estado Liberal, vinha fundado nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a propriedade como direito decorrente do princípio da liberdade individual, elevado à categoria de direito fundamental, sagrado, inviolável. Tal liberdade promoveu a concentração de terras nas mãos de uma pequena minoria, majorando ainda mais os abismos sociais (GAZOLA, 2008).

Grau (2001) remonta que os defeitos subtraídos do liberalismo, somados à incapacidade de autorregulação dos mercados, atribuíram ao Estado uma nova função. O ideal de liberdade, igualdade e fraternidade se opuseram à realidade do poder econômico.

Criticando a visão absoluta da propriedade abarcada pelo Estado Liberal, Ihering (1998, p. 79) refere:

A fonte histórica e a justificação moral da propriedade residem no trabalho. Não me refiro apenas ao trabalho das mãos e dos braços, mas também ao trabalho do espírito e do talento. [...] Só a ligação constante com o trabalho mantém a propriedade vigorosa e sadia, só junto a essa fonte que constantemente a gera e renova é que a mesma se revela até o âmbito de toda a clareza e transparência, com todas as potencialidades que encerra para o homem.

⁴¹ Indica a presença do povo na base de suas instituições.

Não destoam muito do pensamento trazido por Ihering as afirmações propostas por Duguit – pai da concepção da função social da propriedade – no que tange à revisão do conceito individualista de propriedade que a coloca como um direito absoluto.

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 o detentor da riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza 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 (DUGUIT apud GOMES, 2001, p. 108-109).

Extraí-se dos enxertos acima que o direito individual à propriedade, hodiernamente, não é nem pode mais ser conferido ao indivíduo para simples satisfação de seus interesses individuais (absoluto e sagrado), mas, sim, que carrega consigo uma cota de solidariedade que o modela de acordo com as condições e restrições impostas pelo Estado com propósitos sociais – os deveres de solidariedade, representados pelo conteúdo funcional do qual se permeia a propriedade constitucional, mesmo como direito fundamental individual –, a relativização do direito de propriedade em favor do direito à propriedade.

A Constituição Federal de 1988 criou uma propriedade constitucional⁴², com características e limites determinados por situações concretas, mas avalizados por princípios constitucionais, não podendo, assim, suggestionar-se crise no ordenamento jurídico da propriedade, pois o texto constitucional insere a função social ao exercício daquela, em uma situação de real submissão (TEPEDINO, 1998).

Nesse compasso, a efetivação e concretude da propriedade constitucional, mediante exercício da função social, apenas serão possíveis com base em uma análise conjunta dos valores e princípios constitucionais, visto que a função social não atua, nem deve, apenas na tarefa autorizativa de uma desapropriação (punição pelo não respeito à função social), mas acima de tudo, como garantidora de direitos fundamentais a todo e qualquer indivíduo, tais como a moradia, o trabalho, a proteção à família, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária firmada na dignidade do ser humano.

⁴² “[...] A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a – transformasse em uma “mini propriedade”, como – alguém, com fina ironia, a cunhou, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente – diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada “se non costruendo in una endiadi Le situazione del proprietario e der terzi”. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e transforma-se em instrumento de realização do projeto constitucional)” (TEPEDINO, 1998, p. 252-253).

Esse ponto ganha nuance toda vez que o proprietário, mesmo derrotado nos interditos possessórios, tiver como escape a tutela reivindicatória para recuperar o bem. Daí a necessidade de se proteger a posse qualificada pela função social, pois, para esta existir, certamente a propriedade quedou-se diante do cumprimento desta, sopesando ainda o fato de que atende a direitos fundamentais sociais, como a moradia e o trabalho (TORRES, 2010).

Mister reconhecer como um direito à posse qualificada pela função social⁴³, pois materializa direitos fundamentais, os quais satisfazem necessidades humanas, contribuindo à concretude do princípio da dignidade da pessoa humana e na construção de uma sociedade justa e solidária, em detrimento de uma propriedade tida como bem de capital e não de produção, ausente de conteúdo social, e coadjuvante na promoção das desigualdades sociais. Nesse âmbito, o que se pretende é a tutela da propriedade ou da posse que cumpre com seus deveres de solidariedade social, respaldadas nos critérios de função social, no interesse individual, mas em prol de uma coletividade.

Na realidade, a “pedra de toque” diante deste conflito (posse e propriedade *versus* função social) está em encontrar diante da análise do caso concreto qual situação melhor atende ao princípio de maior densidade na Constituição Federal – a dignidade da pessoa humana⁴⁴ (TORRES, 2010)⁴⁵. Nesse norte, a solução do confronto entre posse e propriedade, em razão da função social, deve estar permeada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, auxiliado por subprincípios, como construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, dentre outros, que costurados ao conteúdo e prevalência da dignidade da pessoa humana, permitem estabelecer um juízo de ponderação,

⁴³ Para Torres (2010, p. 416), “ quando protejo a posse com função social, estou protegendo a vida, a saúde, a segurança, enfim, a dignidade da pessoa humana, e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e solidária; para erradicação da pobreza e eliminação da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, garantindo o desenvolvimento nacional. Protege-se, nesta hipótese, o **ser** e dá-se cumprimento ao mandamento constitucional da função social da propriedade (aqui englobando a posse como relação econômica e no contexto do inc. XXII do art. 5. da CF) e atende-se aos anseios da sociedade politicamente organizada. Contudo, quando protejo a titularidade desfuncionalizada, estou protegendo o **ter**, o interesse individual em detrimento do interesse coletivo. Protege-se o egoísmo, contribui-se para uma sociedade injusta e não solidária, para a manutenção da pobreza da maioria, mantém a marginalização e obstaculiza-se o desenvolvimento nacional. Dito de outro modo, infrinjo a um só tempo através de uma única conduta omissiva, diversos princípios constitucionais e tal atitude não pode ser reconhecida como legítima no Estado Democrático de Direito que constitui o Brasil nos termos do art. 1 da Constituição Federal”.

⁴⁴ Juarez Freitas (1999) afirma que todo aplicador precisa assumir, ao lidar com os direitos fundamentais, que as garantias devem servir como um enérgico anteparo contra o arbítrio, motivo pelo qual deve ser evitado qualquer resultado interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a eficácia máxima dos direitos fundamentais.

⁴⁵ Daniel Sarmiento (2003 apud TORRES, 2010, p. 414) destaca que “nesta ponderação, porém, a liberdade do operador do direito tem como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo direito”.

diante dos direitos em confronto, sem medo de infringir regras materiais, mas decidir qual deles deve prevalecer na busca de uma resposta correta.

Por derradeiro, é importante excluir da propriedade desfuncionalizada a proteção possessória, porque, de regra, posse não existe, nem o direito de reivindicá-la, visto que a posse exercida não pode ser considerada injusta por cumprir função social e atende, dentre outros, ao princípio da ponderação entre o interesse individual e o interesse coletivo, comum a todos os direitos fundamentais (TORRES, 2010). Tal exclusão protetiva revela que cabe ao Poder Judiciário, ao responder a lide, deixar de prestar tutela à propriedade que não atenda aos anseios e valores sociais/existenciais consagrados constitucionalmente.

A Constituição somente ganha vida quando o empenho em sua realização guarda estreita relação com o sentido essencial dos seus princípios, pois se reveste de produto permanente do processo político e se desenvolve com base em vivências e atos concretos de sentido (HOMMERDING, 2007).

Com base no contexto principiológico que envolve a Constituição de 1988, a Nova Crítica do Direito destaca a diferença entre regras e princípios, considerando estes como meios de introdução do mundo prático no direito e propõe a desconstrução da metafísica que vigora no pensamento dogmático, o rompimento com o senso comum teórico (MELEU, 2013).

Essa nova visão do Direito é importante para quebrantar a habitual objetivação das coisas, em que o jurista se desliga do mundo da faticidade, limitando seu agir apenas ao senso comum teórico, ilusório com uma possível neutralidade em seu agir, se dessa forma proceder. Mas, para que o contrário aconteça, é necessário que a hermenêutica jurídica não continue a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que serve apenas para dar sentido ao texto jurídico. É necessário dar à hermenêutica um caráter de filosofia e não mais de método. É o nascimento e a necessidade de uma linguagem antimetafísica do direito – “o modo-de-ser-no mundo” (STRECK, 2003).

Não fugindo muito dos pensamentos trazidos por Dworkin, Lenio Streck propõe o fortalecimento do direito, eis que ele deve servir de mudança social e, para tanto, necessita ser (re) pensado, pois, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm propiciar uma nova teoria da norma, necessária a utilização de um novo paradigma interpretativo (MELEU, 2013).

Essa possibilidade leva a uma nova maneira de enxergar o magistrado e o Poder Judiciário, visto que “a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo

jogo de forças, vedando-se ao juiz a possibilidade de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, até porque necessita superar o paradoxo de ter uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática-jurídica que, reiteradamente, só (nega) a aplicação de tais direitos” (MELEU, 2013, p. 95).

A perda da tutela constitucional da propriedade em decorrência do não cumprimento da função social, conteúdo e não limitação ao exercício leva a perda ou, pelo menos, ao enfraquecimento do direito que o proprietário tem de reivindicar, protegendo, sem sombra de dúvidas, a posse funcionalizada, se e até, quando assim a posse for mantida, mesmo que, no futuro, o tempo de exercício dessa posse funcionalizada outorgue ao possuidor, em detrimento do titular de domínio, a transformação daquela em propriedade pelos caminhos da usucapião (TORRES, 2010).

Urge, diante dessas circunstâncias e dos direitos fundamentais em voga e do conflito, uma postura hermenêutica com base nos valores constitucionais – a superação dos limites da hermenêutica tradicional, uma mudança de paradigma que permita a proteção de uma posse funcionalizada decorrente da desfuncionalização da propriedade⁴⁶.

Para Torres (2010, p. 421):

A posse não pode mais ser vista como uma daquelas situações sociais que despertam amor e ódio. Amor, daquele que a exerce e que por ela obtém o sustento e o abrigo. Ódio, daquele que, tendo a propriedade, não tem a posse que está em mãos alheias contra a sua vontade e que acredita estar sendo injustiçado quando a decisão judicial favorece o possuidor, pois ele proprietário é quem tem o documento que legitima a utilização do bem e paga os impostos relativos ao bem. [...] A manifestação do Poder Judiciário nesse quesito se prende na sua maioria a concepções conservadoras de inspiração liberal-individualista a respeito do fenômeno possessório, de regra vendo na posse uma situação socialmente antipática, em especial pela forma de aquisição e pelo ato de resistência à recuperação da coisa pelo “legítimo” titular do direito sobre ela.

Por fim, enquanto a posse estiver funcionalizada, o direito do proprietário estará e deve ficar paralisado, inclusive diante das tutelas protetivas ofertadas pelo ordenamento jurídico em prol e a favor dos preceitos constitucionais democraticamente constituídos e pelos quais todos esperam efetividade na promoção de uma vida completa de dignidade e respeito

⁴⁶ Para Torres (2010, p. 422), “há a necessidade de lentes novas para uma leitura que tome como paradigma normativo a Constituição, ampliando o campo de visão do intérprete-operador, superando a interpretação que conduza à proteção meramente patrimonial para atingir e considerar como padrão de proteção aquele contido nos princípios fundantes de todo sistema jurídico brasileiro, aplicando-se diretamente a constituição na ótica de um direito civil constitucionalizado. [...] o judiciário, tomando nova postura hermenêutica, deverá rechaçar não só os pedidos de reintegração ou manutenção da posse, seja em caráter liminar ou em caráter de antecipação de tutela, mas também no julgamento de mérito, toda vez que o autor da ação não provar de plano que cumpre com a função social do seu direito, seja ele decorrente da titularidade dominial, como ocorre na maioria das situações ou não”.

por parte de terceiros e pelo Estado, na prestação de sua tutela jurisdicional subordinada a um ordenamento jurídico que deve agir em prol do ser humano, mesmo que para isso, juízes precisem abandonar os catálogos positivistas de seu tempo, arriscando-se na construção de uma nova ordem jurídica, de uma nova história em prol do bem comum e do fundamento maior da República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana⁴⁷.

⁴⁷ “Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças” (SARLET, 2001, p. 110-1 e 335-6).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou trazer à tona a análise da possibilidade de judicialização da posse em prol da ampliação e efetivação de direitos fundamentais, precisando adentrar, para tanto, no campo das decisões judiciais e na retórica dos princípios a fim de permitir ao direito uma interpretação legítima aos moldes constitucionalmente propostos e hierarquicamente garantidos, em detrimento de um catálogo positivista interpretativo que dominou por muito tempo as decisões judiciais, sob o manto da segurança jurídica.

Tal referência se fez necessária tendo em vista que ainda persiste em relação ao direito uma visão vinculada ao modelo de Estado Liberal positivista, voltado ao passado e despreocupado com a efetivação de direitos fundamentais, e outra visão tangente ao Estado Democrático de Direito, preocupada tanto com a proteção individual quanto com a efetivação de direitos fundamentais, em um ideal de futuro. Nesse compasso, não se pode perder de vista que cumpre ao Poder Judiciário, nas decisões que profere, sujeitar-se aos preceitos constitucionais, possibilitando a realização de um Estado Democrático de Direito na concretude de direitos fundamentais.

Ademais, constitucionalizar o direito, funcionalizando sua base e essência em princípios é permitir a criação de um novo direito, um direito que busca na sua concretude promover a segurança jurídica não nos falseados de interpretação, mas na interpretação segura e isonômica dos princípios. A promoção de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana. A busca incessante pelas repostas corretas.

Adentrou-se, dessa forma, na afirmação de que os princípios não podem desvencilhar-se do mundo prático (eis que direcionam a atuação do juiz à obtenção da resposta correta), consubstanciando-se na ideia de que, atrás de cada regra, há um princípio, o qual deve, a fim de ensejar o que Dworkin referiu como resposta correta, estar adequado à Constituição.

Assim sendo, considerando-se a problemática discutida bem com o tema proposto, verificou-se que os juízes têm, em suas decisões, a grande e essencial tarefa de atualizar a Constituição, mesmo que a maior dificuldade esteja em encontrar um modo compatível com os ditames estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, quando o hábito de se decidir – como regra – ainda se consubstancia nos ideais de consciência e subjetivismo do julgador.

Para tanto, não pode o direito ser visto apenas como um sistema de regras, como já afirmado, eis que o contexto prático que envolve as relações humanas exige muito mais do que isso. Daí a importância que Dworkin deu aos princípios, que, com o advento do constitucionalismo, conforme observado nas decisões judiciais tolhidas para este trabalho,

têm a competência de transformar a realidade em conformidade com os compromissos trazidos pela Constituição.

Na verdade, os princípios em Dworkin fornecerão aos juízes uma direção não geral e ampla, mas fechada em suas decisões, inibindo qualquer lapso de discricionariedade, eis que os princípios – que dependem da interpretação da prática jurídica como um todo –, ao contrário das regras, não indicam as consequências jurídicas que se seguem à realização das condições que estão previstas, todavia exercem peso na decisão judicial, fazendo com que as regras encontrem sustentação nos princípios.

Nesse aparato, a fim de negar qualquer possibilidade de discricionariedade ou atribuir funções máximas e absolutas de legislador a poder diverso, necessário que, mesmo diante desses percalços, mantenham-se decisões judiciais contemporâneas ao seu tempo, ao tempo de um Estado Social Democrático de Direito, que clama todos os dias por direitos fundamentais efetivos à qualidade de vida e dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais afirmados historicamente e reconhecidos pela ordem jurídica interna como norteadores de políticas sociais, públicas, humanas e jurídicas. Não é dado ao julgador legislar, mas lhe é dado, sem que o contrário descaracterize a tarefa que lhe foi delegada, garantir a efetividade dos direitos fundamentais, “a vontade democrática da Constituição Federal de 1988”.

Assim, a partir do enredo teórico trilhado e julgados analisados, sem a pretensão de se estabelecer uma verdade absoluta, reconhecer nos princípios constitucionais sua função social ao nível de “respostas corretas”, de que interpretar constitucionalmente os fatos não caracteriza decidir de qualquer jeito ou sem “freios”, “criando lei”, todavia caminhar rumo a uma atualização constitucional, que, embora sábia e indiscutível, muitas vezes, continua omissa por parte das decisões que envolvem o Judiciário. É medida que se impõe para a efetivação e concretização de direitos fundamentais essenciais à dignidade da pessoa humana.

E mais, a ideia de ser humano ultrapassa as fronteiras de uma ordem jurídica estabelecida, é anterior a ela, e dessa forma, qualquer norma legal instituída deve adequar-se aos valores humanos e sociais de sua época. Ignorar o ser humano como pessoa detentora de direitos em uma nova ordem constitucional personalista/humanista é colocá-lo na posição de “coisa”. Embora, em diversos momentos, possa o homem agir em relação a si mesmo desse modo – coisificando seu ser e de outros, a ordem legal não pode ter o mesmo comportamento. Desse modo, constitucionalizar, em 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.

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 aos ditames estabelecidos pela sociedade contemporânea.

E ao se retratar os conceitos de posse e propriedade, institutos jurídicos escolhidos para este trabalho, 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. Todo direito subjetivo deve ser funcionalizado, ao ponto de atender aos anseios também da vida em sociedade, isso 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.

A par do exposto, pretendeu-se delinear a possibilidade de, em direito, alcançarem-se respostas corretas, superando o paradigma positivista de que os princípios ampliam a discricionariedade judicial, tornando pertinente, mesmo num sistema jurídico de civil *law*, a abordagem dada por Dworkin ao direito como integridade. Portanto, é na adequação da decisão judicial à Constituição que se compreenderá uma resposta correta em direito.

A exemplificar e trazer a problemática do direito de propriedade, a questão da judicialização da posse permite aduzir que 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, todavia ordinariamente, desprotegidos; de buscar na ordem privada a garantia eficaz de direitos humanos fundamentais; de potencializar o direito não apenas como fato, mas como valor em sua perspectiva transformadora.

Buscou-se, também, nesse mesmo compasso, da análise jurisprudencial feita verificar os parâmetros que os tribunais brasileiros têm utilizado em suas decisões e qual a valoração que se tem dado à 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, além de conservar 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 alcançar 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”.

Nessa toada, pode-se afirmar, sem qualquer pretensão de esgotar o tema aqui desenvolvido, mas com o objetivo de que 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, se estará diante de um direito “aos olhos do povo” mais justo e “para o povo”.

Conclui-se, assim, que a ampliação e efetivação 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” – a tentativa de se trabalhar as implicações do direito na vida das pessoas e sua repercussão na esfera judicial. Enfim, de fazer com que as regras encontrem fundamentação nos princípios. Isso 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.

A judicialização da posse, no propósito que aqui foi estabelecido, reveste-se da mais autêntica legitimidade e possibilidade de se construir um direito possível e que se quer, promovendo, no campo do direito material e privado, solução constitucionalmente adequada ao caso, com respeito aos direitos e garantias fundamentais, que, no caso em tela, reveste a posse de função social mesmo que em detrimento do direito de propriedade, pois função social é conteúdo, e quando este à propriedade faltar, deslegitimado estará seu titular de opor direitos contra aquele que, mesmo sem título, garantiu que essa função fosse cumprida, no exercício apenas da posse.

Dessa forma, deve sempre o intérprete, na aplicação da regra, o que, inúmeras vezes, realiza-se, por meio das decisões judiciais, verificar se o princípio que originou a regra não aponta em outra direção, situação que se exemplifica pelo embate trazido entre posse e

propriedade *versus* função social, e pelo resultado aduzido nos julgados destacados neste trabalho, em que se priorizou a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo em prol da sua dignidade, mesmo que, para isso, a regra precise ser afastada. Em assim sendo, o papel do juiz está em adequar sua decisão ao texto constitucional, apresentando uma resposta correta ao conflito posto à sua disposição, fugindo do procedimentalismo que muitas vezes engessa o sistema e sufraga os ideais de dignidade pelo que deve e caminha o Estado-juiz.

Por conseguinte, é indiscutível que, enquanto o Estado brasileiro não cumprir com sua tarefa de concretização de direitos fundamentais, não há que formalizar ou vislumbrar um ideal democrático decisório que alcance, inclusive até mesmo aqueles que têm maior dificuldade de concretizar direitos que lhe são fundamentais e essenciais para sua dignidade por meio do Estado-Juiz.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005. Vol. I, Tomo II.** Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 345-355.

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: dignidade fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARONNE, Ricardo. **Titularidade e apropriação no novo Código Civil brasileiro – breve ensaio sobre a posse e sua natureza.** In: MELLO, Claudio Ari (et al.); SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O novo código civil e a constituição.** 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 235-270.

BARROSO, Luis Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.** Revista dos Tribunais. Ano 101. vol. 919. Maio de 2012. p. 127-196. Disponível em: <[http://: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/lrb/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/lrb/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

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

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012,** p. 120.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** São Leopoldo: Unisinos, 2004.

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

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 7 ed. Brasília, DF: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28funcao+social+da+propriedad e%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 20 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesq uisar=Pesquisar&dePesquisa=20110155134>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesq uisar=Pesquisar&dePesquisa=20100241250>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11556198/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tic a-756069-2/01>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impresao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em 13 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impresao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em 20 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_proces so.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_ fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D7005629 4556%26num_processo%3D70056294556%26codEmenta%3D5531090+reintegracao+de+po sse+moradia&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF- 8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF- 8&numProc=70056294556&comarca=Comarca+de+Ros%Elrio+do+Sul&dtJulg=31-10- 2013&relator=Luiz+Renato+Alves+da+Silva>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70008877755&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATri bunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C 3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull %29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/136657712/decisao-do-tjmg-no-caso-que- admitiu-a-usucapiao-de-bem-publico?utm_campaign=newsletter-

daily_20140901_47&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em: 10 set. 2014.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica jurídica: uma contribuição ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Pós-Moderno e constituição sem sujeito. In: **"Brancosos" e interconstitucionalidade.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 131-162.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: institutos fundamentais – parte geral.** 2 tir. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

CASTRO, Matheus Felipe. A ordem econômica na Constituição de 1988 e a efetivação dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (coord). **Dimensões materiais e eficacia dos direitos fundamentais.** São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermediárias e mutação na justiça constitucional.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito.** Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

_____. **A justiça de toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos à sério.** 3 ed. 2 tir. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005.

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios,** 2004. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf>. Acesso em 20 ago. 2014.

FINGER, Julio Cesar. **Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). MORAIS, José

Luis Bolzan de (et. al). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 85-106.

FREITAS, Juarez. **Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional**. In: *Ajuris*, n. 76, 1999.

FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta. MEZZARROBA, Orides (coord). **Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

FREITAS, Riva Sobrado de; PIRES, Mixilini Chemin. A constitucionalização do direito civil e a ampliação de direitos subjetivos fundamentais: uma análise em torno do direito de propriedade. **Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais**, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 10 ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GAZOLA, Patricia Marques. **Concretização do direito à moradia digna – teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6 ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Parecer em consulta do MST**. A questão agrária e a justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GROSSI, Paolo. **La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodológico**. Quaderni Fiorentini, v. 32, p. 45, 2003. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/32/0026.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 45-104.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol 1. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. **Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos.** *Civilistica.com/ a 2. n 1.* 2013. Tradução de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. Originalmente publicado na Revista Estado, Direito e Sociedade, n. 17. Publicação do Departamento de Direito da PUC-Rio.

HART, Herbet L. A. **O conceito de direito.** 3 ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

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

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2009.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

_____. **Para um direito sem dogmas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. PARTE II – Desordem e Processo: um posfácio explicativo. In: LYRA, Doreodó Araujo (org). **Desordem e processo:** estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

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

MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do Estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MELGARÉ, Plínio. **Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005.** Vol. I, Tomo II. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 193-208.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e o sentido da vida.** *Conjur.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-vida>. Acesso em: 20 jul 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 41. p. 157 a 183. Jul/dez 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana**. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PISKE, Oriana. Pragmatismo jurídico: o diálogo entre a filosofia pragmática e o direito (p. 20-23). **Revista Bonijuris**. Julho de 2011. Ano XXIII, n. 572. v. 23, n. 7.

REALE, Miguel. **O projeto de código civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

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

_____. **Direito civil – teoria geral**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

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

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **As dimensões da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 15-44.

_____. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada.** Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 105-118.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito.** 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir – perfil constitucional e restrições.** Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005.** Vol. I, Tomo I. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 197-208.

STRECK, Lênio Luiz. **Os direitos fundamentais sociais e o problema do ativismo judicial.** In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglass. (org). **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais – desafios do século XXI.** Joaçaba: Editora Unoesc, 2011.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada.** 1998.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 1-22.

_____. **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.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no projeto novo código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.