

Direito civil-constitucional: um novo *locus* hermenêutico

Civil-constitutional law: a new hermeneutic locus

CLEYSON DE MORAES MELLO

Mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor da UERJ.
profcleysonmello@hotmail.com

NUNO M. M. S. COELHO

Mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e livre-docência em Direito pela Universidade de São Paulo.
Professor da USP
nunommcoelho@yahoo.com

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

Palavras-chave: REINVENÇÃO DO DIREITO CIVIL; FENOMENOLOGIA; DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT It is not possible to think about law without thinking about its essence. Just as nowadays it is not possible to think about civil law

without thinking about constitutional civil law. Thinking about civil and constitutional law is, therefore, thinking about the essence of “personality”, that is, the protection of the human person as an existential center of private legal relations. Personality is at the core of civil legal dogmatic. That is the new element that we hope to get from a (re)reading of the Civil Code in a constitutional-axiological perspective. The principles and constitutional values gain prominence in the process of interpreting and applying the Law.

Keywords: REINVENTION OF CIVIL LAW; PHENOMENOLOGY; CIVIL-CONSTITUTIONAL LAW.

INTRODUÇÃO

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

É, pois, uma nova essência contida na exegese das relações jurídicas interprivadas. Referimo-nos à chamada *alteridade* ou *alteritas*. É um agir pensando no *outro*, isto é, o “*eu*” reclama um agir pressupondo o “*outro*”; o *ego*, o *alter*. Não podemos pensar o “*eu*” sem que, nesse pensar, já esteja envolto o “*outro*”. Esta alteridade é, pois, da essência do direito civil-constitucional. Desde Tomás de Aquino (1225-1274) até os recentes estudos do existencialismo, a alteridade esteve e está presente. O *eu* e o *outro* são como os dois polos da relação jurídica, sempre *plural*, nunca *singular*. Ora, é aqui que justamente se nos impõe a ideia de superação do individualismo de índole liberal, já que as relações jurídicas aproximam-se mais da ideia de *colaboração*, *convivência*, *mundo vivido*, *solidariedade* e *justiça social*. É, pois, a essência da alteridade que se desvela ao mundo jurídico.

Estes elementos não podem ser pensados como grandezas estáticas, abstratas, formais. É uma ideia de relação jurídica interpretada que equivale a uma coexistência, ou um existir lado a lado que se impõe em sua dinamicidade do mundo vivido. São grandezas dinâmicas de um movimento próprio a que podemos chamar de “ontológico”.

Na esteira da filosofia de Heidegger, Sartre, Jaspers, a personalidade humana deve ganhar *status* de valor jurídico de cunho existencialista, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos típicos adotados pelo Código Civil. Daí a importância do entrelaçamento principiológico entre o *direito civil* e os *direitos humanos*.

É não menos que (re)visitar os institutos jurídicos do direito civil a partir de uma hermenêutica plural individualizadora, cunhada por uma essencial unidade socializadora, a partir da qual a relação jurídica de direito privado é vista como *uns* e *muitos*, como *eu* e *outro*, como uma relação jurídica irremediavelmente lastreada pelos princípios fundamentais de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), solidariedade social (art. 3º, I, CRFB/88), valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CRFB/88) e igualdade substancial (art. 3º, III, CRFB/88). É, pois, uma essência relacional de cariz civil-constitucional.

Assim, qualquer pessoa que tenha na cabeça todos os artigos do Código Civil não será um cientista jurídico e sequer um bom operador do direito. Conhecer o Código Civil somente não basta, já que lhe faltariam os conhecimentos essenciais de hermenêutica jurídica e filosófica, bem como os alicerces do direito civil-constitucional.

Antes mesmo do advento do novo Código Civil de 2002, notavam-se importantes tendências transformadoras do direito civil contemporâneo, como a *interpenetração crescente do direito civil com o constitucional* e a consequente superação da clássica dicotomia direito público–direito privado – a *personalização do direito civil* –, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição. É o personalismo ético da época contemporânea, a *desagregação do direito civil*, ante o surgimento de ramos jurídicos autônomos que se formam em razão da complexidade das relações jurídicas. Por exemplo, direito imobiliário, direito bancário, direito previdenciário etc., *reser-*

vas à “codificação” – o Código Civil deixa de ser o “estatuto orgânico da vida privada” em virtude da necessidade da releitura do Código Civil à luz dos princípios constitucionais e o *surgimento dos microsistemas jurídicos*, com a chamada “Era dos Estatutos”, que surgem para disciplinar temas específicos.

A personalidade jurídica não pode ser considerada *somente* como a aptidão de ser titular de direitos e deveres, conforme prescreve o artigo 1º do Código Civil, ou seja, considerada como sinônimo de capacidade jurídica. Ao contrário, a compreensão da personalidade jurídica deve se dar em duas vertentes: a primeira, como a possibilidade de ser sujeito de direitos e deveres e a segunda, e mais relevante, como o sentido existencial do próprio ser humano, visto como valor fundamental de nosso ordenamento jurídico. Neste caso, é o princípio da dignidade da pessoa humana ressoando em sua mais nobre originalidade.

Nesse caso, frise-se, mais uma vez, a importância dos estudos avançados de hermenêutica jurídica e direito civil-constitucional, uma vez que aquela deixa de ser considerada como hermenêutica de orientação metodológico-científica (modo de conhecer) para ser estudada como hermenêutica ontológica (modo de ser).

A clássica dicotomia entre *direito público* e *direito privado* não representa, nos dias atuais, esferas distintas de atuação do intérprete jurídico, pelo contrário, constituem um conteúdo nuclear comum que representa a incidência de vetores axiológicos constitucionais no direito privado. Este fenômeno é chamado de “constitucionalização do direito civil” ou “civilização do direito constitucional”.

Este núcleo comum constituído pelo entrelaçamento das normas do *direito público* e do *direito privado* refere-se à incidência da principiologia constitucional no âmbito do direito civil, especialmente no que versa sobre direitos da personalidade, direito de família, direito de propriedade¹ e relações negociais, razão pela qual o direito civil deve ser

¹ Vale destacar que a Constituição de 1934, em seu artigo 113, já determinava que o direito de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social e coletivo. Todavia, a Constituição de 1937 não proibia que o direito de propriedade fosse exercido contrariamente aos interesses sociais e coletivos. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 foram as primeiras Cartas que utilizaram o termo “função social da propriedade”, conforme art. 157 da Constituição de 1967 e artigo 160 da EC de 1969.

estudado à luz dos paradigmas constitucionais com o firme propósito de construir-se uma sociedade justa e solidária.

A cultura jurídica operada em salas de aula e nos tribunais de justiça deve ser desconstruída (visão de um sistema fechado codicista) em busca de uma postura metodológica mais aberta, prospectiva que dê suporte a uma sociedade complexa e pluralista. Isso não quer dizer que o julgador desconsidere a segurança jurídica e passe a decidir de forma arbitrária (neste caso, estaríamos diante de um Estado judiciário). Pelo contrário, a jurisprudência deve reconhecer a eficácia normativa dos princípios constitucionais no âmbito das relações jurídicas de direito privado, bem como recorrer à hermenêutica jurídica, não como um conjunto de métodos (hermenêutica metodológica), mas sim como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica). É a reconstrução do direito civil a partir do *como hermenêutico*, ou seja, um *locus hermenêutico* constitucional com fincas no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa humana.

Ora, perguntar-se-á agora: a irradiação dos princípios individuais nas relações jurídicas interprivadas é apenas um movimento de construção científica que fomenta os estudos avançados de direito civil?

DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “direitos fundamentais” é encontrado na dogmática jurídica em várias expressões, tais como: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais” (SARLET, 2003, p. 31).

No próprio texto constitucional, a expressão *direitos fundamentais* apresenta-se de forma diversificada, tais como: a) direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88); b) direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º, da CRFB/88); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI, da CRFB/88) e d) direitos e garantias constitucionais (art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88).

A compreensão dos direitos fundamentais é vital para a superação do direito positivo, já que pretende aproximá-lo da filosofia do direito.

É uma espécie de aproximação do direito com a moral. Daí a importância do estudo do direito civil em harmonia com os direitos fundamentais na busca de uma fundamentação constitucional para as decisões dos casos concretos na esfera interprivada.

Gregorio Peces-Barba Martínez ensina que:

en los derechos fundamentales el espíritu y la fuerza, la moral y el Derecho están entrelazados y la separación los mutila, los hace incomprensibles. Los derechos fundamentales son una forma de integrar justicia y fuerza desde la perspectiva del individuo propio de la cultura antropocéntrica del mundo moderno. (MARTÍNEZ, 2004, p. 31).

A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta um rol extenso de direitos fundamentais. Somente o artigo 5º constitucional contempla 78 incisos². Já o artigo 7º, com seus 34 incisos, apresenta um vasto rol de direitos sociais dos trabalhadores.

O catálogo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição abarca vários direitos em suas variadas dimensões: direito à vida, à liberdade, à propriedade, aos direitos sociais básicos, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da CRFB/88), proteção ao consumidor, dentre outros.

Os direitos fundamentais podem ser classificados, de acordo com sua multifuncionalidade, em dois grandes grupos, a saber:

a) *direitos de defesa*, aí incluídos os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais (liberdades sociais) e políticos. São direitos que impõem uma abstenção por parte do Estado e, em regra, representam os direitos subjetivos;

² O artigo 5º, apesar de exaustivo, não apresenta cunho taxativo.

b) *direitos a prestações* integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional. (SARLET, 2003, p. 246).

É necessário lembrar a cláusula de abertura prevista pelo art. 5º, § 2º, da Constituição. Nesse sentido, cumpre referir que:

o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. (SARLET, 2003, p. 79).

Vale destacar que o catálogo dos direitos fundamentais constitui em si uma concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88). Daí, que o princípio da dignidade humana constitui um *locus* hermenêutico aberto que deve ser harmonizado com a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades complexas e plurais. É a questão da intersubjetividade e alteridade da norma jurídica, já que a dimensão intersubjetiva da dignidade humana deve ser compreendida a partir da relação do ser humano com os demais membros da sociedade em que vive.

A DIFERENÇA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a distinção é de que o termo *direitos fundamentais*

se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2003, p. 33-34).

Dessa maneira, os *direitos fundamentais* representam os direitos reconhecidos pelo ordenamento constitucional interno de cada Estado, e os *direitos humanos* são aqueles reconhecidos pelo direito internacional com validade universal e de contornos mais amplos e imprecisos.

Da mesma forma, as lições de Antonio-Enrique Pérez Luño,

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. (PEREZ LUÑO, 2004, p. 46).

AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito do direito positivo dá margem à sua compreensão a partir das características de seu conteúdo. Tais características podem ser agrupadas em dimensões (gerações), como se pode ver a seguir.

a) *Direitos fundamentais da primeira geração*: são aqueles de índole liberal-individualista, fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, que representam os direitos individuais frente ao Estado. Os direitos fundamentais de primeira geração estão relacionados aos direitos de cunho jusnaturalista, tais como: os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade (igualdade formal) perante a lei. Nesta dimensão, estão incluídos também os direitos de participação política e as liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.).

b) *Direitos fundamentais da segunda geração*: os direitos fundamentais da segunda geração estão relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais. Como observa Ingo Sarlet, estes direitos

não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho. (SARLET, 2003, p. 53).

c) *Direitos fundamentais da terceira geração*: os direitos fundamentais da terceira geração são aqueles denominados direitos de solidariedade. São caracterizados pelos direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que, no geral, compreendem os direitos do consumidor e dos direitos relacionados à proteção do meio ambiente, respectivamente.

d) *Direitos fundamentais da quarta geração*: os direitos fundamentais da quarta geração são os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, sobre cópias de seres humanos, e que requerem uma discussão ética prévia.

e) *Direitos fundamentais da quinta geração*: os direitos fundamentais da quinta geração estão relacionados aos direitos da realidade virtual, que surgem do grande desenvolvimento da cibernética.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Nos últimos anos, a questão do direito civil constitucional está em voga, ou seja, discute-se a influência do direito constitucional na esfera jurídica civilística, na qual se indaga o papel dos princípios e regras constitucionais aplicado às normas infraconstitucionais. É o fenômeno denominado “constitucionalização do direito civil”.

A dogmática e a codificação civilista não podem ser interpretadas dissociadas dos valores e princípios constitucionais. Daí a importância, cada vez maior, do estudo do direito civil em harmonia e consonância com a normativa constitucional.

Nesses termos, um pensamento originário começa a fluir no campo jurídico civilístico. Esse caminhar foi guiado não só pela filosofia constitucional, mas também por estudiosos com o vigor de Luiz Edson Fachin, Francisco Amaral, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Teresa Negreiros, Judith Martins-Costa, Daniel Sarmento, dentre outros, que já trilharam caminhos inesperados, sempre adornados com novas cores. São estes autores que estão dispostos a conhecer e a buscar a essência do direito civil em seu sentido originário.

Daí a necessidade de apresentar, de forma preliminar, no curso de Direito Civil, a problemática da eficácia das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas. É um tema que se discute desde a década de 50 do século passado, em especial, na Alemanha, sob a denominação “efeito frente a terceiros dos direitos fundamentais” (*Drittwirkung der Grundrechte*). De igual forma, nos Estados Unidos, o assunto é chamado de *state action doctrine*.

As teses ou orientações doutrinárias quanto à eficácia dos direitos fundamentais relativamente a terceiros podem ser agrupadas em: a) a tese de recusa de eficácia; b) a tese da eficácia mediata ou indireta; c) as teses dos deveres de proteção; d) a tese da eficácia direta ou imediata (NOVAIS, 2006, p. 71-72).

Se, por um lado, devemos refletir sobre a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civilística, por outro, devemos ficar atentos a essa influência para não transformar o direito civil em um direito

de “não-liberdade”, já que a gênese do direito privado é a liberdade e autonomia das partes.

Em nome da autonomia da vontade e da liberdade contratual seria possível admitir a violação da dignidade da pessoa humana quando ameaçada por outros particulares? Jorge Reis Novais admite que, dessa maneira seria

fazer prevalecer os direitos patrimoniais e o direito de propriedade sobre os direitos de liberdade pessoais, seria sacrificar os direitos fundamentais no altar de uma sacralização da livre iniciativa privada numa hierarquização de prioridades que, objetivamente, oculta o domínio dos economicamente mais poderosos. (NOVAIS, 2006, p. 78).

Aqui, a divergência doutrinária resplandece. Vejamos as lições de Novais:

Por isso, diz-se, quem é mais pelos direitos fundamentais favorece a tese da aplicabilidade direta, quem é mais pela autonomia privada sustentará as outras teses. Quem é pela intervenção estatal de correção das assimetrias sociais e de limitação dos poderes privados, quem tem preocupações igualitárias, sustentará a aplicabilidade geral dos direitos fundamentais, incluindo às relações econômicas e sociais privadas; quem tem uma maior preocupação com a conservação de um *status* inigualitário favorecerá o acantonamento dos direitos fundamentais nas relações com o Estado, preservando a esfera privada das perturbações implicadas numa generalização indiscriminada dos destinatários dos direitos fundamentais. (NOVAIS, 2006, p. 78).

Na atualidade, não se pode afirmar que os direitos fundamentais devam ser exercidos somente contra o Estado, deixando a liberdade contratual e a autonomia da vontade livres da interferência do Estado, a serem conduzidas somente pelos particulares.

Na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ocorrerá uma colidência ou conflito de um direito fundamental e o princípio da autonomia privada que também representa uma garantia jurídico-constitucional.

Contudo, o tema não é apresentado e discutido nos manuais de direito civil, razão pela qual a problemática somente é enfrentada em sede de pós-graduação em direito. Como tantos outros temas, tornou-se necessário enfrentar a questão da incidência dos direitos fundamentais e sua eficácia no âmbito das relações jusprivatística. Não obstante a controvérsia que permeia a dogmática jurídica constitucional, entende-se que os direitos fundamentais se projetam sobre as relações interprivadas de forma a conformá-las sob o manto constitucional. Daí a importância da interpretação do Código Civil à luz dos cânones e princípios constitucionais. Nesse contexto, Tepedino ensina que

propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional. (TEPEDINO, 2007, p. 310-311),

Dessa maneira, as relações jurídicas privadas devem ser conformadas pelos princípios jurídicos constitucionais, tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III) e os princípios do trabalho e da livre iniciativa como valores sociais (CRFB/88, art. 1º, IV), com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária (CRFB/88, art. 3º, I), a garantir o desenvolvimento nacional (CRFB/88, art. 3º, II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CRFB/88, art. 3º, III), bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CRFB/88, art. 3º, IV).

Não obstante a nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não apresentar explicitamente o mandamento da eficácia dos direitos fundamentais à ordem jurídica privada, estes devem possuir eficácia, tanto no plano das relações verticais (relações entre indivíduo e Estado) como nas relações horizontais (relações entre particular e particular), com o firme propósito de perseguir uma sociedade livre, justa e solidária.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia dos direitos fundamentais está relacionada com a força normativa dos preceitos constitucionais. O artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Além da clássica distinção entre as normas autoaplicáveis (*self-executing*, *self-acting*, ou *self-enforcing*) e normas não autoaplicáveis (*not self-executing*, *not self-acting*, ou *not self-enforcing*) e das diversas concepções doutrinárias existentes, José Afonso da Silva (1998) apresenta uma teoria tricotômica das normas constitucionais, discriminando-as em três categorias:

i) normas constitucionais de eficácia plena – são as normas que, dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade;

ii) normas constitucionais de eficácia contida – são normas constitucionais de aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Algumas normas desse tipo indicam

elementos de sua restrição que não a lei, mas certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, etc. (SILVA, 1998, p. 103-104).

iii) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida – são normas de aplicabilidade indireta e reduzida, já que necessário se faz a intervenção legislativa ordinária para a produção de seus efeitos jurídicos. Estas normas podem ser subdivididas em normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípio programático.

Já Maria Helena Diniz (2003) classifica as normas constitucionais quanto ao seu efeito, em quatro grupos, a saber:

- a) *normas com eficácia absoluta* – são normas intangíveis e insuscetíveis de alteração, até mesmo por Emenda Constitucional. São normas que independem da atuação do legislador ordinário para geração de efeitos;
- b) *normas com eficácia plena* – são normas que independem da atuação do legislador ordinário para geração de efeitos, criando, desde logo, direitos subjetivos. Todavia, são suscetíveis de alteração por meio de emenda constitucional;
- c) *normas com eficácia relativa restringível* – apresentam aplicabilidade direta e imediata, gerando os efeitos jurídicos nela previstos. Estas normas estão sujeitas a restrições previstas na legislação ordinária ou podem depender de regulamentação posterior, reduzindo a sua aplicabilidade, e
- d) *normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, de aplicação apenas mediata (indireta)* – são aquelas que não geram efeitos jurídicos desde logo, abrangendo as normas de princípios institutivos e as normas programáticas.

Além das classificações anteriores, Luís Roberto Barroso apresenta a seguinte tipologia das normas constitucionais:

- a) *normas constitucionais de organização* – são normas que têm por objeto organizar o exercício do poder político;
- b) *normas constitucionais definidoras de direitos* – são as normas que devem fixar os direitos fundamentais dos indivíduos,

c) *normas constitucionais programáticas* – são as normas constitucionais que procuram traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. (BARROSO, 2001, p. 94).

As diversas concepções e distinções das normas jurídicas constitucionais sob o aspecto da aptidão de geração de efeitos (eficácia jurídica) são fruto do entendimento doutrinário de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia. Daí a importância da análise e estudo da graduação da carga eficaz das normas jurídicas.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, em todas as classificações destacam-se dois grupos de normas:

- a) as normas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional (normas constitucionais de baixa densidade normativa);
- b) as normas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris* (normas constitucionais de alta densidade normativa). (SARLET, 2003, p. 237-238).

Sarlet prefere acompanhar a sistematização binária da norma jurídica distinguindo entre as normas de *eficácia plena* e as normas de *eficácia limitada ou reduzida*. Vale lembrar que até mesmo as normas constitucionais de baixa densidade normativa apresentam uma normatividade mínima, já que sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica (SARLET, 2003, p. 238).

Dessa forma, levando em consideração a distinção sistemática das normas constitucionais, bem como o teor da norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a melhor exegese deste dispositivo constitucional é no sentido de que ele apresenta um viés principiológico. Melhor dizendo: o artigo 5º, § 1º, de nossa Constituição representa uma espécie de “mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais” (SARLET, 2003, p. 258).

A partir da exegese do artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, podemos entender que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e plenitude eficaz, bem como incumbe os poderes públicos de atribuir, a estas, maior eficácia possível (postulado otimizador).

Um novo *locus* hermenêutico e a nova metódica do direito civil

A norma jurídica civilística não pode ser compreendida como um juízo hipotético ancorado nos princípios da lógica formal a partir de um rigorismo da separação dos mundos do “ser” e “dever ser”. O direito civil e o direito constitucional devem estar em perfeita harmonia a fim de que possam espelhar a realização e concretização do direito.

Diante disso, as lições de Friedrich Muller são esclarecedoras:

assim se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e prática refletidas, com a sua compreensão do direito como sistema sem lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática. (MULLER, 2005, p. 32-33).

A tarefa da prática do direito civil é a concretização de suas normas a partir de uma leitura constitucional de forma que “direito civil” e “realidade” sejam os lados de uma mesma moeda.

O operador do direito deve levar em conta a multiplicidade de situações da vida interprivada em que, em uma sociedade moderna (ou pós-moderna!) e complexa, se impõe a necessidade de realizar uma (re) leitura da dogmática civilística à luz de uma axiologia constitucional.

Pode-se dizer, portanto, que a fundamentação da decisão jurídica deve ser conformada no espaço (*locus*) hermenêutico da juridicidade, vinculada a uma permanente reflexão crítica do homem como “ser-no-mundo”. Isto significa dizer que as questões jurídicas concretas emer-

gem em um quadro cunhado por um horizonte hermenêutico, superando a relação sujeito-objeto.

Nas lições de Castanheira Neves, é possível compreender que o problema da interpretação jurídica relaciona-se com o direito e não com a lei. Vejamos:

O problema da interpretação jurídica está, com efeito, a sofrer uma radical mudança de perspectiva no actual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão-só e estritamente como *interpretação da lei*, para se pensar como *actus da realização do direito*. E isto significa, por um lado, que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota; por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstractamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito – em termos de se dizer que esta será o que for aquela –, antes é pela própria problemática autónoma e específica realização do direito, e como seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei. Com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se altera: de interpretação da lei converte-se em *interpretação do direito*, de novo a *interpretatio legis* se confronta com a *interpretatio iuris*.

É que, se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se como o acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal. Dir-se-á que, nestes termos, o pensamento jurídico recuperou o concreto, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levava a refugiar-se no alienante abstracto. (NEVES, 2003, p. 11-12).

Uma metódica do direito civil destinada a ir além de um núcleo normativo monolítico deve assumir uma postura de que o problema hermenêutico não está fincado no problema de método produzindo um conhecimento de segurança inabalável, mas, sim, está relacionado ao problema da hermenêutica filosófica. O fenômeno da compreensão passa a experiência da filosofia, a experiência da arte e a experiência da própria história. Todos esses modos de experiência apresentam-nos (manifestam) uma verdade que não pode ser verificada com os meios metódicos da ciência.

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1900-2002), autor de *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (1997), é um dos autores mais importantes da hermenêutica contemporânea. Gadamer, lastreado em estudos fenomenológicos, entendia que a tradição não podia mais se apoiar nas interpretações metafísicas da razão. Daí que os estudos gadamerianos estão voltados para a consciência histórica, em que a historicidade do sentido tem papel relevante na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

Gadamer procura superar o problema hermenêutico relacionado ao conceito metodológico da moderna ciência. Na introdução de *Verdade e método*, Gadamer afirma que

o fenômeno da compreensão e da maneira correta de se interpretar o que se entendeu não é apenas, e em especial, um problema da doutrina dos métodos aplicados nas ciências do espírito. Sempre houve também, desde os tempos mais antigos, uma hermenêutica teológica e outra jurídica, cujo caráter não era tão acentuadamente científico e teórico, mas, muito mais, assinalado pelo comportamento prático correspondente e a serviço do juiz ou do clérigo instruído. (GADAMER, 1997. p. 31).

A hermenêutica desenvolvida por Gadamer afasta-se de uma doutrina de métodos das ciências do espírito e procura caminhar para um olhar além de sua autocompreensão metódica por meio da experiência

do homem no mundo. É um (re)pensar o universo da compreensão, já que o filósofo procura refletir sobre a questão da verdade nas ciências do espírito. É um afastamento dos modelos clássicos hermenêuticos, nos quais a exegese era considerada um conjunto de métodos.

Os estudos de Hans-Georg Gadamer estão entrelaçados na sua forma mais original com os estudos antecedentes de Husserl, Dilthey e Heidegger. Nas palavras de Gadamer:

A conscienciosidade da descrição fenomenológica, que Husserl nos tornou um dever, a abrangência do horizonte histórico, onde Dilthey situou todo o filosofar, e, não por último, a compenetração de ambos os impulsos, cuja iniciativa recebemos de Heidegger há décadas, assinalam o paradigma sob o qual se colocou o autor. (GADAMER, 1997, p. 36).

O CÍRCULO HERMENÊUTICO E A QUESTÃO DOS PRECONCEITOS

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

A compreensão é sempre um projetar-se. Gadamer afirma que “quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia o sentido do todo” (GADAMER, 1997, p. 402). Melhor dizendo: a compreensão é um constante reprojetar-se a partir de determinadas perspectivas do intérprete. As perspectivas do intérprete (opiniões prévias), ou seja, antecipações de sentido do texto, não devem ser confundidas com arbitrariedade do julgador.

É nesse sentido que Gadamer ensina que

a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela

inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. (GADAMER, 1997, p. 403).

Com isso, o intérprete deve deixar que o texto diga alguma coisa por si, para que se evite a possibilidade do mal-entendido (opiniões prévias que levam à arbitrariedade). Daí que o que importa é “dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias” (GADAMER, 1997, p. 405).

Na verdade, porém, Gadamer fala dos preconceitos. Estes podem ser classificados em positivos e negativos. O caráter negativo está relacionado com a época da Ilustração/Iluminismo (*Aufklärung*), representando um “juízo não fundamentado” e decidido “diante do tribunal da razão” (GADAMER, 1997, p. 410). Os preconceitos positivos são aqueles reconhecidos como legítimos e enlaçados com a questão central de uma hermenêutica verdadeiramente histórica.

A QUESTÃO DA PERTENÇA

Esse comportamento histórico-hermenêutico realizado por meio da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores é o sentido da pertença (GADAMER, 1997, p. 442). Logo, *pertença* é o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico (GADAMER, 1997, p. 442). É a consciência hermenêutica incluída na consciência histórica. Os preconceitos fundamentais e sustentadores são aqueles que tornam possível a compreensão (preconceitos produtivos). Daí que a compreensão é um comportamento produtivo e não (re)produtivo. É o texto “levado a sério na sua pretensão de verdade” (GADAMER, 1997, p. 444).

O TEMPO EM SUA PRODUTIVIDADE HERMENÊUTICA

A compreensão como comportamento produtivo dá-se como um existencial a partir da interpretação temporal aplicada ao modo de ser da presença (*Dasein*), conforme ensinamentos heideggerianos. O tempo é o fundamento que sustenta o acontecer (GADAMER, 1997, p. 445). O *ser é tempo*³. Dessa maneira, a questão do tempo está relacionada com a questão central da hermenêutica, ou seja, nesse contexto, devemos “distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica” (GADAMER, 1997, p. 447).

Portanto, Gadamer afirma: “entender é, essencialmente, um processo de história efetual” (GADAMER, 1997, p. 448).

A QUESTÃO DA HISTÓRIA EFEITUAL E SITUAÇÃO HERMENÊUTICA

A consciência da história efetual está relacionada com a consciência da *situação hermenêutica*. Nas palavras de Gadamer: “quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual” (GADAMER, 1997, p. 449).

Nas lições de Jean Grondin, por história efetual (*Wirkungsgeschichte*) entende-se, desde o século XIX, nas ciências literárias,

o estudo das interpretações produzidas por uma época, ou a história de suas recepções. Nela se torna claro que as obras, em determinadas épocas específicas, despertam e devem mesmo despertar diferentes interpretações. A consciência da história efetual, a ser desenvolvida, está inicialmente em consonância com a máxima de se visualizar a própria situação hermenêutica e a produtividade da distância temporal. (GRONDIN, 1999, p. 190).

³ Para estudo mais detalhado da temporalidade em Heidegger, ver a obra *Ser e tempo*.

Gadamer entende que a consciência da história efetual funciona como um princípio no processo de compreensão. A compreensão a partir de uma compreensão objetivista guindada no viés metodológico obnubila o entrelaçamento efetual-histórico que deve permear o processo hermenêutico. Melhor dizendo: a fé no processo metodológico acaba por obscurecer a própria historicidade.

É dessa maneira que o magistrado, no processo de decisão judicial, deve considerar os efeitos da história efetual no processo exegético, ou seja, é preciso tornar consciente a própria situação hermenêutica para melhor “dizer o direito”. Isso ocorre na medida que o julgador analisa o caso concreto decidendo, a partir da interpretação da própria pré-compreensão, consoante ensinamentos heideggerianos. A história efetual seria o “pano de fundo” do processo decisório, já que o julgador deve se inserir na situação hermenêutica.

Segundo *Verdade e método*, Gadamer (1997) ensina que o conceito de situação

se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não podemos ter um saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é a nossa tarefa, e esta nunca pode se cumprir por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. Também a iluminação dessa situação, isto é, a reflexão da história efetual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência mesma do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se.* (GADAMER, 1997, p. 451).

A IMPORTÂNCIA DE TER HORIZONTES: A FUSÃO DE HORIZONTES

O conceito de situação hermenêutica encontra-se entrelaçado com o conceito de horizontes. Isso porque o julgador, no momento da prestação jurisdicional, deve ampliar e abrir seus horizontes. Segundo Ga-

damer, horizonte é “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de determinado ponto” (GADAMER, 1997, p. 452). Aplicando-se ao meio jurídico, falamos então que o magistrado não tem visão, seus horizontes são limitados ao *codex*, da possibilidade de ampliar a exegese civilística aos princípios constitucionais, da abertura de novos horizontes jurídicos em razão do multiculturalismo, dos direitos humanos etc. Aquele juiz que não possui horizontes é um magistrado que não vê suficientemente longe e que, dessa forma, supervaloriza as regras do Código Civil (é um esforço intelectual reduzido preocupado apenas com o que lhe está mais próximo) sem o entrelaçamento devido com as normas e preceitos constitucionais. Pelo contrário, a leitura das regras jurídicas interpretadas à luz da axiologia constitucional significa não estar limitado ao mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de ser magistrado. Assim, a elaboração da *situação hermenêutica* pelo juiz significa a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente ao magistrado.

Neste contexto, Gadamer afirma que

quem omitir esse deslocar-se ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição, estará sujeito a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela. Nesse sentido, parece ser uma exigência hermenêutica justificada o fato de termos de nos colocar no lugar do outro para poder entendê-lo. (GADAMER, 1997, p. 453).

Surge então a necessidade do julgador deslocar-se à situação histórica e procurar reconstruir seu horizonte. Por essa razão que Gadamer afirma que “o horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move” (GADAMER, 1997, p. 455). O operador do direito ou magistrado que permanece alheio às mudanças sociais não realiza o “deslocar-se” para a situação hermenêutica.

Há, portanto, uma necessidade de compreender o outro homem a partir da intersubjetividade, considerando a alteridade da norma jurídica. Esse deslocar-se não é um ato de subjetividade ou arbitrariedade nem a submissão do outro sob os padrões do julgador, mas significa uma ascensão a uma universalidade hermenêutica. Daí a importância de termos horizontes. Aplicando ao problema hermenêutica a questão de se ter horizontes, Hans-Georg Gadamer afirma que “ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos” (GADAMER, 1997, p.456).

É evidente que ganhar para si um horizonte histórico requer um esforço pessoal do magistrado. Ele não pode ficar limitado ao modelo de decisão judicial pautado na lógica formal, de padrão matematizante. Ele deve ir além na busca de novos horizontes e paradigmas de decidibilidade judicial como ser-no-mundo e mundo vivido.

A questão da decidibilidade judicial é muito importante, em especial em uma sociedade plural e complexa, em constantes mutações. Daí que essa questão é muito mais complexa do que se pensa, já que cabe ao magistrado proferir sentenças judiciais que não sejam aparentes e superficiais, fincadas em uma hermenêutica de superfície, ao contrário, deve partir do fato de que uma situação hermenêutica está delimitada pelos preconceitos que trazemos conosco. É um ir além do que já não se consegue ver com a hermenêutica metodológica. Na verdade, o horizonte do presente está em um processo de constante formação e mutação que condiciona os nossos preconceitos. A cada momento, devemos pôr à prova tais preconceitos a partir da fusão de horizontes. É o encontro do passado com a tradição da qual nós mesmos procedemos (GADAMER, 1997, p. 457). Segundo Gadamer, a fusão de horizontes ocorre constantemente na tradição, pois “nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos” (GADAMER, 1997, p. 457).

Toda essa tarefa hermenêutica deve ser desenvolvida conscientemente pelo magistrado, já que em si experimenta, por si mesma, a

relação de tensão entre o texto legal e o presente. O julgador não pode decidir a demanda judicial com um comportamento hermenêutico ingênuo, desconsiderando a situação hermenêutica da qual faz parte.

Se formos em direção às lições gadamerianas, encontraremos:

A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio. [...] O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e não se prende na autoalienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horízontica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a tarefa da consciência histórico-efetiva. Enquanto que, na herança da hermenêutica romântica, o positivismo estático-histórico ocultou essa tarefa, temos de dizer que o problema central da hermenêutica se estriba precisamente nela. É o problema da aplicação que está contido em toda compreensão. (GADAMER, 1997, p. 458).

A HERMENÊUTICA COMO APLICAÇÃO

O problema da hermenêutica jurídica de cariz metodológico sofre uma ruptura com Gadamer. Isso porque “compreender é sempre também aplicar” (GADAMER, 1997, p. 461). Uma regra jurídica não pode ser compreendida desalinhada com sua aplicação no instante concreto da decidibilidade judicial. Uma lei somente será compreendida adequadamente se “compreendida em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta” (GADAMER, 1997, p. 461). É o afastamento da tarefa hermenêutica do modelo metodológico. Gadamer ensina que “a compreensão é menos um método através do qual a consciência histórica se aproxima do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que um processo que tem como pressuposi-

ção o estar dentro de um acontecer tradicional. A própria compreensão se mostrou como um acontecer” (GADAMER, 1997, p. 462).

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

PROPRIEDADE

O Código Civil brasileiro, da mesma forma que não definiu o conceito de *posse*, também não definiu o conceito de *propriedade*. A *propriedade* é, sem dúvida, o epicentro dos direitos reais, consistindo, pois, no mais completo dos direitos subjetivos. Toda a estrutura dos direitos reais gravita em torno do instituto jurídico da *propriedade*.

O nosso Código apenas enuncia os poderes do proprietário nos dizeres do artigo 1.228, *verbis*: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”⁴.

CONCEITO DE PROPRIEDADE

Qual o *conceito de propriedade*? As definições doutrinárias da propriedade são numerosas.

Segundo Pontes de Miranda, em sentido amplíssimo, *propriedade*

é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas. Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só do domínio. (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 9).

⁴ Correspondente ao art. 524 do Código Civil Brasileiro de 1916.

Para Clóvis Beviláqua, a propriedade, considerada como um direito, “é o poder de dispor, arbitrariamente, da substância e das utilidades de uma coisa, com exclusão de qualquer outra pessoa” (BEVILÁQUA, 1976, p. 1004).

Consoante Serpa Lopes, a palavra *propriedade* possui um sentido que nasce do seu próprio termo.

A coisa é própria ao proprietário nesse sentido de só a ele, em princípio caber a utilização dos seus serviços. E era precisamente a isto que os Romanos denominavam de *dominium*, por isso que o seu titular era em princípio senhor da coisa, fazendo dela o que bem quisesse. A palavra *propriedade* vem do latim – *proprietas* –, derivada de *proprius*, significando o que pertence a uma pessoa. No domínio do Direito, a palavra *propriedade* possui um amplo sentido, pois serve a indicar toda a relação jurídica de apropriação de um bem qualquer, corpóreo ou incorpóreo. (SERPA LOPES, 2001, p. 281-282).

Cunha Gonçalves entende que a definição de Scialoja é insuficiente, já que este afirma que a propriedade “é uma relação de direito pela qual uma coisa, havida como pertencente a certa pessoa, fica sujeita complementarmente à vontade desta em tudo o que não seja proibido pelo direito público ou pela concorrência de direito alheio” (SCIALOJA apud CUNHA GONÇALVES, 1958, p. 207-208).

Cunha Gonçalves afirma que é difícil fixar de forma rígida o conceito de propriedade, já que o referido instituto depende dos elementos *temporal* e *espacial*. Daí que prefere a seguinte definição: “direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa certa e determinada, em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar” (CUNHA GONÇALVES, 1958, p. 208-209).

José de Oliveira Ascensão, professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, afirma que “a propriedade é comumente qualifica-

da como o *direito real máximo*; efectivamente, é o modelo de todos os outros direitos reais” (grifos no original) (ASCENÇÃO, 2000, p. 443).

Didimo Agapito da Veiga, amparado em Lacerda de Almeida e Dernburg, dispõe que

o poder mais enérgico e absoluto que a lei confere ao homem sobre a coisa é o direito de propriedade; ele representa o assenhoração geral e completo da coisa corpórea e todas as manifestações e efeitos possíveis dessa situação, segundo a natureza e de conformidade com o direito”. (LACERDA DE ALMEIDA, 1925, p. 6).

Ordinariamente, o *direito de propriedade* é tomado no sentido mais restrito, como compreendendo tão somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas. Nesta acepção, se lhe dá mais geralmente o nome do *domínio*, consagrado por monumentos legislativos antiquíssimos e de significação mais espiritual e característica.

Domínio é “o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios” (PEREIRA, 1977, p. 97-98).

Santiago Dantas, professor de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito, esclarece que

uma noção de propriedade em que não se considere o lado interno e o lado externo, quase nada exprimiria quanto à natureza mesma desse direito. Não há dúvida de que o lado externo caracteriza melhor o direito subjetivo; é através de seu exame que se pode compreender bem a classificação da propriedade entre os direitos absolutos e, no seio destes, entre os direitos reais, pois ela é um direito subjetivo a que corresponde um dever que recai, por conseguinte, sobre todos os homens; daí ser um direito absoluto e o seu objeto é uma coisa externa à personalidade, um objeto do mundo exterior. Eis por que se trata de um direito real.

Esse é o lado que melhor caracteriza a propriedade, juridicamente falando, mas há, em paralelo a ele, um

outro aspecto, o aspecto interno, que é o que melhor caracteriza, na propriedade, o interesse protegido pela norma jurídica. (DANTAS, 1984, p. 94).

Carvalho Santos diz que o direito de propriedade é “o direito real por excelência, sendo o mais amplo dentre todos eles, o que constitui a sua qualidade fundamental, o traço típico que o caracteriza” (CARVALHO SANTOS, 1956, p. 270).

Marco Aurélio S. Viana afirma que

a propriedade é o mais importante dos direitos reais. Nela temos o posicionamento do proprietário em relação ao bem, que lhe fica submetido em todos os seus serviços. Afirma-se o poder de disposição do titular da propriedade, que exerce senhoria abrangente e excludente. Destaca-se sempre a *atuação* do titular do domínio, que dispõe de um *senhorio geral* sobre o bem que está sob seu poder. (VIANA, 2006, p. 77).

Para Orlando Gomes (2002), o *direito real de propriedade* é o mais amplo dos direitos reais – “*plena in re potesta*”. Para o mestre, esta conceituação deve ser realizada à luz de três critérios: o *sintético*, o *analítico* e o *descritivo*. Vejamos:

Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. (VIANA, 2006, p. 77).

Marco Aurélio Bezerra de Melo, sinteticamente, define a propriedade como “o poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo qualquer ingerência de terceiros” (MELO, 2007, p. 85).

Para Emidio Pacifici-Mazzoni, na clássica *Istituzioni di diritto civile italiano*, a propriedade é

un diritto in virtù del quale una cosa corporale si trova sottomessa nella maniera più assoluta ed esclusiva alla volontà e all'azione della persona che n' è investita. La voce proprietà si prende anche in un significato più esteso, per indicare tutto ciò, che ad alcuno appartiene, o si trova nel suo patrimonio. (PACIFICI-MAZZONI, 1884, p. 98-99).

Francesco Messineo, professor da Universidade de Milão, afirma que, do ponto de vista econômico-social, a propriedade é

la *estabilidad o consolidación de la posesión exclusiva* de los bienes; es el poder de hecho, transformado en poder jurídico; es lo que, considerado en relación al fenómeno de la producción de la riqueza, los economistas llaman “capital”, en contraposición al elemento “trabajo”; la propiedad es el equivalente *jurídico* del concepto económico de capital”. (Grifos no original). (MESSINEO, 1954, p. 247-248).

Se, da elaboração doutrinal, formos para a legislação, verifica-se a inexistência de uma definição perfeita. O *código civil alemão* (CARVALHO SANTOS, 1960, p. 151), no § 903, diz que “o proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão”. Aqui, dois elementos fundamentais são desvelados: o poder positivo e universal do domínio, enquanto a lei ou direito de um terceiro não se opuser; e o poder de exclusão (ou negativo), em decorrência da universalidade do domínio, excluindo qualquer outra pessoa do gozo da coisa.

Já o *Código civil italiano* (CARVALHO SANTOS, 1961a, p. 146), em seu artigo 832, preceitua que “o proprietário tem o direito de gozar e de dispor das coisas de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica e com observância das obrigações estabelecidas por ela”.

O *Código civil espanhol*, no artigo 348, define a propriedade da seguinte forma: “Artículo 348: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

O *Código Napoleão* (CARVALHO SANTOS, 1962, p. 115) define a propriedade em seu artigo 544 da seguinte forma: “a propriedade é o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”.

Já o *Código civil suíço* (CARVALHO SANTOS, 1961b, p. 102) apresenta o conteúdo da propriedade em seu artigo 641, *verbis*: “1 Le propriétaire d’une chose a le droit d’en disposer librement, dans les limites de la loi. 2 Il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation”⁵.

O *Código civil português* suprime a noção de propriedade, entretanto, estabelece, no artigo 1305º, o conteúdo do direito de propriedade, *verbis*: “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”.

No *direito argentino*, o artigo 2.513 dispõe que “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”.

NOVOS PARADIGMAS CONCEITUAIS: FUNÇÃO SOCIAL

Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar da propriedade, afirma que não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. O professor ensina que

muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do institu-

⁵ “Art. 641. Quem for proprietário de uma coisa pode dispor dela de acordo com a sua vontade, nos limites da ordem jurídica. Tem ele o direito de reavê-la de todo aquele que a detenha e de repelir toda a intromissão não justificada. *Código civil suíço*” (CARVALHO SANTOS, 1961b, p. 102).

to constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas. Nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete em nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal. (PEREIRA, 2016 p. 81).

É neste sentido de mudança e flexibilização que devemos considerar e analisar o § 1º do artigo 1.228 do Código Civil brasileiro, *verbis*:

o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.⁶

Ora, aqui se desvela o *aspecto funcional* do direito de propriedade que deve ser considerado, juntamente com os elementos *econômicos* e *jurídicos* do direito de propriedade.

A razão está com Gustavo Tepedino, quando ensina que

a estrutura do direito de propriedade, prevista no Código Civil anterior e repetida no atual, é formada por um aspecto econômico e por um aspecto jurídico. O aspecto econômico identifica-se com a senhoria: faculdade de usar, fruir e dispor, revelando a potencialidade de utilização econômica do bem. Já o aspecto jurídico propriamente dito traduz a possibilidade de utilizar-

⁶ Sem correspondência ao CCB 1916.

-se das vias judiciais para repelir a ingerência alheia, para reaver a propriedade com a ação reivindicatória e protegê-la por meio das ações postas à disposição do proprietário. Assim dispõe, com efeito, o *caput* do art. 1.228, acima transcrito.

Ao lado deste aspecto estrutural do domínio (que indica a estrutura de poderes do proprietário), é de se considerar o aspecto funcional descrito no § 1º do art. 1.228, de tal modo que a função social se afirma como elemento interno do domínio, e não como mera restrição externa e exógena, decorrente das intervenções legislativas.

Como elemento interno do domínio, a função social é responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não-proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical. (TEPEDINO, 2006, p. 158).

Igualmente assevera Pietro Perlingieri, ao relacionar a *autonomia privada* e a *função social*. Vejamos as suas lições:

Também para o proprietário, a função social assume uma valência de princípio geral. A autonomia não é livre-arbítrio: os atos e as atividades não somente não podem perseguir fins antissociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido. A autonomia não se contrapõe ao controle. (PERLINGIERI, 1999, p. 228).

Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig, ao analisarem o dispositivo acima mencionado, declaram que o Código Civil brasileiro, sem mencionar a expressão “função social”, “insere deveres na essência do direito de propriedade, subjetivo que é e continua sendo. Trata-se, enfim, de um *poder-dever*, que consubstancia, nos termos que acima buscamos precisar, um *direito-função*” (VARELA; LUDWIG, 2002, p. 787).

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

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

A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Outra questão de relevo apontada no § 1º do artigo 1.228 do Código Civil brasileiro diz respeito ao exercício do direito de propriedade “de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.⁷

Ora, é cediço que a ganância individualista de alguns proprietários, alinhada à omissão dos poderes públicos, em muito contribuiu para a degradação do *meio ambiente*. É neste sentido que o legislador procurou limitar o exercício do *direito de propriedade* com o firme propósito de proteção aos direitos intergeracionais. É preciso, pois, mitigar o direito de propriedade com interesses de índole social, com vistas à proteção do bem comum.

Aqui vale destacar a obra organizada por Maurício Mota (2009) propondo uma nova abordagem do direito ambiental visto como função social, na qual é abordada a questão socioambiental da propriedade, a hermenêutica do ambiente, a função ambiental da sociedade etc.

CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O conteúdo do direito de propriedade está expresso no enunciado do artigo 1.228 do Código Civil vigente, *verbis*: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.⁸

⁷ Sem correspondência ao Código Civil Brasileiro de 1916.

⁸ Correspondente ao art. 524 Código Civil Brasileiro de 1916.

São *faculdades* (*possibilidade de se exercer ou não o direito*) do proprietário: usar, gozar, dispor da coisa, bem como o direito subjetivo de reaver a coisa de quem injustamente a possui. Tais elementos correspondem, respectivamente, ao *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* e a *rei vindicatio* do direito romano.

Assim, o proprietário poderá *usar*, ou não, a coisa em seu proveito.

Da mesma forma, o proprietário poderá *gozar* ou *usufruir* da coisa, isto é, obter da coisa as suas utilidades econômicas, tais como alugando o seu imóvel ou colhendo os frutos naturais que as árvores plantadas em seu terreno possam produzir.

A faculdade de *dispor* da coisa (*jus abutendi*) é o poder que o proprietário possui de alienar, transferir ou gravar a coisa de ônus. O proprietário poderá, inclusive, destruir a sua coisa desde que tal ato não afronte a Constituição da República Federativa do Brasil, que prescreve que o uso da propriedade deve ser condicionado ao bem-estar social.

Já a possibilidade de *reaver* a coisa não representa uma faculdade do proprietário, senão um direito subjetivo, já que a coisa lhe pertence e está indevidamente em poder de outrem. Melhor dizendo: um terceiro que tem a posse ou a detenção da coisa, violando, pois, o meu direito de propriedade.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O Código Civil de 1916, fruto das doutrinas individualistas e voluntaristas, tinha como seu valor fundamental o indivíduo (Código de Napoleão). Naquela época, as pessoas tinham por finalidade precípua desmantelar os privilégios feudais, ou seja, queriam contratar, adquirir bens, circular as riquezas sem os óbices legais. Melhor dizendo: o Código Civil de 1916 tinha uma visão individualista do direito e era baseado nos dogmas do Estado liberal clássico. O princípio da autonomia da vontade era o alicerce de sustentação do Estado liberal.

Hodiernamente, há que se considerar o *princípio da socialidade*, isto é, os institutos jurídicos devem respeitar a sua função social. Daí que a *propriedade* encontra-se subordinada à sua *função social*. Isto

significa dizer que a propriedade não pode atender apenas aos interesses individualistas, senão deve ser inserida em uma nova dimensionalidade ética que perpassa e adorna com novas cores as relações interprivadas, com vistas a atender, também, o interesse da coletividade.

Dessa maneira, os direitos do proprietário não são absolutos, já que são condicionados pelos limites traçados pelo ordenamento jurídico, mas também conformados e temperados pelos princípios da boa fé, probidade, transparência, eticidade etc.

Ao analisar o artigo 524 do Código Civil brasileiro de 1916, Clóvis Beviláqua afirma que

a Constituição de 1934, art. 113, nº 17, modificou o conceito de propriedade consignado no Código Civil, aproximando-o mais do exarado no Projeto primitivo. Estatuí o citado preceito constitucional: *É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.* (Grifos nossos) (BEVILÁQUA, 1976, p. 1005).

O *direito de propriedade* relacionado à sua *função social* também está contido em outros textos constitucionais, tais como as Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946:

Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967:

Art 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como

condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V – desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. § 1º – Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. § 2º – A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate. § 3º – A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei. § 4º – A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro. § 5º – Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros, de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. § 6º – Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada. § 7º – Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei. § 8º

– São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. § 9º – Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer. § 10 – A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum. § 11 – A produção de bens supérfluos será limitada por empresa, proibida a participação de pessoa física em mais de uma empresa ou de uma em outra, nos termos da lei.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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

Também, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira –, o artigo 170 preceitua que:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V

– defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único – É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A *propriedade urbana* atende a sua *função social*, de acordo com o § 2º do artigo 182 do texto constitucional, *verbis*: “§ 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Quanto ao *imóvel rural*, o artigo 186 da nossa Carta Magna diz que:

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

O artigo 184 da Constituição de 1988 trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária ao dizer que:

Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

E no artigo 231, em relação às terras indígenas:

Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] § 2º – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

É neste sentido que Orlando Gomes ensina que:

a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do direito civil, como o princípio da boa-fé nos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário. Nessa ótica, a ação do juiz substitui a do legislador, do Congresso ou da Administração Pública. O comportamento profissional do magistrado passa a ser, no particular, “uma ação de invenção e de adaptação”, como exprime Lanversin definindo a ação pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito. (GOMES, 2002, p. 110).

A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

O artigo 182 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata da *função social da cidade* ao afirmar que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (BRASIL, 1988 - art. 182, § 1º).

Nesse sentido, Maurício Mota afirma que

sob o enfoque constitucional, não se deve olvidar que os §§ 1º e 2º do art. 182 da Constituição brasileira definem as fronteiras e o conteúdo básico do Plano, considerando sempre as funções sociais da propriedade, às quais se associam as funções sociais da cidade e a função ambiental da cidade. (MOTA, 2009, p. 191).

Ora, o princípio da *função social da cidade* é, pois, um desdobramento natural do princípio da função social da propriedade. Este, no plano individual, aquele, no coletivo. Cabem aos municípios a execução e a concretização da política urbana com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o bem estar dos seus habitantes.

Assim,

pela leitura do caput do artigo 182, depreende-se que cabe à política urbana ordenar o pleno desenvolvimento da função social da propriedade e das funções da cidade de modo a garantir o bem estar dos seus habitantes. É nesse sentido que se pode dizer, pelo que decorre do texto constitucional, que a política urbana foi estruturada em níveis. O primeiro deles, decorrente do próprio caput do artigo 182, é a previsão de necessidade de uma política de desenvolvimento urbano em razão do crescimento desordenado das cidades. A concreção dessa política foi estruturada em dois níveis: uma por meio da fixação de objetivos e diretrizes gerais uniformes a todos os municípios brasileiros, traduzidos pelo Estatuto da Cidade; o segundo nível de estruturação dessa política urbana é no âmbito local, no espaço da competência municipal, por meio das elaborações dos planos diretores. (VIZZOTTO; PRESTES, 2009, p. 36-37).

A Lei nº 10.257/2001, conhecida como *Estatuto da Cidade*, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição de 1988, estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade dá uma nova dimensão para o planejamento urbano ao regulamentar instrumentos para a aplicação de normas urbanísticas⁹.

9 Estatuto da Cidade - Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

h) a exposição da população a riscos de desastres

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

Consoante a Nova Carta de Atenas, de 2003 (CONSELHO NACIONAL DE URBANISTAS, 2003), as cidades do século XXI precisam ter coerência social, econômica e ambiental.¹⁰

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais.

XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento.

¹⁰ CONSELHO EUROPEU DE URBANISTAS. A nova Carta de Atenas 2003: a visão do Conselho Europeu de Urbanistas sobre as cidades do século XXI. Lisboa: 20 de novembro de 2003, Parte A. “O Conselho Europeu de Urbanistas (CEU) está confiante que durante o séc. XXI a Europa irá progredir para uma integração plena. Nesta perspectiva, o CEU apresenta uma Visão partilhada e colectiva sobre o futuro das cidades europeias, como fundamento da Nova Carta de Atenas 2003 (parte A). Trata-se de uma Visão de uma rede de cidades, em que estas:

- conservarão a sua riqueza cultural e a sua diversidade, resultantes da sua longa história;

O *princípio da função social das cidades* deve, pois, superar a visão tradicional da cidade. Deve ir além, buscando o atendimento as necessidades dos municípios em todas as suas especificidades.

A *convivência na sociedade contemporânea* perpassa o entrelaçamento entre as principais questões da *cidade*, da *justiça social* e *democracia*. Infelizmente, parte da população vive sem acesso aos bens e serviços produzidos, ao uso do espaço público, ao ambiente saudável, à moradia digna, à infraestrutura, à igualdade e ao respeito à diferença. É necessário analisar a cidade como contexto para a existência humana. A vida pública na cidade-estado grega, proporcionando um lugar de articulação política, é substituída e transformada pelas questões do mundo pós-moderno: *convivência, direito, ética!* As alterações na convivência social implicam repensar em que consiste a cidade e o direito. Daí a preocupação com os processos de afirmar e desenvolver concepções de bem-estar coletivo e de identidades coletivas.

A questão das cidades e do direito urbanístico só pode ser formulada com relação a um novo princípio de ordem: a função social das cidades e o respeito ao outro. Esse novo *locus (convivência, direito, ética)* deve trazer consigo uma ruptura do cotidiano, da ética tradicional e da comunidade, ao desvelar a questão: o que é o ser humano?

Nesse contexto, Heidegger, na obra *Sobre o Humanismo* (1995), afirma que

-
- ficarão ligadas entre si por uma multitude de redes, plenas de conteúdos e de funções úteis;
 - permanecerão criativas e competitivas, mas procurarão, simultaneamente a complementaridade e a cooperação;
 - contribuirão de maneira decisiva para o bem-estar dos seus habitantes e, num sentido mais lato, de todos os que as utilizam.

A visão que fundamenta a Nova Carta de Atenas 2003 é completada por (parte B): ?? Uma breve referência às principais questões e desafios que afetam as cidades no princípio do séc. XXI; ?? Os necessários compromissos dos urbanistas para pôr em prática esta Visão; A Nova Carta de Atenas 2003 dirige-se sobretudo aos urbanistas profissionais que trabalham na Europa e a todos os que se interessam por este tipo de trabalho, a fim de os orientar nas suas acções, de modo a assegurar maior coerência na construção de uma rede de cidades com pleno significado e a transformar as cidades europeias em cidades coerentes, a todos os níveis e em todos os domínios (CONSELHO NACIONAL DE URBANISTAS, 2003).

somente na medida em que o homem, ec-sistindo na Verdade do Ser, pertence ao Ser, é que pode provir do próprio Ser a recomendação das prescrições que tornar-se-ão para o homem lei e regra. Em grego, recomendar é *némein*. O *nómos* não é apenas a lei, porém, mais originalmente, a recomendação protegida pelo destinar-se do Ser. Só essa recomendação pode dispor o homem para o Ser. E somente essa disposição pode trazer e instaurar obrigações. Do contrário, toda a lei permanecerá e continuará apenas um produto (*das Gemächte*) da razão humana. Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada da Verdade do Ser. (HEIDEGGER, 1995, p. 94-95).

É justamente por isso que o poder público, agindo nas cidades, precisa ajustar a sua conduta ao novo, ao efêmero, ao *poder-ser*, à diversidade, à diferença, ao pluralismo, bem como enfrentar as relações comunitárias a partir de sua dinamicidade e espaço-tempo cultural.

Uma relação comunitária é, antes de tudo, uma relação ética. É um horizonte no qual os seres humanos e a *urbi* podem revelar-se uns aos outros. O horizonte no qual as cidades apresentam-se deve ser manifestado pela questão: *O que é o homem? Qual a base da felicidade humana nas cidades?*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso (re)conduzir o direito, em especial o direito civil, à sua existência e essência; já este não pode ficar atento apenas ao fato jurídico (*factum*), mas no “fazendo-se” constante (*faciendum*), inobjetificável e anticonceitual. *O direito civil é produto da vida privada como existência e convivência*. A ontologia existencial (re)direciona o homem, como existência concreta, ao realizar-se temporalizando-se, já que *ser é tempo*. Aqui, o tempo identifica-se com a existência.

REFERÊNCIAS

- ASCENÇÃO, J. de O. **Direito civil**: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BEVILÁQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. v. 1. (Edição histórica).
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 7.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil alemão**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil italiano**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961a.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil suíço**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961b.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Napoleão**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.
- CONSELHO NACIONAL DE URBANISTAS. A visão do conselho europeu de urbanistas sobre as cidades do séc. XXI . In: CORREIA, P. V. D.; LOBO, I. M. C. (Eds.). A nova carta de Atenas. Porto: Múltiplo, 2003. Disponível em: <http://paginas.fe.up.pt/construcao2004/c2004/docs/SAT_02_carta%20atenas.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.
- CUNHA GONÇALVES, L. da. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1958. v. 11. t. 1.
- DANTAS, S. T. **Programa de direito civil III**. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1984.
- DINIZ, M. H. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GADAMER, H.-G. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

- GOMES, O. **Direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GRONDIN, J. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- HEIDEGGER, M. Sobre o humanismo. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.
- LACERDA DE ALMEIDA, F. P. Dir. das Coisas (§ 5º); Dernburg, Dir. Reaes (§ 192). In: VEIGA, D. A. da.; LACERDA, P. de. Manual do código civil brasileiro: direito das coisas. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1925. v. 9.
- MARTÍNEZ, G. P.-B. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.
- MELO, M. A. B. de. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MESSINEO, F. **Manual de derecho civil y comercial**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954. t. 3.
- MOTA, M. (Org.). A função social do direito ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- MULLER, F. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NEVES, C. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- NOVAIS, J. R. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- PACIFICI-MAZZONI, E. **Istituzioni di diritto civile italiano**. 3. ed. III. Firenze: Editori Librai, 1884. v. 3.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. Direitos reais. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 4.
- PEREIRA, L. R. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 1. (Edição histórica).
- PEREZ LUÑO, A.-E. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Parte especial. t. 11. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SERPA LOPES, M. M. de. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 6.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

TEPEDINO, G. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (Orgs.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VARELA, L. B.; LUDWIG, M. de C. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, J. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIANA, M. A. da S. **Curso de direito civil**: direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIZZOTTO, A. T.; PRESTES, V. B. **Direito urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

Submetido em:

Aceito em: