

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – RS
FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

JOÃO PAULO VEIGA SANHUDO

**A REPERSONALIZAÇÃO DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002
E UMA ANÁLISE PARADIGMÁTICA COM O CÓDIGO CIVIL DE 1916
À LUZ DE UMA RELEITURA HERMENÊUTICA-SISTEMÁTICO CONSTITUCIONAL**

Porto Alegre
2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
(CONCENTRAÇÃO EM DIREITO DE ESTADO)

JOÃO PAULO VEIGA SANHUDO

**A REPERSONALIZAÇÃO DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL DE
2002 E UMA ANÁLISE PARADIGMÁTICA COM O CÓDIGO
CIVIL DE 1916 À LUZ DE UMA RELEITURA
HERMENÊUTICO-SISTEMÁTICO CONSTITUCIONAL**

PORTO ALEGRE

2007

JOÃO PAULO VEIGA SANHUDO

**A REPERSONALIZAÇÃO DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL DE
2002 E UMA ANÁLISE PARADIGMÁTICA COM O CÓDIGO
CIVIL DE 1916 À LUZ DE UMA RELEITURA
HERMENÊUTICO-SISTEMÁTICO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração Instituições de Direito de Estado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ORIENTADOR: PROF. DR. RICARDO ARONNE

PORTO ALEGRE

2007

JOÃO PAULO VEIGA SANHUDO

**A REPERSONALIZAÇÃO DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL DE
2002 E UMA ANÁLISE PARADIGMÁTICA COM O CÓDIGO
CIVIL DE 1916 À LUZ DE UMA RELEITURA
HERMENÊUTICO-SISTEMÁTICO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração Instituições de Direito de Estado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Aprovado em 30/08/2007.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne

Profa. Dr. Clarice Beatriz da Costa Söhngen

Profa. Dr. Regina Linden Ruaro

À Ana, Pedro e João

Razões, sentimentos e emoções fundamentais

da minha existencialidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, maestro grandioso desse magnífico espetáculo que é a vida.

Aos Meus Pais, Ary e Consuelo, que souberam traçar o meu caminho e o do meu mano José Antônio, com dedicação, exemplo e afeto.

Ao Professor Doutor Fernando Affonso Gay da Fonseca, mestre dos mestres.

A todos colegas professores que de uma forma ou outra me auxiliaram neste trabalho, especialmente às professoras doutoras Clarice Söhngen e Denise Fincato e ainda, de forma muito especial, ao grande amigo professor Mestre Mauro Fiterman que, como irmão, sempre me estendeu suas mãos amigas e inteligentes.

Ao orientador, professor Doutor Ricardo Aronne, pela paciência e dedicação dispensadas ao longo do grande percurso para a concretização da presente dissertação.

Aos meus alunos que durante a trajetória como docente muito me ensinaram com suas dúvidas e certezas.

E, finalmente, à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul por ter me proporcionado, através de sua excelência didático-acadêmica, uma formação humanista e democrático-social.

A ciência clássica privilegiava a ordem, a estabilidade, ao passo que em todos os níveis de observação reconhecemos agora o papel primordial das flutuações e da instabilidade. Associadas a essas noções aparecem também, as escolhas múltiplas e os horizontes de previsibilidade limitada. Noções como a de caos tornaram-se populares e invadem todos os campos da ciência, da cosmologia à economia.

ILYA PRIGOGINE

RESUMO

O presente estudo objetiva demonstrar a necessidade de fazer-se uma releitura do instituto da posse previsto no Código Civil de 2002, com base em análise paradigmática do Código Civil de 1916, superando-se o modelo codificado liberal, a partir de uma perspectiva fundada na re-interpretação hermenêutico-sistemática constitucional aberta e completável, onde o fundamento jurídico-social seja a pessoa humana e não o indivíduo patrimonialista.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa Humana; Indivíduo; Patrimonialista; Posse; Repersonalização; Interpretação; Sistemático-Constitucional; Aberta; Completável.

ABSTRACT

This actual study aims to demonstrate the necessity of making a new reading of the ownership institute foreseen in the 'Código Civil de 2002', with bases in a pragmatic analyze of the 'Código Civil de 1916', surpassing the liberal codified model, from a perspective fund on the reinterpretation hermeneutic systemic open constitutional and compatible, where the juridical-social fundament is a human person and not a patrimonial individual.

Key-words: Human Person; Individual; Patrimonial; Ownership; Repersonalization; Interpretation; Conditional-Systemic; Open; Compatible.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. DIREITO CIVIL E EVOLUÇÃO DO MODELO ESTATAL: DA CENTRALIZAÇÃO CODIFICADORA À PULVERIZAÇÃO EM NORMAS EXTRAVAGANTES.....	14
2. A UNICIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A RELATIVIZAÇÃO DAS FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO.....	24
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS DA FUSÃO PARADIGMÁTICA E O FENÔMENO DA REPERSONALIZAÇÃO	32
4. A EXEGESE DA NORMA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL E SUA SUPREMACIA FRENTE AS DEMAIS REGRAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO.	45
5. POR UMA RELEITURA HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO POSSESSÓRIO	54
6. A REPERSONALIZAÇÃO NA TUTELA DA POSSE ATRAVÉS DE UMA ANÁLISE PARADIGMÁTICA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	65
CONCLUSÃO.....	106
BIBLIOGRAFIA.....	110

INTRODUÇÃO

Em face de sua relevância social e econômica - a qual vem desde os primórdios da civilização - e devido ao fato de ser algo imanente ao indivíduo humano e fundamental à sua subsistência a posse vem sendo tutelada pelos ordenamentos jurídicos.

Decorrente de uma concepção que viabiliza a segurança jurídica em prol do indivíduo patrimonialista é desenhada a posse em um cenário onde não haveria espaço para a dúvida. As teorias clássicas de Savigny e JHering, onde o sistema jurídico brasileiro desde sempre esteve fundado, não observavam uma conjuntura humanista e social, muito pelo contrário, preconizavam o individualismo burguês, sem se preocupar com o coletivo.

Muito embora o Código Civil de 1916 tenha adotado, em princípio, a Teoria Objetiva de JHering, nem por isso a Teoria Subjetiva de Savigny foi excluída por completo. Isso é o que se via na relação de espécies de aquisição e de extinção da posse, onde o animus é um elemento desvinculado do corpus, mas tanto uma como outra tinham suas bases em princípios que resguardavam o interesse do particular detentor do poder econômico.

Ainda que o instituto da posse no Código Civil de 2002 não tenha trazido consideráveis modificações no plano formal e pode-se dizer até mesmo na esfera material, em relação ao Código passado, com certeza em razão das evidentes mudanças ocorridas nas chamadas ciências da natureza, é imprescindível uma revisão epistemológica capaz de redirecionar o instituto dentro de uma nova teoria geral constitucional do direito privado.

Mesmo que se reconheça o pouco avanço do Direito Civil como um todo em consideração às incisivas diretrizes sociais que se impunham ao longo do século anterior, mormente após o advento da Constituição de 1988, necessário será, ao intérprete, um maior comprometimento com a realidade social, deixando de lado o paralelismo da manualística, que insiste em promover um mundo jurídico à parte,

onde não há espaço para a reflexão axiológica, mas sim, vinculada a uma tradição dogmática positiva totalmente ultrapassada que prega o método da certeza.

A partir desta conjuntura codificada que parece ainda estanque, propõe-se um reexame hermenêutico, adequando os conceitos e os princípios possessórios, através de uma releitura dos principais fenômenos que embasam uma revisão sociológica do Direito Civil, especialmente o possessório.

Para esta trajetória ser desenvolvida é fundamental abordar-se, em primeiro lugar, a transformação do Direito Civil de um sistema codificado centralizado para uma estrutura pulverizada de leis extravagantes e as mutações que se sucederam após tal fenômeno, principalmente em face da insuficiência de respostas que o sistema anterior apresentava às situações do cotidiano.

A seguir, a incursão se dará no estreitamento das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado, o que poderíamos chamar de uma espécie de unicização do sistema jurídico, buscando-se demonstrar a necessidade desta relativização em prol do fortalecimento substancial do próprio ordenamento, observando a necessidade de uma reconstrução estrutural paradigmática dentro do sistema jurídico como um todo.

Os direitos fundamentais da pessoa humana, em uma perspectiva de prioridade dos valores existenciais e da repersonalização do sujeito nas relações jurídicas com base em um novo sistema jurídico, fundado na despatrimonialização das relações civis em face da preponderância da nova pessoa, sujeito de direitos e seus reflexos, é elemento basilar para uma hermenêutica moderna capaz de concretizar um sistema social e democrático de direito, distante da neutralidade do sistema positivista, que foi arcabouço para um direito civil excludente e incapaz.

Em face do influxo de uma visão que enaltece a existência humana, fruto de uma exegese constitucional que se imponha frente a todas as disposições infraconstitucionais, e que por sua vez ainda direcione a uma diretriz burguesa patrimonialista, é que se busca a conformação de uma nova ótica interpretativa e exegética, capaz de fazer prevalecer não uma metodologia clássica, mas sim um sistema aberto, capaz de absorver as mais variáveis situações do dia a dia.

O grande problema se dá quando se verifica que muitos intérpretes ainda encontram-se arraigados na segurança do positivismo clássico. A necessidade de uma releitura do instituto da posse, fundada a partir de um contexto hermenêutico-sistemático constitucional, decorrente de uma humanização sociológica do mesmo, frente a uma nova ordem social e jurídica que se estabelece desde a Constituição Federal de 1988, é o objeto fundamental de uma realidade efetiva, a partir do desafio da complexidade das relações contemporâneas, incapazes de serem respondidas pela racionalidade das verdades formais.

Por derradeiro, traçar-se-á uma análise possessória repersonalizada, em um paralelo comparativo do Código Civil de 2002 com o Código anterior, objetivando demonstrar a necessidade de repensar o instituto da posse a partir de uma revisão de paradigmas, onde não há espaço para o individualismo, mas tão somente para o social.

Como se pode verificar neste breve relato introdutório, os fenômenos que indicam a implementação de uma nova visão sociológica no sistema jurídico privado brasileiro serão os fios condutores deste trabalho na busca de diretrizes capazes de convergir eficazmente para a concretização do princípio fundamental da pessoa humana, como o reconhecimento do direito básico de subsistência com dignidade, no qual a posse é elemento fundamental.

1. DIREITO CIVIL E EVOLUÇÃO DO MODELO ESTATAL: DA CENTRALIZAÇÃO CODIFICADORA À PULVERIZAÇÃO EM NORMAS EXTRAVAGANTES

Por muito tempo, artificialmente, nos foi legada uma imensa dicotomia, onde grande parte dos doutrinadores¹, através de seus manuais, transmitiram-nos que a divisão do direito em público e privado advinha do direito romano, o que de certo modo não está totalmente correto, pelo menos da ótica material, sendo, inclusive, considerados como esferas quase impermeáveis².

Aloísio Surgik³, na esteira da costumeira tricotomia romanista, inaugurada por Savigny, informa que a ordem jurídica romana estava dividida em três períodos: pré-clássico, clássico e pós-clássico. Afirma ainda, que a distinção entre a *Lex*

¹MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª. São Paulo: ed. Malheiros, 1994, p.26: II – Direito Público e Direito Privado – O Direito é dividido, inicialmente em dois grandes ramos: *Direito Público e Direito Privado*, consoante a sua destinação. O *Direito Público*, por sua vez, subdivide-se em *Interno e Externo*. O *Direito Público Interno* visa a regular, precipuamente, os interesses estatais e sociais, cuidando só reflexamente da conduta individual. Reparte-se em *Direito Penal ou Criminal, Direito Processual ou Judiciário (Civil e Penal), Direito do Trabalho, Direito Eleitoral, Direito Municipal*. Esta subdivisão não é estanque, admitindo o despontar de outros ramos, com o evoluir da Ciência Jurídica, que enseja, a cada dia, a especialização do Direito e a conseqüente formação de disciplinas autônomas, bem diversificadas de suas coirmãs. O *Direito Público Externo* destina-se a reger as relações entre os Estados Soberanos e as atividades individuais no plano internacional. O *Direito Privado* tutela predominantemente os interesses individuais, de modo a assegurar a coexistência das pessoas em sociedade e a fruição de seus bens, quer nas relações de indivíduo a indivíduo, quer nas relações do indivíduo com o Estado. Biparte-se o Direito Privado em *Direito Civil e Direito Comercial*. O *Direito Administrativo*, como vimos, é um dos ramos do *Direito Público Interno*. Sua conceituação doutrinária, entretanto, tem ensejado acentuadas divergências entre os publicistas.

²GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, n. 747, p. 38-39: "... a distinção entre Direito Público e Direito Privado encontra-se há tempos em 'crise', sobretudo na doutrina juspublicista. Se se quisesse procurar as razões pelas quais os privatistas – e especialmente os civilistas – sinalizaram muito pouco aquela 'crise' ou a entenderam quase exclusivamente como 'crise' do Direito Privado, elas deveriam ser individualizadas, talvez, em uma postura intelectual de 'conservação' frente à própria disciplina. É observação bastante comum que tal postura intelectual é certamente favorecida, se não mesmo totalmente provocada, pela codificação, que – cristalizando um determinado esquema de ordenamento jurídico – cria a ilusão de eterna validade. Os privatistas, portanto, estão geralmente ancorados a um esquema, por assim dizer, "jurnaturalista" do Direito Privado, como foi aquele recepcionado pelo *Code Napoléon*, ainda que com as impurezas que acompanham qualquer 'idéia' quando ela se transforma em 'ato'. (...) Nesse sistema, as relações do Direito Privado com o Direito Público são muito claras. (...) As duas esferas são quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender a exigências dos próprios indivíduos.

³SURGIK, Aloísio. Anotações histórico-críticas em torno do binômio Direito-Público-Direito-Privado. In: Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro, p. 31.

publica - aquela que era tornada pública e afetava a todos - e a *Lex privata* - que ocorria na esfera particular de determinadas pessoas envolvidas na respectiva relação jurídica, afetando assim tão somente a estes - era meramente formal para os romanos.

No entanto, na Roma dos Imperadores, os interesses deveriam convergir segundo os interesses do Príncipe. Desta forma, o direito era exclusivamente público e aos cidadãos cabia somente agir segundo a Lei⁴. Assim, a distinção entre norma pública e privada ocorria exclusivamente no campo formal, jamais tendo atingido a materialização da divisão, segundo o direito romano dos romanistas de certa quadra.

Na verdade, o Direito Civil foi delineado como um dos ramos do direito privado a partir da sistematização de Jean Domat, que separou efetivamente as leis públicas das leis privadas, sendo esta ideologia adotada pelas codificações do século XIX, num berço onde o individualismo liberal se contrapunha ao então poder soberano e absolutista dos monarcas⁵.

A ideologia liberal surge cultuando o individualismo e pregando uma liberdade autônoma, o que serviria ao homem para o progresso social distante da interferência de um Estado totalitário: a burguesia detentora do capital exige o poder e impõe a não ingerência do Estado nas relações jurídicas privadas, fazendo assim surgir a separação entre o público e o privado⁶.

A Revolução Francesa é o grande marco do Estado Liberal, trazendo consigo uma nova ordem jurídica inclusive no campo das relações entre os

⁴Ibid., p. 33.

⁵ARONNE, Ricardo, op. cit., p. 37: "é intrínseco ao Estado Liberal a supremacia do individual sobre o social, como berço onde surgiu o liberalismo em seu legítimo objetivo de derrocada do absolutismo monárquico".

⁶PASQUALINI, Alexandre. In: O Público e o Privado, In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Público em tempos de crise**. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. p. 30: "No século XVIII, por ocasião do abalo cultural, político e econômico das revoluções européias, o pensamento iluminista logra a desagregação do absolutismo e o fortalecimento da burguesia que, como herdeira do individualismo feudal, busca, de todas as maneiras, assentar em bases definitivas a separação entre público e o privado. O iluminismo estava firmemente convencido da grandeza do homem. O poder com que essa fé agiu sobre a existência humana foi imediato. Em todas as partes, após dolorosa fase absolutista, tratou-se de valorizar o espírito e o esforço particulares, comunicando-lhes forte autonomia. Um novo mundo foi edificado sobre os alicerces da personalidade individual. A vida política concentrou-se numa única tarefa: proteger o indivíduo da opressão estatal, fortalecendo-lhe os direitos. O modelo liberal trabalhou, desse modo, por uma esfera econômica privada, dona de estruturas alheias ao Estado, potencialmente capazes de garantir, sem constrangimentos, plena autonomia do indivíduo frente a comunidade social".

indivíduos onde rechaçava a rigorosa intervenção Estatal que reinava na Idade Média e cultuava a autonomia alargada dos sujeitos para a realização de seus negócios⁷.

A nova concepção jurídica liberal criou um abismo entre o Público e o Privado⁸ e seus alicerces foram fundados basicamente em dois institutos: a propriedade e o contrato⁹. Somente os detentores de trânsito de riqueza detinham direitos e ao Estado não competia mais intervir a não ser para tutelar as relações já patrimonializadas pelo sistema¹⁰.

A família, que poderia ser considerada um terceiro pilar da concepção liberal, na verdade era um mero apêndice da relação contratual do matrimônio e uma extensão do patrimônio do *pater família*, tanto que a mulher ficava em um segundo plano, como mera colaboradora, nos dizeres do artigo 380¹¹ do Código Civil de 1916 e os filhos eram objetos de posse de estado de filiação¹², como se fossem coisas e não sujeitos de uma relação incorporativa-realizadora.

A patrimonialização do Direito através da propriedade e do contrato foi de tamanha força que tais institutos acabaram por constitucionalizar a concepção de vida da época¹³. Isto fica evidente ao confrontar-se a propriedade prevista no Código de 1916 com a propriedade prevista nas constituições posteriores a este código e

⁷PASQUALINI, Alexandre, *Ibid.*, p. 30.

⁸*Ibid.*, p. 32-33: "Como num esquema geométrico, o indivíduo e o Estado foram isolados um do outro, fazendo-se traçar em torno do primeiro um círculo protetor que deveria permanecer livre de toda a interferência estatal" (...) "Todavia, nenhum outro estabeleceu tão profunda segregação entre o público e o privado".

⁹GIORGIANNI, Michele. **O Direito Privado e as suas atuais fronteiras**. Revista dos Tribunais, São Paulo: a. 87, v. 757, p.39, 1988: "Os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo. Deles, sobretudo a propriedade individual constituía o verdadeiro eixo do sistema do Direito Privado, tanto que o contrato, na sistemática dos códigos oitocentistas, era regulamento essencialmente como 'modo de aquisição da propriedade'".

¹⁰ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. *op. cit.*, p. 49. ... O Estado não deveria intervir nas relações dos particulares, mas apenas tratar de dar condições favoráveis para que elas se desenvolvessem e que os conflitos de interesses fossem resolvidos de acordo com a vontade dos próprios indivíduos.'(...) ao Estado era conferida a tarefa de manter a coexistência pacífica entre os particulares para que estes livremente se desenvolvessem conforme suas próprias regras".

¹¹CC. Art. 380 – Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único – Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvada à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

¹²GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 311.

¹³GIORGIANNI, Michele. *op. cit.*, p.41: "A propriedade privada e o contrato, que constituíam, como se disse, as colunas do sistema, vinham por assim dizer, 'constitucionalizar' uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal".

antes da Carta de 1988. Aquela se impunha às outras de forma que não se cogitava de uma função social da propriedade como a Lei Maior indicava, mesmo que algumas vezes timidamente, sem trazer efetivamente diretrizes eficazes como fez a Constituição Cidadã.

Com base no ideário burguês é erigido o Código Napoleônico¹⁴, que viria a influenciar os principais sistemas jurídicos da Europa, bem como o brasileiro¹⁵, tendo como parâmetro o indivíduo proprietário dotado de autonomia para exercer seus direitos da forma mais ampla possível na esfera econômica¹⁶.

O sistema codificado era concebido como um sistema fechado que não permitia ao intérprete o exercício de uma exegese finalística, muito pelo contrário, impunha às partes regularem suas relações, não cabendo maiores digressões ao magistrado do que aquelas já pactuadas no âmbito das convenções¹⁷.

O Código Civil foi visto como o centro do ordenamento jurídico privado pela Escola Pandectista¹⁸, pela Histórica¹⁹, pela Jurisprudência dos Conceitos²⁰ e pela da Exegese²¹, tido assim como a Constituição do Direito Civil Tradicional²².

¹⁴Promulgado em 21 de março de 1804. *O Code* possui 2.281 artigos e está dividido em 3 livros sistemáticos: Livro primeiro: direito das pessoas; Livro segundo: direito das coisas – propriedade e direitos reais limitados; Livro terceiro: aquisição da propriedade – herança, testamento e obrigações.

¹⁵Promulgado em 1 de janeiro de 1916 e em vigor um ano após. O Código Civil brasileiro tem 1807 artigos e está dividido em uma parte geral que contém normas genéricas sobre as relações jurídicas privadas e uma parte Especial que regula relações específicas oriundas de obrigações, família, coisas e direito sucessório.

¹⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 36, n. 141, p.101, 1999: "... os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimentos públicos" (...) "O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação)".

¹⁷FINGER, Júlio César. **Constituição e direito privado**: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p. 88: "Mas qual é o sistema que propunha a codificação? Tratava-se de um sistema fechado, axiomático-dedutivo, em que a atividade do intérprete resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, como se fosse tal atividade uma operação lógico-formal".

¹⁸WIEACHER apud GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**, p. 3, mostra os traços marcantes da doutrina pandectista: "Para os pandectistas, o ordenamento jurídico há de ser um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo caso jurídico há de ser um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo caso jurídico possa ser enquadrado num conceito. Reduz-se, em consequência, a função do juiz a mero autônomo, por isso que lhe cumpre apenas encontrar o Direito pelo processo da subsunção, e se limita a instrução jurídica ao aprendizado da doutrina em uma sucessão sistemática, totalmente ordenada sob forma estritamente lógica".

¹⁹LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 16 : A Escola Histórica. "... que se procuram conhecer os pensamentos que o legislador ligou à expressão imperfeita, mas, em segunda via, de

Fundado nesta ideologia liberal, é insculpido o Código Civil de 1916, com base no patrimonialismo-individual egocêntrico que prega uma liberdade formal onde o contrato vigia como lei entre os pactuantes, favorecendo assim os poderosos e esclarecidos.²³

A Lei Civil, à época, foi delineada segundo os interesses de patrimonialização da burguesia rural e mercantil²⁴, ignorando os movimentos de socialização que já começavam a surgir nas sociedades mais evoluídas²⁵.

novo aqui pode ser útil, ao lado do (nexo interno, a especial razão da lei. Só conhecido assim o (verdadeiro pensamento da lei), a expressão normativa pode ser rectificadora (pág.233), devendo esta rectificação impedir que a norma se aplique em contradição com o seu fim e, além disso, fazer com que se conheçam (os verdadeiros limites da (sua) aplicação), de sorte a que esta não ocorra (imperfeita ou desnecessariamente) (pág.234).

²⁰WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, p. 514/515: “Neste contemporâneo de Windscheid, a transição do positivismo científico para o naturalismo encontra uma expressão directa e quase biográfica. Amadurecido na escola de Puchta (57), completamente alheado já, como a maior parte dos seus contemporâneos, de uma fundamentação metafísica do direito, Jhering, na primeira fase do seu trabalho e com auxílio da sua fantasia criadora e do seu sentido para o intuitivo e para o palpável nas soluções jurídicas, enriqueceu a dogmática com descobertas impressionantes(58). Nessa altura, ele descrevia e elogiava a arte da construção jurídica como a (forma mais elevada da jurisprudência); em especial a sua empolgante descrição do método (histórico-natural) (59) é significativo tanto da ingenuidade como da produtividade deste impressivo pensador(60). É neste sentido que sobretudo os dois primeiros volumes (e edições) do (Geist des römischen Rechts) interpretam o processo dos juristas romanos nos quais Jhering _ como todos os historiadores produtivos do direito _ sentiu algo aparentado com o próprio Espírito.”, também sobre a Jurisprudência dos Conceitos ver Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, p. 17 ss”.

²¹BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p.120-121. “O carácter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra do legislador por meio da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, em definitivo a crença no Código, uma vez emando, basta completamente a si próprio” e FINGER, Julio Cesar, Constituição e direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p. 88 “Em torno dos códigos, e não foi diferente no Brasil, floresceu a denominada ‘Escola da Exegese’, que se debatia em torno da literalidade dos textos legais, na idéia e que nestes estariam as soluções para todos os fatos que o direito se propunha a regular”.

²²TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In:

Temas de Direito Civil. p. 2.

²³TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. p. 2. “O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualistas e voluntaristas que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Aquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riqueza, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil”.

²⁴GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. p. 20: “A esse tempo não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses eram coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitassem grandes agitações sociais. A preservação e a defesa desses interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo econômico se compensava no exercício dos cargos

Com isso, a maioria da população ficou desprotegida perante uma burguesia que detinha o patrimônio e, por conseqüência, o poder, impondo ao proletariado uma opressão social natural em razão das condições sociais de então²⁶.

O Código Civil brasileiro promulgado em 1916 e vigente desde 1917, inspirado nos princípios individualistas do Código de Napoleão, já chegava atrasado para atender os avanços das relações sociais, e impotente para solucionar os conflitos advindos de uma nova sociedade, o que ocasionou o surgimento de uma série de leis extracodificadas para regular situações específicas, uma vez que a Lei Civil ainda era a viga mestra do ordenamento privado.²⁷

Nesta senda, o Código Civil era então, o instrumento do indivíduo mesquinho e egoísta, que utilizava o contrato²⁸ e a família²⁹ para robustecer seu patrimônio³⁰.

burocráticos, dos quais se assenhoreara em conseqüência da urbanização prematura de alguns pontos do país. Para a organização social do país, a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes se processou por intermédio dessa classe, que os matizou com os pigmentos de seus preconceitos. Ajustada, então, material e espiritualmente, à situação econômico-social do país, pelo apoio que recebia da burguesia rural e mercantil, transfundi na ordem jurídica a seiva de sua ilustração, organizando uma legislação inspirada no direito estrangeiro, que, embora estivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento se denotava”.

²⁵Ibid., p. 25: “Assim, o exame da atividade dos legisladores durante o período de elaboração do Código Civil revela que, a despeito de manifestações entusiásticas do movimento de renovação do Direito, iniciado no fim do século passado, a submissão aos princípios vigentes durante a fase do apogeu do liberalismo foi atitude firmemente mantida pelos codificadores. (...) Não foi, realmente, por desconhecimento das novas idéias, então já agitadas no mundo, que os legisladores do Código Civil se conservaram presos a uma orientação que estava sendo energicamente contestada. As elites culturais brasileiras sempre foram bem informadas acerca do que se passa nos países cultos, respirando, não raro, tão profundamente o ar cultural de outros povos que transplantam para o nosso solo o que mal começa a brotar em outros melhor adubados para germinação. Na justificação dos projetos que tentam introduzir a legislação social em nosso país, verifica-se que seus autores conheciam perfeitamente o direito e a doutrina dos povos mais adiantados”.

²⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. op. cit., p. 101: “Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência de constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do estado social.”

²⁷TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. op. cit., p. 5: “A legislação de emergência pretendia-se episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil. Delineia-se assim o cenário dessa primeira fase intervencionista do Estado, que tem início logo após a promulgação do Código Civil, sem que fosse alterada substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações de direito privado”.

²⁸MATTIETTO, Leonardo. **O direito civil Constitucional e a nova teoria dos contratos**. p. 174: “Nas grandes codificações do século XIX, o contrato era a própria expressão da autonomia privada, reconhecendo às partes a liberdade de estipularem o que lhes conviesse, servindo portanto como instrumento eficaz da expansão capitalista.”

²⁹FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. p. 9-10, “Na estrutura do edifício jurídico que abriga e conforma a família, três pilares tradicionalmente se propõem a sustentar, a partir

Em face de uma inoperância prática para resolver os problemas sociais que se apresentavam a todo o momento, o Código Civil via-se cada vez mais desacreditado.³¹

A partir da era Vargas, nos anos 30, com o descrédito jurídico do Código Civil de então, em decorrência da desatualização em seu contexto histórico e social, foi necessária a elaboração de legislações específicas, que regulassem matérias, previstas ou não, no Ordenamento Civil Comum, como o caso do Estatuto da Mulher Casada, o Código de Menores, a primeira Lei de Locações, entre outros.

Com um cunho evidentemente protecionista em relação à pessoa humana^{32 33}, a implementação destas leis extravagantes visava uma maior amplitude de socialização de direitos, que antes era circunscrita a um núcleo fechado de indivíduos.

de uma definição introdutória calcada na codificação civil do que seja esse Direito, a divisão programática do estudo, assim denominados: direito matrimonial, direito parental e direito assistencial. Nessa divisão, há conceitos à semelhança da família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal. Era a 'família codificada', inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo".

³⁰TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade:** o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. op. cit., p. 74: "O final do século passado assistiu à profunda modificação na ordem de valores. Os movimentos sociais e filosóficos, assim como a evolução econômica, serviram para desmistificar a crença igualitária da revolução francesa. Formou-se, pouco a pouco, uma casta de novos privilegiados, como o sistema de liberdade negocial instaurado, consolidando-se desigualdades não transponíveis espontaneamente, e que se recrudesciam pela constante afirmação da parte mais forte nas relações contratuais. O marxismo concedeu, pela primeira vez, a propriedade não mais como expansão da inteligência humana mas de forma pragmática, como mercadoria, ou elemento mobilizador de riqueza, objeto de troca e de supremacia do capital sobre o trabalho."

³¹WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia.** Tradução Waltensir Dutra, 5 edição, Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 152: " - 7. Burocracia e Direito: A interpretação 'racional' da lei, à base de conceitos rigorosamente formais, opõe-se ao tipo de adjudicação ligado primordialmente às tradições sagradas".

³²TEPEDINO, Gustavo, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, p.4: "A partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do direito privado, endossando as vestes da completude, e em relação à qual as poucas regras extracodificadas eram consideradas leis excepcionais ou de emergência - a confirmar sua ordinária exclusividade -, o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam as leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituíam-se, por isso mesmo, o direito especial".

³³ORLANDO Gomes. In: **Transformações Gerais do Direito das Obrigações.** 2 ed aumentada, RT, São Paulo, 1980, na página nº 8, assim aduz: " ... o próprio campo da responsabilidade extracontratual, progride a política de alargamento do dever de indenizar independente de culpa, modificando-se também o conceito de dano no sentido de tornar mais efetiva a reparação. O propósito moralizador define-se pela aplicação mais constante de certos princípios que o Código alemão introduzira, e conhecidos como as cláusulas gerais, dentre as quais se salientam as relativas a boa-fé, aos bons costumes, à confiança e lealdade recíprocas, aos usos do comércio jurídico, à justa causa, à desproporcionalidade, e ao aproveitamento da situação de necessidade em que outrem se encontra, ou de sua inexperiência. ¹⁵ Alarga-se, com a difusão de teorias como a do abuso de direito, da caducidade e da aparência a introdução de noções como as de equivalência e de causa do negócio, e pela valorização da pessoa, que passa a ser a preocupação principal do Código Civil, e não, como dantes, o patrimônio.

Em artigo publicado na Revista dos Tribunais, Antonio Junqueira de Azevedo, suscitava que o Direito Civil, no modo que se transformara, estava fadado ao esvaziamento e quiçá até ao desaparecimento³⁴.

O que Antonio Junqueira de Azevedo denominava como elemento de decadência, nos parece evidente demonstração de progresso e atualização. Tampouco julgamos viável que esta transformação substancial acarretaria o desaparecimento do Direito Civil, pois na verdade isso serve principalmente para reafirmá-lo em sua própria e verdadeira essência, agora com uma visão supradimensionada, vinculada ao ordenamento como um todo.

Como se verifica, o ente público começa a perder certos privilégios e prerrogativas que outrora lhe era muito particular. Assim, há uma evidente flexibilidade principiológica entre o público e o privado e vice-versa, pois o Direito Civil recebe diretrizes de interesse público e o Direito Público impõe limites e ações ao Estado - com o objetivo de implementação de direitos individuais da pessoa humana.

A partir da era Vargas, nos anos 30, implementa-se uma série de leis extravagantes que regulam as relações de cunho privado, com base em um Estado Intervencionista que busca a socialização dos direitos.

Já na Constituição Federal de 1934, a função social ganha um cunho constitucional no que se refere à propriedade privada, pois de acordo com o artigo 113, parágrafo 3º, fica determinado o exercício imanente do direito, correspondente a um não proceder contra o interesse social ou coletivo³⁵.

³⁴In: O Direito Civil Tende a Desaparecer. **Revista dos Tribunais**, 472, fev/75, à página 16 diz: "(...) A contínua decadência das concepções liberais e igualitárias, em proveito das autoritárias e hierarquizantes, dá demonstrações evidentes de sua existência em todo o vasto campo da Cultura, incluindo-se aí, o Direito. No campo do Direito Público, a sempre difícil conciliação entre a liberdade e a igualdade parece que está levando, em todo o mundo, ao desaparecimento de ambas. O princípio republicano da legalidade sucumbe diante do princípio monárquico da chefia. No Campo do Direito Privado, o fenômeno, como incoercível mancha de óleo, está penetrando profundamente; nele, o Direito Civil está a se transformar substancialmente e, a continuar assim, acabará por desaparecer."

³⁵Art.113. parágrafo 3º: "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado à indenização interior". **Apud** GIORDANI, José Acir Lessa. **Propriedade imóvel**: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 669, 1991. p. 48.

Com base na mesma diretriz constitucional de 1934, a restrição à concepção privatista do Estado Liberal foi uma conseqüência natural. Com isso, o Código Civil de 1916 perdeu consideravelmente o status de Constituição do Direito Privado, passando em alguns casos a ter aplicação de norma inferior e secundária. A partir de então surgiu um grande número de ordenamentos privados específicos e com vida própria, desatrelados do eixo-mãe que o Código Civil impunha no passado³⁶.

A proliferação de normas específicas e principalmente o advento da atual Magna Carta, totalmente voltada aos princípios da existência e da dignidade humana, fez com que o Código Civil deixasse de ser o centro de todo o ordenamento jurídico privado, a coluna mestra do Direito e com isso, a Constituição passou a ser a base dos princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira.

Desta forma, essa descodificação³⁷³⁸ - criando-se estatutos jurídicos isolados e autônomos que vão além do direito substantivo, desatrelando-se fundamentalmente da lei geral - acabam por obrigar a interpenetração dos vários ramos do direito, inclusive entre o Direito Público e o Direito Privado, fazendo surgir uma conjuntura jurídica unicizada, onde as várias partes façam parte integrante de um todo.

³⁶TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. op. cit. p.11-12: “Não há dúvida que a aludida relação estabelecida entre o Código Civil e as leis especiais, tanto na fase da excepcionalidade quanto na fase da especialização, constituía uma espécie de monossistema, onde o Código Civil era o grande centro de referência e as demais leis especiais funcionavam como satélites, ao seu redor. Com as modificações aqui relatadas, vislumbrou-se o chamado polissistema, onde gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias a prescindir do Código Civil”.

³⁷RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do Direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Coordenado por FACHIN, Luiz Edson p. 11: “(...) o Professor Natalino Irti, da Universidade de Roma, anunciou a chamada “era da descodificação”, com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos, verdadeiros microssistemas do direito privado (...)” no mesmo sentido Julio Cesar Finger. Constituição e direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Organizado por Ingo Wolfgang Sarlet. p. 93: “Além disso, uma grande parte do complexo de relações sociais (e, portanto, jurídicas) não está mais regulada pelo Código Civil, mas pelos microssistemas”.

³⁸Ibid. p 8: “(...) um direito civil repleto de leis especiais, chamadas estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. (...) Tais diplomas não se circunscrevem a tratar do direito substantivo mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro instituem tipos penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos. Fixam, assim, verdadeiro arcabouço normativo para inteiros setores retirados do Código Civil”.

2. A UNICIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A RELATIVIZAÇÃO DAS FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

A influência trazida pelo Código Napoleônico sobre a nítida separação do Direito Público do Privado, onde a propriedade era o instituto principal e central do ordenamento jurídico - o que consagrava a liberdade individual ao extremo - parece já não mais prevalecer após o advento do Estado Social³⁹.

No final do século XIX ocorre uma mudança no pensamento político-econômico na Europa, de onde fluíam as idéias para o mundo. O individualismo econômico cede lugar ao humanismo produtor. Assim, a propriedade que era absoluta começa a ceder espaço a garantias sociais comuns. Começa-se a dar ênfase ao Estado Social em detrimento do Individual, com isso o Estado começa a intervir na economia com o objetivo de atender aos interesses de uma justiça social, que adentrando na seara do privado possa regular e fiscalizar, objetivando proteger os hipossuficientes⁴⁰.

A partir daí começa a perder sentido, cada vez mais, a velha concepção dicotômica entre o Direito Público e o Privado, uma vez que ambos os conjuntos jurídicos fazem parte de um mesmo ordenamento jurídico uno e indivisível⁴¹.

³⁹TEPEDINO, Maria Celina B. M., In: **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil - 65, p. 22, fixa que embasadas neste universo jurídico, as relações entre direito público e privado até então se apresentavam bem definidas: "O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais".

⁴⁰LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. op. cit., p. 42: "O Estado Liberal assegurou os direitos do homem da primeira geração, especialmente a liberdade, a vida e a propriedade individuais. O Estado Social foi impulsionado pelos movimentos que postulam muito mais que a liberdade e a igualdade formais, passando assegurar os direitos do homem da segunda geração, ou seja, os direitos sociais".

⁴¹PASQUALINI. O público e o privado. In: SARLET, Ingo (org.) **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.36: "Destarte, o todo e a parte são indissociáveis e possuem, dentro de si, o fundamento um do outro. Em sua substância e conteúdo, cada qual pressupõe o outro numa circularidade onde tudo se torna, simultaneamente, público e privado, onde tudo, até mesmo a vida, define-se pela participação no todo, porém através da consciência de si. Em outras palavras, público e privado são, na unidade teleológica dos interesses universalizáveis, uma

Tal ruptura dogmática já se encontra ultrapassada. Este sentido absoluto já não é mais reconhecido, buscando na norma constitucional princípios superiores para a justificativa desta transformação.

Quando a Magna Carta reconhece o direito de propriedade, mas exige que seu exercício seja útil socialmente, vislumbra-se claramente esta confluência entre o Direito Privado e o Público, pois mantêm vivo um direito privado desde que exercido com dignidade social, ou seja, segundo os interesses da coletividade e assim de natureza pública.

A faculdade do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa sofre considerável relativização, contrário senso, dos termos da doutrina clássica. A propriedade passa a ter características eminentemente funcionais e sociais bem definidas, fundadas em exercício possessório material, o que exige do ordenamento jurídico uma tutela especial, haja vista a exorbitante carência de subsistência da grande maioria dos indivíduos na sociedade brasileira.

Demonstração definitiva desta confluência do Direito Público sobre o Direito Privado, em seara de titularidade patrimonial, pode ser observada quando o próprio Código Civil reconhece a possibilidade de perdimento da propriedade privada pela pulverização de várias espécies de usucapião, desapropriação, entre outras.

Esta incidência do Direito Público em relação ao Direito Privado em âmbito Constitucional, pode ser bem exemplificada, no caso da propriedade privada, quando a Magna Carta determina que esta somente estará legitimada se atendida a sua função social, uma vez que cabe ao proprietário, além do direito de defender sua propriedade, o dever, a responsabilidade, a obrigação de utilizá-la socialmente, como prevê o inciso XXIII⁴² do artigo 5º e inciso III⁴³ do artigo 170, combinado com o

mesma e única realidade, nascida dos mesmos princípios e voltada aos mesmos fins: um é a vida do outro”.

⁴²CF. art. 5º. Inc. XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

⁴³CF. 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:

III- função social da propriedade;

parágrafo 2º⁴⁴ do artigo 182 e os incisos do artigo 186⁴⁵, todos da Constituição Federal.

José Afonso da Silva, mostrando que a atual Magna Carta brasileira reconhece a propriedade privada desde que atendida a sua função social assim afirma:

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda a sua função social: é garantido o direito de propriedade (art.5.,XII), e a propriedade atenderá a sua função social (art.5.,XXIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito de propriedade aquele que atenda à sua função social⁴⁶.

A diretriz da função social que também se aplica à propriedade pública em um evidente processo de pulverização do privado sobre o público, em face da repersonalização do sujeito de direito no nosso ordenamento jurídico, fez com que culminasse em uma nova constitucionalização do direito de propriedade na atual conjuntura constitucional, decorrente de um Estado social e democrático de direito, impondo, inclusive ao próprio Estado, o dever de fazer cumprir a função social de suas propriedades, sob pena de se deslegitimar dominialmente⁴⁷, nos termos das disposições da Medida Provisória 2220/2001⁴⁸. Esta medida reconhece direito real

⁴⁴CF. art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁴⁵CF. 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.

⁴⁶SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 262.

⁴⁷SANHUDO, João Paulo Veiga. In: **A propriedade privada e as desapropriações à luz da Constituição Federal**, Revista da faculdade de Direito da PUC/RS Direito e Justiça. p. 27/34, volume 30 – ANO XXVI -2004/2..

⁴⁸MP.2220/2001.

Art. 1º. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m2 (duzentos e cinquenta metros quadrados) de imóvel público situado em área urbana, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

sobre domínio útil de área pública urbana, para fins de moradia, desde que preenchidos basicamente os mesmos requisitos da usucapião individual ou coletiva previsto nos artigos 9º e 10º do Estatuto da Cidade, e com isso regulamentando a segunda parte do parágrafo 1º⁴⁹ do artigo 183 da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, Ricardo Aronne, estabelece que o direito individual-privatista cede lugar ao humanismo coletivo, quando aduz:

O enfrentamento aporético e intersubjetivo traduz o abandono da visão sectária – na qual o sujeito prevalece sobre o coletivo, invariavelmente e o interesse privado prepondera sobre o público -, que sofre natural desgaste em face da postura do civilista constitucionalizado, solidaristicamente ciente do espaço social da norma e da relação jurídica, intersubjetivamente apreendida, com vistas à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, inalcançável na individualidade, apartada da compreensão social que a envolve e lhe dá sentido⁵⁰.

Como se verifica é obrigação do proprietário manter a sua propriedade cumprindo com a função social uma vez que esta é elemento intrínseco daquele, e isso somente se dá com um exercício possessório efetivo e substancial.

§1º. A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§2º. O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§3º. Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 2º. Nos imóveis de que trata o artigo 1º. , com mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§1º. O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§2º. Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§3º. A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados).

⁴⁹CF. art. 183 Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

⁵⁰ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. op. cit., p. 94.

Pode-se afirmar que a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo, determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede, na medida em que,

o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social que, por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários.

Com uma considerável publicização do Direito Civil reduziu-se a autonomia privada dos indivíduos, tendo estes que se submeter a princípios gerais e específicos norteadores do interesse público, para que só assim suas relações jurídicas sejam dotadas de eficácia.

Além do mais, a nova ordem social, jurídica e econômica que começava a surgir a partir da metade do século XVIII, com o chamado Estado Social, assumia sua função característica intervencionista objetivando minimizar as desigualdades sociais.

Luiz Edson Fachin, afirma que a mudança no ordenamento jurídico teve como objetivo a promoção de justiça social:

Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da 'percepção bem concreta dessa coisa que se chama solidariedade social, que nas modernas sociedades penetrou já profundamente na área de direito privado⁵¹.

Desta forma, não se trata de uma faculdade, mas sim, da necessidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado como defende doutamente Pietro Perlingieri.

⁵¹FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil**. op. cit., p.103.

A unidade do ordenamento jurídico é uma realidade insuperável que serve de amparo para o próprio sistema, não se podendo cogitar de uma análise incompleta onde se aprecie um certo segmento normativo de forma estanque, sob pena de, inclusive, não coibir satisfatoriamente as aparentes antinomias por ventura existentes em um dado caso concreto passível de interpretação.

A confluência entre o Direito Privado e o Público é salutar para o ordenamento jurídico como um todo. A dicotomia clássica, a *summa divisio*, cada vez mais perde o sentido de ser, haja vista que os tempos mudaram. Houve uma considerável evolução econômica, política e social, o que faz com que a pessoa humana seja vista como o centro de interesse da sociedade e principalmente sofra o amparo do direito.

Resultado imediato dessa releitura do sistema jurídico é a manutenção regrada de uma intervenção do Estado na ordem econômica, a fim de coibir os excessos muitas vezes praticados pelos detentores de capital e por conseqüência de poder. Não através de uma visão utópica e ultrapassada do marxismo, onde o Estado em tudo havia que intervir e gerir, tampouco no radical prisma do liberalismo do século passado, onde Adam Smith preconizava o “laissez-faire, lesse-passer”, pela qual a mão invisível do mercado numa economia aberta seria a solução exclusiva para todos os problemas⁵². Mas, sem absolutismos, num meio termo, valorizando-se sempre a pessoa humana em detrimento a qualquer outra coisa é que deve ser concebido o sistema jurídico.

Essa distinção que a doutrina conservadora fazia entre o direito público e o privado deixa de ser absoluta e passa a ser apenas quantitativa, pois tanto no Direito Público como no Direito Privado deve haver uma confluência recíproca, haja vista que nenhum dos dois ramos do direito se bastam, necessitando de uma exegese sistemática e, sendo assim, constitucional⁵³.

⁵²KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda** – tradução de Rolf Kuntz, São Paulo. Nova Cultural. 1985.

⁵³TEPEDINO, Maria Celina B. M. op. cit., que à página 26 “...Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”.

O fenômeno da aproximação dos campos público e privado é uma constante no atual mundo do direito, basta para isso observar conceitos antigos que hoje devem ser objeto de, no mínimo, uma reanálise.

Não há que se falar em hierarquia, tampouco ruptura sistemática entre o Direito Público e o Direito Privado, uma vez que basicamente ambos os ramos estão vinculados aos princípios constitucionais. Além disso, o próprio direito público vem sofrendo considerável privatização, o que é salutar na medida em que obriga o Estado a ser o primeiro a dar exemplo tanto na órbita jurídica, como social e econômica, mas sempre tendo como finalidade o bem comum e o interesse social⁵⁴. O que ocorre na verdade é uma comunhão de ambos os ramos a fim de convergirem em um ordenamento jurídico uno e coerente, tendo como base a realização social e a extensão da dignidade da pessoa humana nos campos jurídico, social e econômico, considerando a todos e não somente aos detentores de patrimônio como ocorria no passado.

Exemplo interessante no direito brasileiro, que demonstra ser a unicização do ordenamento jurídico uma constante, ocorre com fundamento nas leis n.9.637/98 e 9.790/99. Estas legislações tratam da criação e funcionamento de organismos, no caso, especificamente, Organizações Sociais (Oss) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), respectivamente.

As Oscips materializam as teses de publicização do Direito Privado e levam conceitos de Direito Público ao Campo tradicional do Direito Privado. As Oss, por outro lado, são entidades privadas, criadas por iniciativa do poder público, infundindo o fenômeno da privatização do Direito Público.

Resumidamente, as Oscips são entidades privadas que atuam em áreas típicas do setor público e o interesse social que despertam merece ser, eventualmente, financiado, para que suportem iniciativas sem retorno econômico. Já as Oss são, a princípio, entidades privadas, sem fins lucrativos criadas pelo poder público à sua feição, para gerir patrimônio que continuará público.

⁵⁴TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes. op. cit., p. 25. “... são os valores Constitucionais que irão determinar as escolhas legislativas e interpretativas no que se refere à regulamentação do caso concreto. Não há, assim, que se resguardar uma esfera da outra, proteger o direito privado das invasões da esfera pública, porque também os poderes públicos, como notório, devem respeito às opções político-normativas do legislador constitucional”.

Assim, se verifica que não há mais espaço para conceitos fechados meramente privatistas ou meramente publicistas, o que ocorre são normas de natureza especial, que tratam de um ou outro ramo de forma mais específica, sem, contudo, estancar peremptoriamente a confluência do ramo diverso.

A unidade do ordenamento jurídico está erigida em torno da Lei Maior - qualquer interpretação que fuja deste raciocínio é inválida⁵⁵ - e é a partir desta unificação do sistema jurídico que o intérprete será capaz de concretizar as diretrizes traçadas pelos valores e princípios fundamentais da Constituição da República, sob pena de uma exegese relativa e sectária⁵⁶

⁵⁵BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 49: “A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui um unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica”.

⁵⁶FREITAS, Juarez. In: **A interpretação sistemática do direito**. Malheiros, 1995, páginas 54, 81, 169 e 172, assim aduz: “2.5 Reconceituando a interpretação sistemática do Direito : Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre vários possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos. (...) Neste prisma, ainda que sem nenhuma adesão ao formalismo abstrato e vazio, é de ser enunciado o conceito do princípio da hierarquização axiológica em tais termos: é o metacrítério que ordena, diante inclusive de antinomias no plano dos critérios, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que impeça a autocontradição do sistema conforme a Constituição e que resguarde a unidade sintética dos seus múltiplos comandos. (...) Deste modo, convém fixar: Interpretar uma norma é aplicar o sistema inteiro de princípios e qualquer exegese comete direta ou indiretamente uma aplicação da totalidade do Direito. Necessariamente, a interpretação sistemática pressupõe uma reelaboração da suposta vontade original do legislador, tendo em vista a contemporânea ordem de valores. (...) (e) o princípio da hierarquização axiológica é o responsável pela unificação do Direito como um todo: o Direito é um só, embora possa ser examinado com base em diversos agrupamentos parciais de princípios, normas e valores, sendo que a unidade maior do sistema reside nos princípios hierarquizados como fundamentais.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS DA FUSÃO PARADIGMÁTICA E O FENÔMENO DA REPERSONALIZAÇÃO

Em decorrência de uma crise material dos parâmetros traçados pelo Liberalismo, onde uma série de movimentos sociais se impunha em relação a um Estado incapaz, é que se inicia uma caminhada em busca do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

A euforia do liberalismo clássico que prometia o desenvolvimento da sociedade através da liberdade do indivíduo - o que, em regra, na verdade, acabou por discriminar ainda mais o ser humano, uma vez que coloca em posição de igualdade, na luta por melhores condições de vida, pessoas totalmente desiguais, favorecendo obviamente os mais preparados em razão da sua condição sócio-econômica privilegiada - cede lugar a um realismo social cético que se mostra bem diferente do que fora prometido.

É após a Segunda Grande Guerra Mundial - nesse período macabro da história universal em face das barbáries ali cometidas contra o ser humano - que a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948⁵⁷, aprovou a Declaração Universal

⁵⁷Em nota de rodapé da mesma folha, reconhece como previsões constitucionais anteriores a Declaração de 1948, "A constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) já havia previsto em seu texto o princípio da dignidade humana, estabelecendo, em seu art. 151, inc.I, que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência digna. Assim também - dentre os exemplos mais referidos - a Constituição Portuguesa de 1933 (art.6, n 3) e a Constituição da Irlanda de 1937 (Preâmbulo) consignavam expressa referência à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947 mesmo antes da Declaração da ONU e ainda que de uma forma indireta, em seu artigo 3, ao tratar dos princípios fundamentais, assim asseverou: "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei", assim resguardando a dignidade da pessoa perante a sociedade e o ordenamento jurídico.

Posteriormente a Lei Fundamental Alemã de 23 de maio de 1949, a qual é considerada pioneira em reconhecer a dignidade humana como princípio maior do ordenamento jurídico, em seu artigo 1, 1, assim fixou: "A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la".

Em 1976, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 1, como base de direito fundamental de uma república democrática, prevê: "Portugal é uma República soberana, baseada entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Nesta mesma linha a Constituição Espanhola de (...) em seu preâmbulo e artigo 10, inc. I, assim está: A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social".

da ONU que em seu artigo 1º determina: “... *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

Atentos à realidade social e a nova orientação humanista é que alguns Estados, em busca de uma democracia social, e aí, inclua-se o Brasil, editaram Constituições, que erigiam em seus textos magnos, o princípio da dignidade humana como fundamento básico e primordial.

Como objetivo de realização da justiça de forma imediata situa-se, num primeiro momento, o direito à vida e à liberdade como fundamentos do princípio da dignidade humana, que na maioria das vezes não é respeitada, inclusive por quem tem obrigação precípua de fazê-lo, (o próprio Estado), mas nem por isso perde sua real relevância.

O ser humano deve ser entendido como objetivo central do direito e este o meio pelo qual o Estado cumpre sua inexorável função de realizar o bem comum⁵⁸. A pessoa humana jamais deveria ser despida desta qualidade intrínseca que infunde respeito ao seu próprio ser. Mesmo a própria vida pode perder importância excepcionalmente quando a dignidade humana não é respeitada, até porque a vida é um dos fundamentos básicos para o reconhecimento desta dignidade.

Não se pode confundir a liberdade do indivíduo patrimonialista com o resguardo à dignidade de qualquer pessoa humana sujeita de direitos. A primeira, na verdade, fundada em princípios liberais, só protege o proprietário e o seu patrimônio, já a segunda visa amparar qualquer pessoa humana indiscriminadamente como sujeito de uma tutela de direito natural à sua essência⁵⁹.

⁵⁸COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. na pág. 21: “a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”.

⁵⁹SICHES, Luis Recaséns. In: **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. “Ahora bien, los hombres, los cuales tienen desde luego interés en contar con un orden social, que ofrezca el mínimo indispensable de certeza y de seguridad, no son indiferentes en cuanto al contenido de lo que deba ser certificado y asegurado. Por el contrario, su máximo interés radica en que lo que se certifique y asegure sea precisamente la realización de los principios de justicia y de bienestar social, sea ante todo y por encima de todo el respeto a la dignidad y a la libertad del individuo, y sea también el establecimiento de las articulaciones para la cooperación colectiva necesaria, y sea asimismo el cumplimiento de lo que la justicia social exige. Certeza y seguridad en la injusticia, en el mal, en la

Nessa medida a “repersonalização” também chamada, às vezes, de “despersonalização” do Direito Civil, supera o denominado indivíduo-centrismo do Século XVII, posto que deixa de acatar o interesse econômico em prol da dignidade da pessoa humana⁶⁰.

A dignidade humana é mais do que um simples princípio de direito, é o princípio dos princípios em sede jurídico-material⁶¹, como fixa a Lei Fundamental Alemã⁶² e não se diga que este princípio foi colocado ali por acaso, pois foi na Alemanha nazista que se cometeram as maiores atrocidades contra a pessoa humana⁶³. Mas, ainda hoje, não estamos livres dos horrores que rondam e se consomem em violação à dignidade humana, inclusive em sociedades ditas organizadas como a nossa⁶⁴.

insolidaridad, en la servidumbre, vendían a hacer esas calamidades más dolorosas de lo que serían si se presentasen solamente como irrucciones casuales”.

⁶⁰RAIZER, Ludwig. Apud, ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. **Incidência da Constituição no Direito Privado**. op. cit., p. 52 “Entre os dois ramos clássicos do direito e mormente entre a Constituição e as leis de cunho privado passou a existir um núcleo central. Onde os princípios jurídicos clássicos do direito privado não forem suficientes para produzir a nova ordem social e econômica desejada, o direito público deve intervir, tanto para completar e embasar, quanto para delimitar e corrigir” a autora na mesma página ainda acrescenta que “a incidência dos valores constitucionais no tecido normativo civilista opera uma espécie de ‘despatrimonialização’ do direito privado, em face da importância atribuída pela Constituição à pessoa humana”.

⁶¹Convém ressaltar a distinção em sede de interpretação sistemática do direito, onde o princípio dos princípios é o da hierarquização axiológica, uma vez que é o único capaz de dar integração e unidade harmoniosa ao sistema, conforme: FREITAS, Juarez, In: **A interpretação Sistemática do Direito**. Malheiros, 1995, p. 112 e 114.

⁶²SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direitos Fundamental**. 7 ed. na página 83 observa: “O representante mais ilustre da corrente que sustenta a existência de um autêntico sistema dos direitos fundamentais no direito alemão foi G. Dürig, para quem a Lei Fundamental consagrou um sistema de direitos fundamentais isento de lacunas, baseado no princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, inc. I, da LF).171”.

⁶³SANTIS GARCIA, Dinio de. In: **A Dignidade do Direito**. p. 293, fixa: “Não é por outro motivo que a jurisprudência da nação mais atingida por tais desatinos vem reconhecendo francamente a existência de princípios superiores, emanados de um direito natural, como limites que não podem ser transpostos pelo legislador, constituinte ou ordinário.” 5. Ernst Von Hippel, “Mechanisches und moralisches Rechtsdenken”, Meisenheim am Glan, Verlag Anton Hain K. G., 1959, págs. 224-237.

⁶⁴SARLET, Ingo Wolfgang, In: **A Constituição Concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. (Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais), p. 150/151, assim fixa: “Ainda que se possa questionar – como o fizemos em outra oportunidade¹¹³ – que todos os direitos fundamentais da nossa Constituição encontrem seu fundamento diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana, verificar-se-á, por outro lado, que na maioria destes casos (que não são muitos) nos deparamos com normas que expressamente vinculam sujeitos particulares, o que se aplica a todos os direitos sociais dos trabalhadores (arts.7 e ss.) da nossa Lei Fundamental. O princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional. A este argumento, soma-se a circunstância – que nos parece elementar – de que existe um dever geral de respeito¹¹⁴ por parte de todos (Estado e particulares) em relação aos direitos fundamentais, isto em se levando em conta o velho adágio – expressamente consagrado já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de que os direitos

Desta forma, a Carta Magna Brasileira no inciso III de seu artigo primeiro⁶⁵, elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento primordial de um Estado Democrático de Direito. Além de enumerar no artigo terceiro os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, reafirma em seu conteúdo a preocupação precípua com a dignidade da pessoa humana. Ainda o referido texto constitucional, ao dispor sobre os princípios gerais da atividade econômica, preceitua em seu artigo 170 que “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 social⁶⁶”.

Muito embora o sistema jurídico pátrio se preocupe em reconhecer o princípio da dignidade humana como seu fundamento basilar, o conceito de tal princípio se torna inviável em face da sua concepção eminentemente aberta, é o que nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁷. No entanto, é o próprio autor que nos dá

de uns encontram seu limite nos direitos dos outros,¹¹⁵ consignando-se, todavia, que este dever de respeito dos particulares, embora seja com o dever de proteção imposto aos órgãos estatais”.

⁶⁵CF. Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana;

⁶⁶SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 111: “No que concerne à construção dos elementos de identificação de um conceito material de direitos fundamentais, é na doutrina constitucional lusitana que podemos encontrar uma das formulações mais interessantes e próximas de nós, de modo especial em face da similitude de ambas as ordens constitucionais e da notória influência do direito constitucional português sobre o nosso, o que por si só já justifica a nossa escolha. Cuida-se da proposta formulada pelo Professor Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra, que, entre outros aspectos a serem analisados, identifica os direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana,^{248*} que, segundo sustenta, é concretizado pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais.^{249*} Posição semelhante foi, recentemente, adotada na doutrina pátria, sugerindo que o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo art. 1º, inc. III, da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, ^{250*} que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, relevando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental.^{251*} Cuida-se de posições exemplificativamente referidas e que expressam o pensamento de boa parte da melhor doutrina, de modo especial no que tange à íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais”.

⁶⁷SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 117: “Inobstante as considerações até agora tecidas já tenham lançado um pouco de luz sobre o significado e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos.^{270*} Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida.^{271*} Além disso, a doutrina e a jurisprudência cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer os contornos básicos do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar em uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita.^{272*} Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades

contornos para uma melhor compreensão, aplicação e conformação do referido princípio, pois explica:

(...) a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade⁶⁸.

O mesmo autor, agora falando da dignidade humana vinculada ao princípio da liberdade, assim afirma:

(...) a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana⁶⁹.

Do mesmo modo, clarificando o sentido da dignidade da pessoa humana aduz:

(...) importa considerar que apenas a dignidade de determinada ou de determinadas pessoas é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa humana em abstrato. Vinculada a esta idéia, que já transparecia no pensamento Kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade).

democráticas. 273* Há que reconhecer, portanto, que também o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais 274**.

⁶⁸SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 118.

⁶⁹SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 50.

O respeito à dignidade humana é algo que decorre da sua própria essência. A necessidade de sua preservação em uma sociedade civilizada é o mínimo que se pode esperar, inclusive em situações corriqueiras do dia a dia^{70 71 72}.

A consagração do Princípio da Dignidade Humana como Direito Constitucional, se dá dentro de um complexo de direitos fundamentais, vivenciado ao

⁷⁰MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. In: *Violência e Dignidade da Pessoa Humana*, não parece discrepar do que foi anteriormente relatado, pois aduz: O relevante é que todos temos uma característica comum, superior aos demais seres. A diferenciação de uma pessoa para outra não as divide ou as separa de modo absoluto, mas ao contrário, as iguala, porque exatamente esta dignidade confere ao ser humano, por ser ímpar, por ser único, a diferença de um para outro. Não somos criaturas fabricadas em série, numeradas como fotogramas de um filme, antes somos únicas, indivisíveis, somos indivíduos, e como tal temos uma personalidade, uma racionalidade. E é isso que em conjunto conforma toda a dignidade da pessoa humana.

Portanto, as excessivas desigualdades que se atribuem às pessoas, que se estabelecem por uma série de causas, desigualdades econômicas, sociais, entre os homens ou mesmo entre os povos, constituem obstáculos para que se realize a justiça social, para que se alcance a igualdade, para que se atribua a cada indivíduo a sua dignidade pessoal, humana e mesmo entre as nações, dificulta a paz social e internacional. Isso é afirmação até de documentos

pontifícios. Se consultarmos os documentos do Encontro de Bispos em Puebla - e agora os de São Domingos - todo homem e toda mulher, por mais insignificantes que sejam, têm uma nobreza inviolável, que eles próprios e os demais devem respeitar e fazer respeitar incondicionalmente. Toda vida humana merece, por si mesma, em qualquer circunstância, a sua dignificação. Por isso que toda convivência humana deve se fundar no bem comum, que consiste na realização fraterna da dignidade do homem. Isso exige não instrumentalizar uns em favor dos outros, e que todos estejam dispostos a sacrificar até mesmo seus bens particulares em benefício de outros.

Pois bem, já referimos que a violência, em relação à pessoa humana, é uma opressão contra a natureza racional e livre do homem, que é um ser com sentido teleológico, com sentido final para a vida humana. Não como fim do homem em si mesmo, mas num sentido finalístico integral: o homem não só isolado como criatura humana, mas em relação com outros homens, em relação ao mundo, ao universo e, sobretudo, em relação a um ente superior, fora da realidade humana e que vincula todos os homens entre si, através da mesma ordem de obrigações morais. Então, essa opressão da violência contra o homem, nós começaríamos por analisá-la especialmente em relação ao homem em si mesmo”.

⁷¹GOMES, Joaquim B. Barbosa. In: **O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência Francesa**, comentando o caso do (lancer de nain) “arremesso do Anão” que consistia em transformar um anão em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão, o que fez o prefeito da Cidade de Morsang-sur-Orge interditar o espetáculo, fazendo valer a sua condição de guardião da ordem pública, relata que: (...) Com efeito, até o advento da decisão aqui comentada, o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como o previsto na Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, só era invocado no campo do direito penal e da bioética. De fato, é com base neste princípio que a Corte e a Comissão Européia de Direitos Humanos têm proferido condenações, em razão da existência, nos ordenamentos jurídicos de alguns Estados, inclusive da França, de penas degradantes e/ou excessivas, bem como pela subsistência de condições prisionais tidas como subumanas”.

⁷²No dizer do Padre Michel Riquet, In: **Os Cristãos e o Dinheiro**, p. 91: “a dignidade da criatura humana reside nas faculdades de pensar e agir livremente, de conhecer e amar. Trata-se, portanto, de preservar, no seio das comunidades às quais é ligado (o trabalhador) por uma estreita solidariedade, uma cota máxima de vida pessoal, através da livre manifestação de suas decisões e do livre florescimento de sua espiritualidade”. O obreiro, dessa forma, não pode ser considerado como uma mercadoria qualquer, nem tratado como se fosse um instrumento ou máquina. Na época atual, todavia, devido ao predomínio das considerações econômicas, os trabalhadores estão voltando a ser vistos como recursos humanos, ou, mais apropriadamente, como capital humano, assim como no século passado, até o Tratado de Versalhes, quando eram tidos como uma mercadoria”.

longo da história da humanidade, a partir de uma série de dimensões e gerações⁷³ desses direitos fundamentais, que estão em constante modificação e, com isso, apresentam um rol de conteúdo variável.

Essa teorização dimensional dos direitos fundamentais, não representa somente um caráter meramente cumulativo e complementar do processo evolutivo desses direitos. Significa o reconhecimento de sua unidade e a sua indivisibilidade no contexto Constitucional - seja ele interno ou externo - mormente em relação aos Direitos Humanos de natureza Internacional⁷⁴.

Os direitos fundamentais de primeira geração são fundados especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e possuem cunho eminentemente liberal-burguês objetivando uma limitação da atuação do Estado, ou seja, a não intervenção estatal, por isso são denominados negativos, já que visam impedir e não de agir. São tidos como tais: o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, além daqueles decorrentes das denominadas liberdades de expressão coletiva, tais como: expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, entre outras, e, ainda, os direitos de participação política, tais como: o direito de votar e ser votado. Também dentro desta primeira dimensão o direito a tratamento igualitário pela lei e algumas garantias processuais, como: devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição, entre outros. No dizer de Paulo Bonavides, cuida-se dos chamados direitos civis e políticos⁷⁵.

As reivindicações por uma maior integração de cunho social, econômico e cultural são as bases dos direitos fundamentais de segunda dimensão, objetivando que o Estado propicie bem-estar social. Não se trata mais de evitar a intervenção do Estado, mas sim que ele propicie a dita participação neste contexto, em regra, das ditas classes menos favorecidas, especialmente, a operária. Caracterizam-se como prestações sociais estatais: assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros, além das ditas liberdades sociais, tipo: liberdade de sindicalização, direito de greve, bem como os direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como: férias,

⁷³SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, na p. 54 e 55, explica que existe na doutrina discussão quanto a melhor terminologia, se gerações, dimensões e ainda naipes ou famílias, informa o autor que a discussão não se restringe a nomenclatura mas também a quantidade, já em relação ao conteúdo fundamentalmente não haveria discrepância.

⁷⁴SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 54 e 55.

⁷⁵SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 56.

repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, etc., passando de liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas. Os direitos sociais de segunda geração, assim como os de primeira, se restringem à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão⁷⁶.

A terceira dimensão de direitos fundamentais se dá na órbita do direito de fraternidade ou de solidariedade, com a especial característica de, em princípio, desprezar a figura individual do homem como seu titular, destinando-se assim, à proteção de grupos humanos como: família, povo, nação e, por conseqüência, como direitos decorrentes de interesses coletivos ou difusos. São exemplos: o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação⁷⁷.

Assim, a titularidade dos direitos de terceira dimensão se dá no campo coletivo, muitas vezes indefinida e indeterminável. Como abrange direitos ao próprio Estado e à Nação, sua implicação é de cunho universal ou pelo menos transindividual, por exigir esforços de escala mundial, o que torna sua posituação neste quadrante (internacional) em sede de consagração⁷⁸.

Ainda haveria os denominados de poluição das liberdades, decorrentes da vulneração dos direitos e liberdades fundamentais em razão da utilização de novas tecnologias, como: o direito de informática, mediante banco de dados pessoais, meios de comunicação etc., que - por sua vinculação com o direito de liberdade (expressão e comunicação) e as garantias da intimidade e privacidade - gera dúvidas em relação ao seu enquadramento⁷⁹.

Parte da doutrina ainda faz referência às garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, como

⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 56/58.

⁷⁷SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 56/58.

⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 56/58.

⁷⁹SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 56/58.

sendo de terceira dimensão, enquanto outros entendem que estes direitos são de uma quarta dimensão⁸⁰.

No entanto, se observa que grande parte destes direitos fundamentais corresponde a novas facetas decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, intimamente vinculados à idéia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra interferências de terceiros, inclusive do próprio Estado e assim, de caráter preponderantemente defensivo⁸¹.

Ainda haveria, segundo alguns autores, no Brasil Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de quarta dimensão que seria decorrente da globalização dos direitos fundamentais, com base na institucionalização do Estado Social, que são: direito à democracia direta (participativa), de informação e ao pluralismo. São exemplos: participação direta nos processos decisórios no âmbito dos conselhos tutelares e a participação nos orçamentos participativos. Tudo com o objetivo de um porvir melhor para a humanidade, ainda que profética, porém não utópica, na busca de uma efetiva globalização política⁸².

Conclusivamente, com referência às dimensões dos direitos fundamentais, observa-se que os mesmos são fruto de postulados específicos decorrentes de violações à integridade fundamental da pessoa humana e assim, como categoria aberta e mutável, sofre ao longo do tempo, ajustes concernentemente a sua conformação material. Mas o mais importante e elementar neste contexto dimensional é que o Princípio da Dignidade Humana e aqui tratando diretamente dos direitos vinculados à pessoa (vida e liberdade), é o mais fundamental de todos os direitos a ser respeitado em seus mais variados desdobramentos.

A inserção do Princípio da Dignidade Humana, na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, contamina consideravelmente todo o sistema jurídico brasileiro, passando do reconhecimento da pessoa em si mesma em razão de seus atributos naturais, até o direito a exigência de um mínimo existencial.

⁸⁰SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 58/60.

⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 58/60.

⁸²SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 60/61.

Nessa linha Juarez Freitas afirma:

(...) todo o aplicador precisa assumir, especialmente ao lidar com direitos fundamentais, que as garantias devem servir como um enérgico anteparo contra o arbítrio (seja do administrador, seja do legislador), motivo pelo qual deve ser evitado qualquer resultado interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a eficácia máxima dos direitos fundamentais. Neste contexto, **urge que a exegese promova e concretize, com especialíssima ênfase, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana**, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor de compreensão superior de todos os ramos do Direito“. (negrito do original).

Desta forma, sendo norte interpretativo de todo o sistema jurídico, seja de âmbito constitucional ou infraconstitucional, cabe ao Estado a concretização de tal fundamento através de todos os meios possíveis e capazes, seja por meio de ações ou abstenções que possam infundir ou afetar a dignidade da pessoa humana.

Como cláusula aberta de natureza material à dignidade humana, mesmo que se reconheça não se tratar de um princípio absoluto⁸³, é, no entanto, inalienável, irrenunciável e intangível como valor unificador do sistema de direitos fundamentais, tendo no rol de garantias do artigo 5º da Constituição Federal especificações deste princípio⁸⁴, devendo ser interpretado em sintonia com o disposto na regra contida no artigo 5º, § 2º da Carta Magna Brasileira.

Vale aqui as conclusões de Ricardo Aronne⁸⁵:

⁸³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, p. 121 e 122. “...percebe-se, desde logo, que o problema já se coloca quando se toma a sério a referida dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana. Sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora não se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção do poder público e da sociedade), poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nesses casos – o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização), que necessariamente implica a hierarquização (como sustenta Juarez Freitas) ou a ponderação (conforme prefere Alexy) dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares”.

⁸⁴SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 98.

⁸⁵ARONNE, Ricardo. In: **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**. Estudos Preliminares, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

Os direitos fundamentais, ante sua aspiração principiológica, constituem-se mutuamente, sem se eliminar, com vistas à concretização da dignidade da pessoa humana: desiderato esse próprio da noção contemporânea de Estado e sua respectiva legitimidade, independente do caráter público ou privado das relações em análise.

A dignidade humana, como fundamento essencial para a repersonalização, determina um culto à pessoa, independente de suas qualificações formais e faz com que a sua valorização se irradie para todo o sistema jurídico⁸⁶, devendo o intérprete observar a superação da velha dicotomia entre o ter e o ser⁸⁷. Sendo o primeiro, a base de um Estado Liberal e o segundo o fundamento supremo do Estado Social^{88 89}, a fim de concretizar o mandamento explícito da Carta Maior.

⁸⁶GOMES, Orlando. In: **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. Editora Revista dos Tribunais, 1980, na página 8, já vislumbrava essa REPERSONALIZAÇÃO, pois: “Alarga-se, com difusão de teorias como a do abuso de direito, da caducidade e da aparência a introdução de noções como as de equivalência e de causa do negócio, e pela valorização da pessoa, que passa a ser a preocupação principal do Código Civil, e não, como dantes, o patrimônio.

⁸⁷PERLINGIERI, Pietro. eminente mestre italiano contemporâneo, In: **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**, Tradução de Maria Cristina de Cicco, Renovar, assim firma: A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao ar livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação - tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento - pela qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém inclinados a adequar-se aos novos “valores”, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”.

⁸⁸HERDEGN, Mathias. In: **Estado de Direito e Direito Constitucional: Uma perspectiva alemã**, Papers n 3, 1993, Centro de Estudos da Fundação Konrad Adenauer:

“O conceito de Estado de Direito comprovou seu magnetismo na argumentação do direito comparado também em outras línguas. Contudo, não há hoje nenhum novo anglicismo que tenha suplantado o conceito já um pouco envelhecido de ‘rule of law’. Mas no francês, o termo ‘Etat de droit’ é corrente mesmo na linguagem cotidiana. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a Constituição Alemã, declara-se pelo Estado de direito, acrescentando um componente de estado social, portanto, pelo Estado social de direito (Art.23, par.1) como norma fundamental do Estado. Essa fórmula foi assumida de maneira literal na nova Constituição colombiana de julho de 1991: Segundo o art. 1º dessa Constituição, a Colômbia constitui-se como um ‘Estado social de derecho’. O princípio do Estado de direito não vive de proclamações abstratas no texto constitucional, mas de suas manifestações concretas nas normas de organização do Estado e no âmbito dos direitos fundamentais. ...A parte essencial do Estado de direito material se formula a partir da garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, à qual todos os ramos do poder do Estado estão vinculados enquanto direito de vigência imediata (Art. 1, par. 3 da Constituição alemã). Essa vinculação especial do poder público a direitos subjetivos em nível constitucional diferencia o princípio do estado de direito material do conceito clássico de ‘rule of law’, que justamente enfatiza a sujeição por princípio do poder público ao direito vigente para todos. A validade dos direitos fundamentais frente ao legislador parlamentar protege a esfera de liberdade do indivíduo de ficar totalmente entregue à decisão da maioria.

O princípio fundamental da dignidade deve ser visto como a raiz antropológica constitucional estruturante do Estado social de direito que a Magna Carta brasileira promete como objetivo a ser viabilizado.⁹⁰

Como se vê, o Princípio da Dignidade Humana faz surgir uma nova pessoa⁹¹, diferente daquela abstratamente concebida pela ideologia liberal, uma

A diretriz suprema para as normas de proteção do indivíduo no estado de direito é o respeito à dignidade humana (art.1, par.1 da Constituição Alemã). Esse princípio fundamental é também contemplado pela nova Constituição Colombiana, que coloca em seu artigo primeiro o respeito pela dignidade humana como primeiro fundamento do Estado ("Colombia es un estado social de derecho, organizado em forma de República (...) fundada en el respecto de la dignidad humana..."). Esse direito ao respeito resulta inevitavelmente da qualidade de pessoa comum a todos os homens, sem cogitar suas capacidades, defeitos particulares ou convicções pessoais. Assim, a dignidade humana é ao mesmo tempo fundamento do preceito geral de igualdade, que rejeita qualquer tratamento desigual arbitrário (Art.3, par. 1 da Constituição alemã). O direito elementar de cada ser humano ao respeito como pessoa refere-se ao indivíduo tal como ele é. O Estado não é uma instituição voltada ao aperfeiçoamento moral e ideológico, que queria conduzir os homens a um grau mais elevado em suas existências. O Estado limita-se a criar as condições básicas de liberdade para um desenvolvimento auto-responsável da personalidade, no qual o indivíduo pode alcançar a felicidade ou a infelicidade pessoal segundo sua própria escala de valores. Nesse sentido, a concepção de homem no Estado de direito pode ser caracterizada como fragmentária, como uma concepção de homem, cuja conformação fenotípica é entregue a cada indivíduo".

⁸⁹TEPEDINO. Maria Celina B. M. p. 28, assim fixa: "(...) Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana, privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais. (...) A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada. Reformulando, pois, a antiga concepção, pode-se afirmar que a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo, determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede, na medida em que, "o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários".

⁹⁰SANTOS, Fernando Ferreira dos. In: **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, assim firma: "A pessoa é nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que dimensiona e humaniza (41). É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito, o que, como vimos não implica num conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o "homo clausus", ou o "antropologicum fixo". Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma 'integração pragmática'(42).

Saliente-se, ainda, que, pelo caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, defendido por W. Maihofer, citado por Pérez Luño (43), na elaboração de seu significado parte-se da situação básica (Grundsituation) do homem em sua relação com os demais, isto é, da situação do ser com os outros (Mitsein), em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual (selbstein). O que, ressaltamos nós, tem particular importância na fixação, em caso de colisão entre direitos fundamentais de dois indivíduos, do minimum invulnerável, além de, como destacou Pérez Luño, contribuir no estabelecimento dos limites e alcance dos direitos fundamentais".

⁹¹FACHINNI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do **Direito Privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (organizador) **Constitucionalização, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. (revisada e ampliada) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25. "(...) abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade social: relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana".

pessoa humana que vive, tem desejos, aspirações e direitos a serem conquistados⁹². Esta nova concepção é algo imanente a qualquer pessoa e assegurado como direito fundamental; qualquer ato atentatório a sua dignidade desprestigia o próprio direito em sua essência e acaba por atingir inclusive a nomenclatura de Estado democrático e social de direito.

Ricardo Aronne, em relação à questão da realocação do foco do sistema⁹³, observa:

Os pilares do Direito positivado no seio do Estado Liberal (contrato e propriedade) passam a ser desfocados para a pessoa humana, em todo o seu contexto social, havendo uma repersonalização' ou 'transpersonalização' do Direito⁹⁴.

Assim, a pessoa humana passa a ser o centro de referência do sistema e não mais a patrimonialidade⁹⁵. Essa transposição de um contexto coisificado para um humanizado é crucial como prioridade de um novo Estado (social), onde a integração do ser humano como sujeito de direitos, mormente os existenciais, tem como fim precípua o reconhecimento da sua dignidade. É a isso que se chama de repersonalização.

⁹²MEIRELES, Jussara, op. cit., p. 91: "Não é difícil concluir, portanto, que a pessoa que o Código Civil descreve não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias. É que os valores pessoais, os desejos, a intenção de ter reconhecida a sua dignidade não encontram correspondência na abstração de uma figura que o sistema pretende como pessoa, como sujeito de direito. Esse sujeito que a lei civil define como tal é o homem, mas esse homem definido como sujeito de direito muitas vezes passa pelo mundo sem ter tido o mínimo de condições necessárias à sua sobrevivência".

⁹³TEPEDINO, Gustavo. In: **Temas de Direito Civil** – Apresentação. "Com a constituição de 1988, síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade brasileira contemporânea, consagra-se uma nova tábua axiológica, alterando o fundamento de validade de institutos tradicionais do direito civil. A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornaram-se fundamento da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana em um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento. A partir de então, todas as relações de direito civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, funcionalizadas aos valores definidos pelo texto maior".

⁹⁴ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio** – Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais. op. cit., p. 40.

⁹⁵ARRONE, Ricardo. op. cit., p.41: "O direito individual não pode ser exercido ou mesmo concebido em prejuízo da coletividade. O pluralismo suplanta o individualismo, axiologicamente considerado".

4. A EXEGESE DA NORMA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL E SUA SUPREMACIA FRENTE AS DEMAIS REGRAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Observa-se que o entrave fundamental para a repersonalização da posse como segmento integrante do Direito Civil é o apego ao dogmatismo jurídico, proveniente de um perigoso fator de simplificação e alienação do intérprete⁹⁶.

Esse positivismo jurídico decorre de uma concepção jusfilosófica que nasce com o Estado liberal, tendo como objetivo básico o ideal burguês de segurança em confronto com a pluralidade de idéias e valores que surgem a partir do fim do século XIX, criando-se um arcabouço legal apto a impedir o arbítrio dos intérpretes da época e a irracionalidade do poder do Estado⁹⁷.

Para ultrapassar este dogmatismo purista é necessário uma ruptura com esse paradigma a partir de novas trilhas deixadas por uma nova hermenêutica jusfilosófica fundada em valores fundamentais que prestigiem a dignidade da pessoa humana e dentro de um contexto social que se reconheça desde já aberto, variável e mutante-progressivo. Isto, segundo Alexandre Pasqualini, em uma metáfora geométrica, que se desencadeia num perfil espiralado e tendo na sua elasticidade o fundamento da sua resistência⁹⁸.

⁹⁶AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e Hermenêutica material no direito**, p. 37.

⁹⁷BARZZOTO, Luis Fernando. **O positivismo Jurídico Contemporâneo**: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart., p. 19: "...segurança depende assim, da objetividade e da previsibilidade na identificação do direito, autônomo em relação à moral (valores) e em relação à política (poder)".

⁹⁸PASQUALINI, Alexandre. In: **Hermenêutica e Sistema Jurídico** – Uma introdução à interpretação sistemática do direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 52: "Além disso, não se há de perder de vista que o círculo hermenêutico não é, de mais a mais, um círculo 'da capo', já que o trabalho da exegese nunca volta ou recomeça do seu ponto de partida original e anterior. Não há um eterno retorno ou reenvio ao plano primitivo. A interminável roda das interpretações gira sobre o eixo da unidade sistemático-axiológica, içando o ordenamento, a cada exegese, a um patamar mais alto e abrangente. O círculo jamais se fecha. É uma espécie de redemoinho que está eternamente subindo e alargando a harmônica triformidade entre o sistema, a comunidade dos juristas e o horizonte da tradição. Em uma metáfora geométrica, a lógica jurídica ostenta, com nitidez, um perfil espiralado. Como a trama que escapa do tear determinístico, o Direito, impulsionado pelo intérprete, amplia-se desde os seus fundamentos axiológicos, fazendo da elasticidade a sua maior resistência".

O direito não pode se projetar como ciência autônoma e livre das intervenções sociais e políticas, ultrapassando assim a idéia de única condição de legitimação do saber e única via para se atingir a verdade⁹⁹.

Ernilo Stein, analisando a epistemologia moderna, observa que as ciências do espírito devem assumir a sua inexatidão e não considera isso uma deficiência, mas sim, o reconhecimento de sua vantagem como tal, posto que assim se daria o verdadeiro rigor das ciências do espírito como o é a do direito¹⁰⁰.

O intérprete, ao pré-conceber a ciência do direito, deve assumir as suas limitações metodológicas, uma vez que as estruturas normativas apenas se completaram no momento de sua concretização dentro do sistema e sempre tomando como diretriz básica a Constituição como lei primeira a ser seguida, e, como tal, superior hierarquicamente às demais¹⁰¹.

Outro aspecto importantíssimo é o fato da utilização da norma constitucional não mais com um aspecto meramente negativo, ou seja, dirigido como parâmetro limitador ao legislador ordinário, mas muito pelo contrário, em razão do caráter inovador que a norma superior tem de positivação, ou seja, proativo (valores princípios e regras a serem ¹⁰²cumpridos).

O exegeta deve sempre interpretar baseado na necessidade de concretizar os ditames do sistema e assim encontrar na norma supra constitucional a fundamentação de sua decisão e jamais o contrário¹⁰³.

⁹⁹GAUER, Ruth. **Conhecimento e aceleração** (mito, verdade e tempo) A qualidade do tempo: para além das aparências históricas, p.1. “Na modernidade, a vinculação do conhecimento ao modelo galilaico-newtoniano e a consideração da ciência como campo privilegiado para a revelação da verdade fundam a matriz de conhecimento mais relevante da tradição ocidental moderna.

¹⁰⁰STEIN, Ernilo. **Epistemologia e crítica**. p. 102 : “Isto não é uma deficiência, mas uma vantagem. Com isto, a realização do rigor das ciências do espírito permanece, do ponto de vista do rendimento, sempre muito mais difícil do que a efetivação da exatidão das ciências exatas”.

¹⁰¹TEPEDINO, Maria Celina B. P. à fl. 27 de obra já mencionada neste assim se porta sobre o assunto: “As normas constitucionais, com efeito, são dotadas de supremacia (decorre da rigidez constitucional), elegem-se como as principais normas do sistema, não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípua seu papel na teoria das fontes do direito civil”.

¹⁰²MORIN, Edgar. **A Cabeça bem feita** – repensar a reforma reformar o pensamento. Tradução Elóia Jacobina – Bertrand Brasil – Rio de Janeiro 2000. p. 24: “Como nosso modo de conhecimento desune os objetos entre si, precisamos conceber o que os une. Como ele isola os objetos de seu contexto natural e do conjunto do qual fazem parte, é uma necessidade cognitiva inserir um conhecimento particular em seu contexto e situa-lo em seu conjunto.

¹⁰³HESSE, Konrad. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, tradução de Pedro Cruz Villalón, à página 53, sobre o assunto, assim se porta: “IV. La interpretación conforme a la constitución 79.

O resultado desta interpretação sistemática constitucionalizada nos permite dizer que não só pode como deve ser aplicada direta ou reflexamente a constituição nas relações interprivadas, sempre tomando como base a unidade principiológica do sistema e tendo como valor fundamental a inexistência de direitos absolutos insuscetíveis de limitações valorativas de exegese, frente a aparentes antinomias de conflitos.

Necessária a harmonização dos valores e princípios fundantes do sistema jurídico, tendo a dignidade da pessoa humana como fio condutor de toda ordem constitucional e reconhecendo a eventual possibilidade de discrepância dos princípios e regras, devido a um maior ou menor grau de abstração, não obedecendo à equivocada lógica do tudo ou nada, do constitucional ou do inconstitucional.¹⁰⁴ Dois princípios de hermenêutica se afiguram fundamentais para essa integração ponderativa; o primeiro deles o da razoabilidade e o segundo o da proporcionalidade, mas sempre submetidos ao princípio básico da hierarquização axiológica, sob pena de não efetivar a devida organização valorativa principiológica do catálogo de tópicos¹⁰⁵.

O princípio da razoabilidade, de acordo com Celso de Mello, à Administração Pública, se dá dentro de seu campo de atuação discricionário

La reciente evolución del Derecho constitucional ha asistido a la aparición de un principio interpretativo que, si bien no presupone la existencia de la jurisdicción constitucional, si debe, sin embargo, su formación y conformación prácticas a la implantación de la justicia constitucional en la Ley Fundamental: el principio de la interpretación conforme a la Constitución. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal este principio ha alcanzado importancia creciente y, si bien no se encuentra totalmente perfilado en lo que se refiere a su alcance, si pertenece ya al acervo de la doctrina constante del tribunal.

¹⁰⁴ RUARO, Regina Linden. **O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador - Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações –** Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre/RS, Livraria do Advogado. 2007. p. 236. “A constituição é a lei das leis, *suprema lex*. Pairando acima de todas as demais normas do Estado, o dispositivo constitucional impede que qualquer outro dispositivo, interno ou externo, o contrarie. Numa visão mais ampla, ela detém o ato de construir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas”.

¹⁰⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**, p. 89. “...o metacrítério que ordena, diante inclusive da antinomia no plano dos critérios, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se uma exegese que impeça a autocontradição do sistema conforme a constituição e que resguarde a unidade dos seus múltiplos comandos”.

devendo, contudo, sempre observar critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com um senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que objetivaram a concessão da competência exercida. Observe-se que não se tratará apenas de inconveniência, mas, sobretudo, de ilegitimidade e, por conseguinte, invalidáveis jurisdicionalmente, porquanto dezarrazoadas, bizarras, incoerentes ou condutas praticadas em desconsideração a atributos normais de prudência, sensatez e de disposição de acatamento aos fins da lei a qual se atribui a discricção a ser adotada¹⁰⁶.

Odete Medauer engloba o princípio da razoabilidade dentro do princípio da proporcionalidade, mas reconhece que grande parte da doutrina separa estes princípios, sendo que ao da razoabilidade é atribuído “o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins”. Já em relação ao da proporcionalidade “associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras¹⁰⁷”.

O princípio da proporcionalidade^{108 109}, em rigor, é faceta do princípio da razoabilidade, merecendo um destaque próprio, pois se trata de um aspecto específico deste¹¹⁰, uma vez que funciona como meio de controle da constitucionalidade de leis, objetivando evitar os abusos de meios restritivos,

¹⁰⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

¹⁰⁷MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9 ed, (revisada e atualizada) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 150.

¹⁰⁸MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. p. 83, assim aduz: “Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal”.

¹⁰⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. p. 396 afirma que o princípio constitui direito positivo no ordenamento jurídico constitucional, na medida em que flui do princípio expressado no art. 5º, § 2º, da Carta Maior, especificamente na parte concernente aos direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência do Estado de Direito e dos princípios por esse consagrados, asseguradores da unidade da Constituição.

¹¹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101-102: “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima. Assim o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os artigos 5º, II, e 84, IV.

mormente relacionados à liberdade. Esse controle da proporcionalidade entre meios propostos e fins colimados, é operado pelo judiciário objetivando resguardar a pessoa humana, em observância ao sistema freios e contrapesos imposto como controle mútuo da atuação das funções estatais, não mais como uma mera reserva legal, ou seja, até onde a lei dispor, mas também e principalmente, como reserva legal proporcional, assim analisando a ponderação, a necessidade e a adequação como fundamento para a restritividade, uma vez que estes três aspectos deverão estar presentes¹¹¹.

Como técnica interpretativa, o princípio da proporcionalidade tem como objetivo dar ao intérprete uma direção, um sentido para que se retire da Constituição o máximo do seu conteúdo¹¹². Segundo Paulo Bonavides, teria uma concepção de “princípio da concordância prática¹¹³”.

Canotilho leciona que o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido como critério pela jurisprudência norte americana e propalado por Konrad Hesse. A concordância prática constitui-se em um dos princípios interpretativos que faz parte de um catálogo de tópicos elaborados com o intuito de serem auxiliares na interpretação constitucional¹¹⁴.

¹¹¹MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. p. 68: “A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas sobre o princípio da proporcionalidade”. Sobre o tema o autor comenta: “permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)” uma vez que: “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geegnetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingimento e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)” a ainda afirma o autor: “O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo reverla-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

¹¹²BULOS, Uadi lamêgo. Teoria da Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 205: 23-64, jul-set/1999, p. 47.

¹¹³BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 387.

¹¹⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 226-228.

Assim, as possibilidades jurídicas de um princípio são delimitadas na medida em que sofre sua eficácia limitada por outro princípio no caso concreto, ou seja, será a colisão entre princípios que delimitará as suas respectivas eficácias.

Essa aplicação dos princípios no caso concreto, ou seja, o controle substancial de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, passa pelo exame de três critérios ou subprincípios que são: pertinência ou adequação, necessidade ou exigibilidade e ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁵.

O primeiro critério ou subprincípio é da pertinência, adequação ou aptidão como também é conhecido e serve para constatar se determinada medida estatal é apta a consecução do fim constitucional a qual se propõe, ou seja, deve se averiguar a idoneidade à execução do fim almejado, para se permitir a medida restritiva de direitos fundamentais, sob pena de, não cumprida essa exigência, ser considerada inconstitucional¹¹⁶.

O segundo aspecto ou subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade. De acordo com este a medida a ser tomada não pode exceder os limites do indispensável à consecução do fim, ou seja, deve ser tomada a medida menos nociva, a mais suave dentre todas possíveis, a que trazer o mínimo de intervenção¹¹⁷.

A terceira dimensão ou subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito, o que quer significar um juízo de ponderação entre os fins e os meios, ou seja, qual a melhor carga coativa a adotar para se chegar a determinado resultado. Assim, dever-se-á dar prevalência à medida restritiva que melhor levar em consideração o conjunto de interesses em jogo. No caso em concreto haverá uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, implicando numa ponderação ou relativização em busca de um resultado eficaz¹¹⁸.

¹¹⁵BONAVIDES Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed, São Paulo: Malheiros, 1996. p.360 e 361.

¹¹⁶BONAVIDES, Paulo. Ibid. p. 360 e 361.

¹¹⁷BONAVIDES, Paulo. Ibid. p. 360 e 361.

¹¹⁸BONAVIDES, Paulo. Ibid. p. 360 e 361.

No campo específico da colidência entre normas, este pode se dar através dos princípios constitucionais de leis específicas e gerais, onde o intérprete examinará a aplicação devida através de uma interpretação sistematizada, conforme as suas respectivas naturezas, uma vez que interpretar é valorar¹¹⁹.

Canotilho nos ensina:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin; applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se¹²⁰.

Logo, é a partir da noção de vinculação do sistema, isto é, dentro do contexto jurídico onde está inserido é que se deve examinar as questões de direito privado, devendo o intérprete examinar a situação em concreto através de uma tópica-sistemática¹²¹.

¹¹⁹PASQUALINI, Alexandre. In: **Hermenêutica e Sistema Jurídico** – Uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 51: “Acima de tudo, interpretar é valorar. Se quem interpreta, ao mesmo tempo, aplica (Gadamer) e hierarquiza (Juarez Freitas), então o jogo da exegese representa, mais do que qualquer outra coisa, perseguir o melhor. Eis aí a verdadeira condição de possibilidade de todo agir hermenêutico. A hierarquização (=busca universalizável das melhores leituras) constitui aquilo que, dentro da exegese, como marco e meta, culmina por viabilizá-la. Toda a interpretação pressupõe uma escolha, e qualquer escolha, uma implícita e insuprimível escala axiológica. Aqui, a negação transforma-se, contra a vontade, em afirmação. Queiram ou não, os intérpretes já sempre se colocam a si mesmos e às suas leituras na balança ética e hierarquizadora dos valores”.

¹²⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 1147-1148.

¹²¹PASQUALINI, Alexandre. Sobre a interpretação sistemática do direito: “O método jurídico, no seu núcleo mais íntimo é tópico-sistemático: sistemático, à proporção em que se estrutura como totalidade hierarquizada de normas, princípios e valores jurídicos teleologicamente encadeados; tópico, à medida em que a intrínseca indeterminação e abertura de tais normas, princípios e valores jurídicos oferecem, dentro e a partir do sistema, várias possíveis exegeses ou projetos de sistematização”.

Decorrente da primazia que a Constituição Federal dá à dignidade da pessoa humana, o direito civil fica condicionado a inserir tal princípio fundamental no seu tecido normativo vigente¹²² e com isso incumbe ao intérprete a obrigação de examinar os institutos jusprivatistas sob a ótica da função social repersonalizando-os.

Essa incidência dos valores e princípios fundamentais da Constituição, na órbita do Código Civil, faz com que de maneira direta e indireta, as relações interprivadas assumam nova identidade e com isso se aproximem consideravelmente da realidade social, realizando uma dialética elementar para a concretude do direito como sistema efetivo e eficaz.

A Constituição como vértice da pirâmide normativa, instiga a fundação de uma nova sociedade enraizada no princípio da dignidade humana¹²³.

Pietro Perligieri aduz que o acatamento aos ditames constitucionais não é meramente procedimental, mas principalmente em sede de observância ao conteúdo substancial decorrente dos valores e princípios e assim determina:

O respeito à constituição, fonte suprema, implica não somente a observância e certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição¹²⁴.

¹²²PERERA Angel Carrasco. In: **El Derecho Civil: Señas, imágenes y paradojas**, tecnos. Madrid, 1988, nas páginas 70/71, assim afirma: "Hoy las <reglas de comunicación> entre sistemas normativos se han establecido en un nivel jerarquico más elevado. Es el superior ordenamiento constitucional el que establece estas reglas de juego entre subsistemas. El Tribunal Constitucional há formulado, en sentencia de 7 de marzo de 1987, la doctrina de que el Título Preliminar del Código civil no tiene la naturaleza de norma <civil> , y que su inclusión en el Código obedece sólo a razones coyunturales. (...) 2. Los <Conceptos Proprios> Constitucionales. La Constitución española há seleccionado determinadas materias civiles para otorgales un rango constitucional. Piénsese en la familia, el matrimonio, los derechos de la personalidad, la propiedad privada. Pero, al mismo tiempo y por idéntica razón, há reducido en este punto el alcance del próprio Derecho civil. Há reducido el margen de manipulación legal de estos valores y la relevancia y protagonismo de la norma civil para regularlos".

¹²³AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. Separata de: O direito, ano 126, vols. I e II, 1994, p. 63-81

¹²⁴PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. op. cit. p. 10.

O ordenamento jurídico está fundado em uma base axiológica estruturante, onde a constituição é a norma fundamental e superior, estando esta calcada em princípios, normas e valores¹²⁵.

Destarte, impossível uma perfeita exegese se não estruturada nas expressas orientações da Magna Carta, mormente nos princípios fundamentais e superiores, ademais os princípios e normas sucedâneas e por último as normas infraconstitucionais e assim por diante.

Muito embora pareça óbvio, a Constituição Federal é a Lei Suprema, o topo da pirâmide¹²⁶ normativa e seus princípios não são meras orientações gerais de direito¹²⁷, mas sim, mandamentos a serem observados e atingidos¹²⁸.

¹²⁵FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. p. 46. “(...) entende-se mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.

¹²⁶STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro** – Eficácia, Poder e Função. p. 71.

¹²⁷TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 18. ‘Princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4 da lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais de direito”.

¹²⁸PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – introdução ao Direito Civil Constitucional, p. 9-10: “A harmonização entre as fontes exige por parte do jurista um esforço constante, contínuo, em grande parte ainda a ser concretizado. A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional”.

5. POR UMA RELEITURA HERMENÊUTICA DO INSTITUTO POSSESSÓRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a Constituição Federal de 1988 em busca de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito, onde a dignidade da Pessoa Humana passa a ser o princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico, social e econômico, ocorre uma ruptura com a concepção liberal e por consequência a necessidade de novos parâmetros hermenêuticos a fim de repersonalizar e despatrimonializar o Direito Civil como parte integrante de um todo.

A Ruptura se faz necessária uma vez que a comunidade jurídica, especialmente a civilista brasileira, tem em seu pensamento fortes ligações de matriz positivista como mostra a doutrina de vanguarda¹²⁹, o que se torna totalmente inviável para uma interpretação sistemática-sociológica constitucionalizada, como recomendam os valores e os princípios fundantes da Carta de 1988.

A partir disso, ainda que não tenha havido uma codificação ajustada aos ditames Constitucionais traçados pela Carta de 1988, quiçá, uma descodificação do Direito Privado, o que seria o ideal, tem-se que trabalhar com a posta no sistema jurídico, no caso, o Código Civil de 2002, no entanto, interpretando-a a luz da Constituição da República e não ao contrário¹³⁰. Trata-se então de uma releitura dos

¹²⁹ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**, em nota na p.38: “A Pandectista, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese, que formaram a base metodológica da civilista clássica. Para o respectivo Direito Privado, por sua vez, o centro do sistema jurídico estava localizado no Código Civil, cumprindo à Constituição a tarefa de organizar o Estado e defender o Cidadão de seus excessos. Alinhadas à concepção do Estado Liberal de Direito, reduzem o próprio aplicador do Direito à tarefa de simples subsunção formal do caso ao tipo. Mostram-se solícitas, em face da sua visão de liberdade meramente formal, traduzindo uma visão egoística do Direito, a conceber o Código como verdadeira Constituição do homem privado”.

¹³⁰ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional**... p.1 “Ao se erigir o sistema jurídico pátrio a partir de valores como igualdade, solidariedade, liberdade, fraternidade, pluralismo e bem comum, na consecução de um Estado Social e Democrático de Direito, como princípio vinculante – não só ao Estado como também aos destinatários da ordem jurídica - , que se desvenda através de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, cidadania e função social da propriedade, as regras do Direito Privado passam a receber um novo conteúdo e a expressar um novo sentido, diverso daquele que emanava quando adveio à ordem jurídica”.

contornos axiológicos que informam o sistema jurídico como um todo, inclusive o privado e em especial na análise da própria posse.

Com isso se faz necessária uma readequação do conceito de posse e seus reflexos práticos dentro do sistema jurídico brasileiro, a partir de um Estado Social e Democrático de direito.

Essa readequação resulta em uma nova forma de interpretação capaz de incluir o instituto possessório dentro do rol dos direitos que sofreram a incidência da função social e com isso tenham sido repersonalizados. É um novo desbravar do nicho fechado da posse, que de uma forma mais genérica Luiz Edson Fachin¹³¹ assim definiu:

O reinado secular de dogmas, que engrossam as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir. Trata-se de captar os sons dessa primavera em curso.

Essas novas concepções do Direito Civil são de natureza interna e não externa como pode parecer¹³². Os valores e princípios que orientam o conteúdo possessório sofreram considerável transformação na base. A Constituição Federal¹³³ ao exigir do proprietário o cumprimento da função social da propriedade está dizendo implicitamente que isso somente ocorrerá se este titular exercer uma posse substancial, dando assim, valor ao exercício possessório efetivo da pessoa, inclusive e fundamentalmente humana, em detrimento do simples direito formal sobre a coisa.

A releitura proposta deve estar fundada em dois pressupostos, o primeiro de conteúdo político-social, decorrente da passagem de um Estado Liberal para um Estado Democrático e Social - onde é diretriz o cumprimento das exigências fundamentais delineadas na Carta Política e na qual o Estado só se legitima na medida em que efetiva a promoção dos direitos fundamentais ao qual se propõe - e o segundo, de natureza epistemológica, a fim de dar melhores respostas jurídicas às

¹³¹FACHIN, Luiz. In Teoria Crítica, p.1

¹³²ARONNE, Ricardo. op. cit., p. 42.

¹³³CANOTILHO, J.J. Gomes. **Civilização do direito constitucional...**, p.108 “ ampliação da eficácia dos direitos fundamentais (ou alguns deles) na ordem jurídica civil”.

novas relações que se apresentam e que a matriz positivista-tradicional já não fazia há algum tempo¹³⁴.

Já no início do século passado, na Europa, se afigurava uma hermenêutica possessória que fugisse aos padrões do patrimonialismo clássico. Silvio Perozzi na Itália, Raymond Saleilles na França e Antonio Hernandez Gil na Espanha, deram um novo cunho às concepções possessórias, sob a ótica do caráter econômico e da função social, bem como guardando uma relação estrita com a realidade e até sob uma nova conjectura com a propriedade, não mais como uma mera extensão desta^{135 136}.

Perozzi formulou em 1906 a Teoria Social da Posse, caracterizando o comportamento passivo dos sujeitos integrantes da coletividade com relação ao fato. Segundo ele, a posse prescinde de corpus e animus e resulta de fator social, onde quem tem a posse de determinada coisa investe-se de um poder sobre ela, fazendo com que terceiros se abstenham de possuí-la^{137 138}.

A teoria da Apropriação Econômica de Saleilles destaca a autonomia da posse e sua independência em relação ao direito real. Afirma Saleilles, que a posse se manifesta pelo juízo de valor segundo a “consciência social” considerada economicamente, ou seja, existe posse quando há relação de fato suficiente para estabelecer a independência econômica do possuidor^{139 140}.

Para Antonio Gil, a posse é o direito que mais se aproxima da realidade social. O uso e o trabalho sobre a coisa servem para atender as necessidades básicas do ser humano, por isso justifica-se o dever geral de abstenção perante a

¹³⁴FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p. 5 e 6 “É uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver. É aí, sem deixar de ser o que é, se reconhece o ‘outro’ Direito Civil. E, se essa proposta escala montanhas epistemológicas, voa em rotas mal percorridas e mergulha em águas turbulentas, não despreza as planícies, os caminhos bem torneados, muito menos o flúmen tranqüilo de cognição adquirida. Crítica e ruptura não abjuram, tout court, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicitar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro”.

¹³⁵FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, p. 39.

¹³⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**, p. 37.

¹³⁷Apud FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, p. 39. FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, p. 39.

¹³⁸Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**, p. 37.

¹³⁹Apud FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, p. 39.

¹⁴⁰Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**, p. 38.

situação do possuidor e garantia que possa desfrutar de bens essenciais. Sustenta, ainda, que a função social atua como pressuposto e como fim das instituições reguladas pelo direito, entendendo ser surpreendente que a posse, com tão forte conteúdo de fato, se apresente de forma estratificada nos livros e nos códigos^{141 142}.

Apregoa, assim Gil:

A posse, enquadrada na estrutura e na função do Estado social com um programa de igualdade na distribuição dos recursos coletivos, encontra-se chamada a desempenhar um importante papel. Para tal fim seria conveniente a colaboração de juristas e sociólogos, ou afrontar a investigação jurídica com preocupação sociológica.

Muito embora não seja objetivo deste trabalho traçar um novo conceito possessório e com isso examinar profundamente as matizes das teorias postas, interessa demonstrar com clareza que é estritamente necessário traçar uma nova linha hermenêutica para a posse, haja vista que as existentes estão ultrapassadas e não respondem concretamente a realidade social¹⁴³.

Segundo esta linha de raciocínio a hermenêutica axiológica decorrente da Constituição Federal de 1988, implica necessariamente em coibir desigualdades, promovendo a realização de uma democracia social como projeto de transformação dos institutos de Direito Privado e inclusive da posse.

O direito não é um fenômeno delimitado e estático como propõe o positivismo jurídico, muito pelo contrário, é dinâmico, aberto e em constante

¹⁴¹ Apud FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, p. 39.

¹⁴² Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**, p. 38.

¹⁴³ Apelação Cível – Reivindicatória cumulada com pedido de imissão na posse. Interdito proibitório postulado por possuidores não proprietários contra proprietários não possuidores. Doutra sentença monocrática concessiva aos possuidores, em decorrência de seu longo poder de fato sobre a área de terreno litigiosa, da proteção interdital por eles requerida, a fim de que os proprietários não possuidores, se abstenham “da prática de qualquer ato de turbação à posse dos autores”. **Superação doutrinária da teoria possessória objetiva de Jhering, ante a sua evolução, em face da categoria sócio-jurídica do valor de uso dos bens e da função social da posse, que a caracteriza, modernamente, como fato potestativo de natureza sócio-econômico.** Defesa dos possuidores não proprietários, na demanda petitória apensada, da consumação da prescrição possessória aquisitiva na presente espécie de fato. Recurso conhecido e improvido. Proc. 2005.001.2787– Decisão por maioria, Relator Des. Célio Gerlado de Magalhães Ribeiro. Décima sexta turma do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Registrado em 05/09/06. O grifo é nosso.

modificação¹⁴⁴. O direito como acontecimento histórico que é deve sofrer a incidência do novo, daquilo que se modifica no tempo e no espaço¹⁴⁵.

Se para Gadamer o intérprete não pode colocar-se em uma posição que ignore o seu contexto histórico, para Heidegger o ser aí se manifesta na sua historicidade essencial¹⁴⁶. O que significa dizer que o intérprete deve se inserir no contexto histórico temporal para entender a finitude do que está interpretando, a partir da compreensão da sua finitude, ou seja, o intérprete tem que acompanhar os valores de sua época e compreendê-los em sua essência, através dos movimentos circulares onde o todo deve ser compreendido a partir do particular e vice-versa¹⁴⁷

148

Partindo-se da pré-compreensão gadameriana, que para Konrad Hesse¹⁴⁹ é pressuposto de compreensão do conteúdo normativo a concretizar, através de raciocínio fundamentado no metacritério da hierarquização axiológica, decorrente do caráter aberto e amplo da Constituição e que muito embora, Robert Alexy¹⁵⁰ não defenda o modelo hermenêutico do direito, a partir do modelo de coerência, o que resulta em uma síntese não ideal entre as dimensões analítica e hermenêutica,¹⁵¹ a sua concepção de círculos hermenêuticos¹⁵² e de que *a renúncia à compreensão da*

¹⁴⁴BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo Jurídico.**, p.147 “A posituação se constitui (...) em um processo contínuo, que envolve juízos de valor e atos de poder, não se esgotando na atividade do legislador ou do juiz, mas ocorrendo mesmo na práxis do cidadão que utiliza o direito. A positividade não é, portanto, uma qualidade de um objeto dado, que por estar ‘pronto’ possui uma autonomia que permite a sua perfeita delimitação”.

¹⁴⁵STRECK, lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 315: “Negar que a norma é produto da interpretação do texto e que interpretar é sempre um ato aplicativo (applicatio), implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais”.

¹⁴⁶STEIN, Ernildo. **Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica.**, p. 22

¹⁴⁷HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, p.30 Gadamer diz que para Heidegger “a compreensão do texto está determinada, permanentemente, pelo movimento antecipatório da pré-compreensão” (Gadamer, Hans-Georg. *Sobre o Círculo da Compreensão*).

¹⁴⁸ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica Filosófica.** p.141: “A regra hermenêutica de que tudo deve ser entendido a partir do individual, e o individual desde o todo, procede da retórica antiga e passou, através da hermenêutica moderna, da arte de falar à arte de compreender. Em ambos os casos nos encontramos com uma relação circular. A antecipação do sentido, que envolve o todo, se faz compreensão explícita, quando as partes, que se definem a partir do todo, definem por sua vez esse todo”.

¹⁴⁹HESSE, Konrad. In: **Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 37-47

¹⁵⁰ALEXY, Robert. **Legal Argumentation as rational discourse.** p. 169

¹⁵¹ZACCARIA, Giuseppe. **Questioni di interpretazione.** p. 105 a 143..

¹⁵²ALEXY, Robert. **Legal argumentation as racional discourse.** In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (IV serie – LXX – 2) Roma: Giuffrè, 1993. p. 168-169: Pela doutrina de Alexy, a hermenêutica se divide em três círculos distintos. O primeiro deles em relação a pré-compreensão e o texto, ou seja a partir da pré-compreensão que o intérprete tem da sociedade e de suas experiências de vida nesta, não significando haver uma confluência perfeita entre o texto e as posições pré-

*normatividade dos princípios equivale a uma renúncia à racionalidade,*¹⁵³ conforme observa Ricardo Aronne,¹⁵⁴ dão sentido a uma nova compreensão do direito privado, decorrente da unidade axiológica do sistema jurídico completável¹⁵⁵, mormente, no caso da posse.

Nos dizeres de Juarez Freitas¹⁵⁶:

Destarte, em que pese a abertura do sistema e haurir ele o conteúdo de suas hierarquizações, dentro e a partir de si, é potencialmente sempre alcançável uma formação plena de coerência e é somente esta possibilidade que garante o significado do sistema para a Ciência do Direito, entendida como o estudo concernente à elaboração estrutural e às funções e transformações do sistema jurídico, visto como objetivo positivo e historicamente em constante mutação (objeto aberto).

Ricardo Aronne, *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*, p. 58:

O sistema, portanto, é sempre completável, na mesma medida em que é incompleto, cumprindo aos princípios do parâmetro valorativo de integração na colmatação de lacunas. É indiscutivelmente, aberto. Com vinculação.

assumidas pelo intérprete, mas sim que não haverá de ignorar o conjunto de opiniões decorrentes do texto. Se a hipótese de interpretação é pressuposto para a problematização da norma, esta é a base, com o auxílio das regras de metodologia jurídica para o exame da hipótese de interpretação. A este círculo da pré-compreensão corresponde o postulado da reflexibilidade. O segundo círculo hermenêutico remete à relação entre a parte e o todo, e o todo e a parte, simplificada, significa que para a compreensão da norma, o intérprete tem que compreender o sistema de normas o qual aquela esta inserida e nessa mesma dimensão que o sistema não pode ser compreendido sem que se examine as normas que o compõem. Essa coerência não é meramente formal, mas sim substancial, ou seja de conteúdo, impedindo o intérprete de adotar ou eleger livremente os elementos de seu discurso, uma vez que esta vinculado a todo um sistema jurídico e com base neste deve desenvolver seus elementos valorativos de interpretação. Essa relação entre as partes e o todo e vice-versa, corresponde ao postulado da coerência. O terceiro e último círculo hermenêutico de Alexy, corresponde à relação entre a norma e os fatos. Muito embora as normas tenham natureza genérica e universal, somente se extrairá a sua significação das conseqüências da sua aplicação no caso concreto. Neste diapasão, o ato de julgar não se esgota na sentença, mas sim nos efeitos práticos que ela produz, sendo assim, essencial para o ato interpretativo a aplicação no caso concreto, perpassando a abstração e adentrando no mundo real. A este conjugar norma aos fatos, corresponde o postulado da completeza.

¹⁵³ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Apud. ARONNE Ricardo – **Direito Civil Constitucional e Teoria do Caos**.

¹⁵⁴ARONNE, Ricardo. In: **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**. p. 50

¹⁵⁵ARONNE, Ricardo. In: op. cit. p. 58 “O sistema, portanto, é sempre completável, na mesma medida em que é incompleto, cumprindo aos princípios o parâmetro valorativo de integração na colmatação de lacunas. É indiscutivelmente aberto. Com vinculação”.

¹⁵⁶FREITAS, Juarez. In: **A interpretação Sistemática do Direito** São Paulo:Malheiros, 1995, p.119.

A partir desse novo olhar sobre a hermenêutica jurídica da vazão para uma releitura da posse, rompe-se em definitivo com a dogmática-positivista clássica, sob uma perspectiva constitucionalizada, tendo a dignidade humana como fundamento basilar, afim de repersonalizá-la^{157 158}. Partindo-se da hermenêutica de Alexy e Gadamer¹⁵⁹, em que o movimento circular de compreensão, interpretação e aplicação do direito permite ao intérprete uma análise aberta, complexa, una e fundamentalmente substancial¹⁶⁰ do sistema jurídico como um todo, e aqui se inserindo o instituto possessório, é possível repensá-la numa visão repersonalizada.

No primeiro círculo hermenêutico, que vai da pré-compreensão do intérprete em razão das suas experiências no contexto até ao texto, significa que o intérprete tem que superar as concepções das teorias possessórias clássicas, postas como um dogma e, relendo o instituto mesmo a partir do Código Civil de 2002, fazê-lo com base nos valores e princípios axiológicos fundados em uma hermenêutica sistemática constitucional, concretizando assim o postulado da reflexibilidade.

¹⁵⁷TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 20 “Tal é o desafio metodológico imposto ao intérprete e aqui apresentado, de modo apenas introdutório e exemplificativo, como indicação de um longo percurso a ser percorrido. Há que se reler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com a tábua de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas, privadas, segundo os ditames da solidariedade e justiça social”.

¹⁵⁸ARONNE, Ricardo. op. cit. p. 60: “A concepção principiológica do Direito Civil dá margem à revisão dos estatutos clássicos do Direito Civil, repondo o ser humano, e seu ambiente sustentável, no patamar de entes de máxima relevância ao ordenamento jurídico. Com isto se impõe uma releitura cabal das instituições de Direito Privado, ainda arcaicas em face do conservadorismo da dogmática reinante, de caráter patrimonialista. A operação com princípios, em sua porosidade, multifuncionalidade e axiologismo, de modo científico e apegado à realidade, independente da alteração legislativa codicista (que não se trata de solução para os problemas do direito privado contemporâneo), revela um “novo” Direito Civil, em grande parte ausente dos manuais.

¹⁵⁹GADAMER, Hans-Georg. “**Verdad y método**: Fundamentos de una hermenêutica filosófica. p. 380: “tanto para la hermenêutica jurídica como para la teológica es constitutiva la tensión que existe entre al texto – de la ley o la revelación – por una parte, y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación, en el juicio o en la predicación, por la otra”.

¹⁶⁰PASQUALINI, Alexandre. In: **Hermenêutica e Sistema Jurídico** – Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 77: “Vai daí que a idéia de sistema jurídico estava e está a reclamar conceituação mais abrangente, sob pena de se tornar incapaz de surpreender o fenômeno jurídico em toda a sua dimensão, principalmente na esfera decisória. Nesse esforço, recusa-se, de plano, aquela noção de sistema fundada na qual “*as normas ...guardariam entre si relação apenas de forma, destituída de conteúdo*”. Sem descuidar da valiosa e indispensável busca de ‘*coerência lógica mínima do ordenamento*’ chama-se a atenção para o fato de que a exigência de unidade jamais será lograda apenas no patamar formal, uma vez que, na origem mais remota do Direito, estão presentes princípios e valores jurídicos potencialmente contraditórios. Isso importa em afirmar – se se optar por outra formulação – que o Direito, com as asas de cera do formalismo dedutivista, nunca atingirá coerência sem comprometer, ato contínuo, sua eficácia e legitimidade substanciais. O positivismo, caminhando na clausura lógico-analítica, assemelha-se ao isolado misantropo, quase totalmente incapaz de travar contato com a móvel e movente multiplicidade do mundo da vida”.

Em relação ao afastamento das teorias clássicas e a necessidade de uma nova leitura da posse a partir de uma interpretação que contemple a positivação de um Estado Social, Ricardo Aronne¹⁶¹ assim fixa:

Afasta-se da Teoria Objetiva, na medida em que admite trânsito jurídico àquele que faticamente exerce a posse do bem, e tampouco adota a Teoria Subjetiva visto não cancelar através do animus a jurisdição do fenômeno possessório.

(...)

A posse não é um direito; ela é também um direito, possível de ser encontrado com duas naturezas distintas. Ela tem dimensões em que é um direito e tem dimensões que é um fato.

(...)

O dispositivo em tela, principalmente a partir de uma ancoragem sistemática no ordenamento, serve de vetor para a Teoria Tríptica da Posse, informado materialmente pelo princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88), de modo a reconhecer a posse em três dimensões. Uma primeira, reconhecedora da posse enquanto vínculo real, fruto de desdobramento dominial do bem (juspossidendi); uma segunda dimensão, onde a posse também se legitima juridicamente, com a cessão do exercício na esfera pessoal (jus possessionis), agregando-lhe tutela interdita, sem prejuízo, ainda, de uma terceira dimensão, agora de ordem fática, onde a tutela da posse se assenta no fato de existir exercício possessório de boa-fé. Implica, tal série de dimensões possessórias, em perquirir da melhor posse, agregada ao seu exercício, seja enquanto fato ou direito subjetivo, a partir de sua funcionalização imposta pelos direitos fundamentais e pela regulação constitucional da ordem econômica.

¹⁶¹ARONNE, Ricardo. In: **Código Civil Anotado**, p.54

Por tudo que nos ensina a doutrina de vanguarda, é certo que as teorias clássicas já não respondem razoavelmente às questões possessórias postas na atual conjuntura jurídica.

O segundo círculo hermenêutico remete à relação entre a parte e o todo e o todo com a parte, ou seja, as disposições possessórias do Código Civil de 2002 com o resto do ordenamento jurídico, inclusive e principalmente, com a Constituição da República. Significa a inserção dos dispositivos possessórios no sistema, recebendo a irradiação dos valores e princípios que fundamentam a Constituição Federal de 1988. Assim, a posse deve ser entendida a partir da função social da propriedade, como elemento fundamental para a sua concretização, além do que, não seria crível que todo o Código Civil de 2002 sofresse a incidência da função social e a posse não.

Novamente a doutrina de Ricardo Aronne¹⁶² que assim assevera:

Toca na matéria possessória, com tanta expressividade quanto no âmbito da propriedade, contrato e empresa, o princípio da função social erigido à condição de direito fundamental, indiscutivelmente dotado de eficácia direta e horizontal, bem como norteador vinculante para a ordem econômica.

O princípio da função social da propriedade é densificado pelo princípio da função social da posse, sem descuido da devida autonomia, mas sem desleixo da notável e classicamente reconhecida inter-relação. Este fenômeno, já analisado em Hegel, colhe-se também em Rousseau.

Verifica-se que a interpretação da posse perpassa por todo o Sistema apanhando dele as significativas valorizações axiológicas, a partir da Constituição Federal de 1988 e adentra nas disposições do Código Civil 2002, com isso integrando o sistema.

¹⁶²ARONNE, Ricardo. In: **Titularidades e Apropriação no Novo Código Civil** – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza, p. 259

O terceiro e último círculo hermenêutico refere-se à norma e ao fato e o processo interpretativo vai até onde os efeitos práticos se expandirem. Assim, nada vale uma orientação jurídica sem eficácia no mundo dos fatos.

Desse modo, a aplicação da norma no caso concreto gera efeitos práticos incidindo em todo o sistema, haja vista que a jurisprudência é integradora como fonte do sistema que se concretiza e completa a cada ato de interpretar.

Nesse diapasão Ricardo Aronne¹⁶³ aduz:

Independentemente da natureza que ostenta a posse controvertida, para que seja reconhecida e tutelada, o sistema jurídico impõe um filtro axiológico através do princípio da função social da posse.

A posse não funcionalizada traduz um direito subjetivo virtualizado, pois ainda que possa derivar pretensão deste, não há tutela a ser-lhe concedida pelo Estado, e a autotutela se apresenta vedada.

Portanto, há um compromisso inarredável do sistema jurídico de concretizar - através da Constituição Federal de 1988 - a justiça social e aqui se inclui uma posse funcionalizada¹⁶⁴.

Certo fica que a aventura está apenas começando. É elementar uma nova postura hermenêutica ao intérprete que examina a posse, mesmo que no contexto posto pelo Código Civil de 2002, sob pena de nada de novo desvendar, tampouco revelar, nos trajetos a serem percorridos, se resignando em caminhar pelo mato já há muito queimado pelos operadores do passado, que pelo peso de seu patrimonialismo criaram sulcos difíceis, mas não impossíveis, de serem superados.

¹⁶³ARONNE, Ricardo. In: **Titularidades e Apropriação no Novo Código Civil** – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza, p. 263

¹⁶⁴AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica**, p. 10 e 11: “O direito tem compromisso com a realização da justiça social. Seria imoral entender-se que os princípios constitucionais, notadamente aqueles consagradores da dignidade humana, do bem de todos ou do bem comum, da função social da propriedade e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, viessem a compor um discurso meramente retórico-ornamental. Por mais que se tenha buscado desfigurar a Constituição de 05-10-88, em nome da ideologia neoliberal, a aplicação judicial do direito tem o dever de constantemente efetivar tais princípios. O dever é técnico-jurídico, visto comporem parte relevante do texto constitucional, mas é também ético, por não ser possível compactuar com o desprezo pelo homem e pelo direito. A dimensão hermenêutica do direito é inarredável, como o reconheceu o próprio Hans Kelsen, possibilitando sua recriação e adaptação às necessidades históricas progressivamente configuradas”.

6. A REPERSONALIZAÇÃO DA POSSE ATRAVÉS DE UMA ANÁLISE PARADIGMÁTICA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO CIVIL DE 1916.

Muito embora se reconheça que a posse no âmbito do Código Civil de 2002 trouxe consideráveis concepções de natureza social, o que em última análise modifica substancialmente sua estrutura material, ainda assim pode-se afirmar que o ordenamento civil brasileiro poderia ter ido bem além de onde foi.

A noção substancial do instituto da posse, como apêndice da propriedade, ora é reforçada pelo atual Código Civil, ora é negada, reconhecendo a ela uma real concepção autônoma em alguns dispositivos, enquanto noutros mantém a clássica vinculação.

Primeiramente, é de se observar que permanece o preliminar equívoco de que a posse é a exteriorização da propriedade nos termos da definição de possuidor do artigo 1196, e observe-se que nem no Projeto de Lei 6960/2002, que prevê a alteração de tal dispositivo, o erro se corrige, pois como consta neste, a posse seria o poder de ingerência sócio-econômico sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.¹⁶⁵

Ainda que se diga que a definição de possuidor do Projeto de lei 6960/2002 tenha evoluído em relação ao aspecto de que a posse é um poder fático emanado da ingerência sócio-econômica do agente sobre a coisa - fruto de uma concepção integradora e social - e não de um dogma fundado em elementos teóricos e despropositados, como corpus e animus, que são fundamentais para as teorias clássicas, quanto à parte final do referido dispositivo, a afirmação de ser a posse vinculada existencialmente à propriedade ou outro direito real suscetível de

¹⁶⁵PL6960/2002 – art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente a propriedade ou outro direito real suscetível de posse”.

apossamento é totalmente incoerente com a própria noção inicial do conceito, pois a reconduz a um mero acessório, agora numa visão ainda mais restrita, ou seja somente haverá posse onde houver algum direito real que emane tal consequência.

Esta incoerência se torna evidente em razão da própria realidade fática que, no artigo seguinte, seja do projeto de lei, seja do Código Civil atual ou do anterior, reconhece a possibilidade de desdobramento possessório nas relações de natureza obrigacional como, por exemplo, locação, arrendamento, comodato, entre outros, além obviamente da posse *ad usucapionem* de terceiro - que pretende a coisa como dono e em regra contra a vontade do proprietário, assim gerando uma brutal contradição já na definição da posse decorrente da definição de possuidor.

Sendo a posse um fato tutelado pelo direito, e como tal detendo autonomia em face do domínio e da propriedade, mesmo que o ordenamento jurídico quisesse não a extirparia da vida das pessoas - seja ela de natureza singular ou coletiva¹⁶⁶ - assim como não o faria com relação ao domínio que é essencial à existência humana, pelo menos em relação às necessidades básicas existenciais como a posse e, diferentemente da propriedade, que é uma mera formalização de conteúdo pragmático da patrimonialização.

Desta forma, é elementar uma correta conceituação possessória, levando-se em conta especialmente o conteúdo econômico e a sua função social como forma integradora da dignidade humana em uma verdadeira sociedade democrática de direito¹⁶⁷.

É fundamental para o entendimento conceitual de posse a sua independência com a propriedade ou com qualquer outro direito real ou obrigacional, muito embora possa, muitas vezes, com eles concorrer sem, contudo, ser derivação elementar e inerente a tal vinculação.

¹⁶⁶ENUNCIADO 236 do CEJ: “Considera-se possuidor possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica”.

¹⁶⁷ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. **Da Função Social da Posse**. p. XVI “torna-se evidente que o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequado às suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanção da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana”.

A posse frente a sua autonomia se impõe muitas vezes contra a própria titularidade proprietária, mesmo que naquela ainda não esteja amparada pelo domínio, pois, caso contrário, sempre que a propriedade se defrontar com a posse já substanciada no domínio, esta prevalecerá frente aquela, por certo que na verdade aqui o confronto é entre mera titularidade formal (propriedade) e domínio (exercício possessório substancial), ou seja, fundado na função social¹⁶⁸.

A função social da posse integra o seu próprio âmago, uma vez que a posse é em última análise função social em relação à coisa, enquanto exercício que poderá legitimar a propriedade e esta passa, a partir daí, a cumprir a sua função social e não ser função social, ou seja, é somente através da posse que o possuidor, seja proprietário ou não, se respalda socialmente ao cumprir a sua missão perante a coletividade.

¹⁶⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2 ed. Lúmen Júris editora, p. 51/52. "Traçando um inevitável paralelo, posse e propriedade assemelham-se à união estável e ao casamento. Não há subordinação ou primazia de uma entidade familiar sobre a outra; ambas são formas distintas de satisfação de afetos, mas merecedoras de idêntica tutela constitucional. A par da possibilidade de conversão da União estável em matrimônio, as relações entre conviventes conferem-lhes todas as conseqüências jurídicas destinadas ao casamento, sendo inconstitucional qualquer forma discriminatória – como infelizmente situam-se as regras do novo Código Civil -, pois a situação fática dos companheiros é um modo inequívoco de desenvolvimento da personalidade, exercício da liberdade e preservação da intimidade perante a intervenção estatal. Muito embora, a conclusão seja no mesmo sentido dos autores acima citados, de que a posse fundada na função social se impõe a mera titularidade o paralelo traçado entre a propriedade e a posse não nos parece o mais ajustado. Na verdade o paralelo a ser traçado em uma metáfora é entre o domínio e a propriedade com o casamento formal e a união estável, não somente em face da falta de primazia entre uma e outra, mas fundamentalmente, buscando demonstrar que o mero aspecto formal do título cede frente a realidade do exercício substanciada na verdade material das relações. Essa é inclusive a orientação dos nossos Tribunais, especialmente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer direitos decorrentes do concubinato, mesmo entre pessoas casadas com terceiros, mas separadas de fato. O mesmo ocorre em relação ao domínio fundado no exercício possessório frente a propriedade meramente formal, não que o domínio implique na exclusão da propriedade, pelo contrário, em regra, andam atrelados, mas não necessariamente isso ocorre e quando se confrontam sempre aquele prevalecerá sobre este, em razão do exercício substancial fundado na função social da posse. No entanto, não nos parece apropriado compor um paralelo com a posse uma vez que a posse é um fato distinto de um exercício substancial com a coisa, posso possuir, não tendo propriedade, tampouco domínio, são exemplos, a locação, o arrendamento, o comodato, no entanto, neste caso, se mantida a natureza originária negocial da posse esta não poderá prevalecer a todo custo em relação ao domínio e ou a propriedade, sendo que nestas circunstâncias decorrem exatamente do exercício funcional do titular da coisa que a disponibiliza socialmente. A posse é sim um fato que substancia ou não a titularidade. É de suma importância observar que esta ilustração paradigmática entre o casamento e a união estável e a propriedade e o domínio, ocorre sob um ponto de vista meramente metafórico-ilustrativo, jamais se permitindo a coisificação das pessoas, mormente num parâmetro das relações afetivas, afim de melhor exemplificar o conteúdo e a questão meramente formal em detrimento ao substancial/material".

Assim, a posse fundada na função social se impõe à mera titularidade formal mesmo que esta seja decorrente do então direito todo absoluto, perpétuo e intangível da propriedade.

Segundo as teorias sociológicas da posse essa não é uma mera exteriorização daquela. É fundamental uma reinterpretação fundada em valores sociais que a reconheçam como poder fático de ingerência socioeconômica em relação a determinada coisa, cumprindo a função social. Desse modo, a posse é um fenômeno capaz de se sobrepor a própria propriedade em face de sua densidade e autonomia¹⁶⁹.

O artigo 1228, parágrafos 4º e 5º do artigo 2002¹⁷⁰, é um desses exemplos de imposição da posse que cumpre a função social frente à mera titulação do proprietário. Esse híbrido de usucapião oneroso *sui generis*, de alienação forçada *sui generis* e de desapropriação judicial - pois traz um pouco de cada um desses institutos - é evidentemente muito mais uma forma de punir o proprietário que não cumpre com a sua elementar função, que é não permitir que terceiro dê uma destinação possessória funcional a sua coisa, do que propriamente uma premiação ao possuidor que terá que pagar a justa indenização¹⁷¹, mas ainda assim estará o proprietário vinculado à vontade do possuidor, por que esta prevalece sobre a daquele.

A posse neste caso é vista num espectro amplo, onde a função social é objetivo finalístico, à luz do inc. III do artigo 1º combinado com o inc. IV do mesmo dispositivo, assim como com o artigo 3º, todos da Constituição Federal, que adota a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado social e democrático de direito, juntamente com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária em nome do bem comum,

¹⁶⁹FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 2 ed. Lúmen Júris Editora, p. 39/40.

¹⁷⁰ART. 1228. (...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário, pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

¹⁷¹ENUNCIADO 84 do CEJ: "A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização".

a fim de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais em busca do desenvolvimento da nação.

Esta espécie de aquisição e extinção da propriedade dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil, não inclui os desafortunados economicamente, pois para eles existe o usucapião coletivo *pro moradia* do art. 10 da Lei nº 10.257/01¹⁷², mas sim, a um considerável número de pessoas que possam pagar a justa indenização do imóvel¹⁷³ em que tenham os ocupantes realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, e assim realizando função social no bem por mais de cinco anos, enquanto o proprietário mantinha-se inerte não cumprindo com o elementar poder-dever de buscar a coisa das mãos de quem quer que, injusta ou indevidamente, a detenha - nos termos do *caput* do artigo 1228 do Código Civil¹⁷⁴.

Sob este prisma, no caso em tela, a funcionalização da posse pode se dar por pessoas com ótimas condições econômicas e em detrimento de proprietários de baixa renda e até extramente pobres que não cumpram a função social do bem imóvel. Aqui o sistema não está a exigir qualificação de pobreza aos adquirentes, tampouco se trata de excluir pela existência de tal em relação aos ex-proprietários, mas sim quer simplesmente que se cumpra a função social em relação à coisa, nos termos fixados na lei.

O sistema, ao assim proceder, está harmonizando coerentemente os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e o da propriedade que deve cumprir a sua função social, concretizando uma exegese tópica-sistemática constitucional.

É de se observar que o dispositivo legal exige que as pessoas tenham realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico

¹⁷²ART. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

¹⁷³ENUNCIADO n. 84 do Conselho de Justiça Federal: "A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização".

¹⁷⁴ART. 1.228. 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.

relevante, ou seja, se implementaram acessões no bem é de se presumir que tenham condições de pagar a justa indenização a ser fixada. Caso contrário poderia significar enriquecimento sem causa de quem já tem e quer mais e com isso não se estaria dando cumprimento à diretriz da função social, pelo simples fato de os adquirentes terem condições de pagar pelo imóvel.

Ainda, nesta mesma senda, o atual Código Civil elenca uma série de espécies de Usucapiões entre os artigos 1238 e o 1242¹⁷⁵ que se referem a imóveis e do 1260 ao 1262¹⁷⁶ concernentes a coisas móveis, como forma de prevalência da posse fundada na função social em detrimento à propriedade e aqui não há, em regra, qualquer tipo de pagamento pelo referido bem¹⁷⁷.

¹⁷⁵ ART. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras e serviços de caráter produtivo.

Art. 1239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Art. 1241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e de boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

¹⁷⁶ ART. 1260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

¹⁷⁷ USUCAPIÃO PRO LABORE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA POSSE AD USUCAPIONEM. POSSE MANSA, PACÍFICA E ININTERRUPTA COMPROVADA. LAPSO TEMPORAL. 1. PRESSUPOSTOS DA POSSE AD USUCAPIONEM. No caso concreto, presentes os pressupostos indispensáveis para posse ad usucapionem. Objeto hábil à usucapir. Posse e lapso temporal. Art. 1º. Da Lei no. 6.969/81. Art. 191 da CF/88. Art. 1.239 do CC. 2. ANIMUS DOMINI. Afastada a ausência de animus domini para usucapião pro labore. Requisito subjetivo que se consolidou, em face da ausência de oposição dos apelantes, após a morte do proprietário. 3. CONTRATO PARTICULAR DE PARCERIA RURAL. Imóvel que não se confunde com a área de 20ha, objeto de usucapião. Prova Pericial. 4. FUNÇÃO SOCIAL. Durante o lapso temporal exigido pela legislação, os usucapiantes conferiram a propriedade a função social que a todos interessa. In casu, caracterizada pela prática de

Observe-se que - não bastasse o instituto do usucapião por si só já ser um reconhecimento a quem cumpre a função social da coisa - o Código Civil de 2002, referentemente aos imóveis, reduz consideravelmente os prazos exigidos para a implementação da prescrição aquisitiva quando, com a posse, o possuidor houver estabelecido no bem a sua moradia habitual, ou nele realizado obras, ou serviços de caráter produtivo, nos termos dos parágrafos únicos dos artigos 1238 e 1242, valorizando assim, ainda mais, a posse mais funcionalizada socialmente, em razão de trabalho ou moradia, numa espécie de posse mais função.

Frente a este manancial de espécies de perda da propriedade anteriormente mencionados, em razão de um exercício possessório que cumpre a função social determinada pelo sistema jurídico é de se reconhecer uma considerável evolução neste quadrante em especial.

Como se verifica, nessa linha, o Código está em consonância com a orientação dada pela Constituição Federal em seu artigo 6º que fixa a moradia como um direito fundamental da pessoa humana. E é aqui exatamente que ocorre um dos fenômenos mais importantes do nosso sistema jurídico no que se refere a repersonalização da posse, transpassando o mero efeito direito e reflexo do título de propriedade e assim desfocando do enaltecimento da patrimonialização - de um prisma calcado no cumprimento realizador de subsistência mínima - para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana como ação de integração social¹⁷⁸.

A moradia é uma das necessidades básicas da pessoa humana para uma existência digna e como elemento que integra a missão fundamental do Estado de erradicação da pobreza, marginalização e de diminuição das desigualdades sociais em nome do bem de todos, devendo ser vista, muito mais do que um mero ato de

agricultura e constituição de moradia dos apelados e de sua família. Negaram seguimento ao apelo.”(Apelação Cível no. 70013670245, vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 19/04/2006).

¹⁷⁸FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 2 ed. Lúmen Júris editora, p. 50/51. “O direito à moradia traduz necessidade primária do homem, condição indispensável a uma vida digna e complemento de sua personalidade e cidadania. Atua com eficácia normativa imediata, tutelando diretamente situações jurídicas individuais. É muito mais que o “direito à casa própria”, pois, como direito fundamental de segunda geração (ou dimensão), envolve a necessidade do Estado de cumprir obrigações de fazer, centradas na prática de políticas públicas capazes de garantir um abrigo adequado, decente e apropriado a quem necessita de um mínimo vital”.

solidariedade, mas sim de concretização para o desenvolvimento de uma Nação realmente democrática, social, livre e justa¹⁷⁹.

Não há que se confundir o quadrante em que se situa a função social da posse - que é o da extensão dos bens da personalidade, pois comporta a situação existencial de qualquer ser humano com o da propriedade, que é objeto de mera titulação e patrimonialismo muitas vezes muito além das necessidades básicas de sobrevivência digna¹⁸⁰.

Outro instituto possessório que ganha novos ares interpretativos no atual Código Civil por força da repersonalização da posse fruto da sua função social, é a *Interversio Possessionis*, que significa sinteticamente a modificação de seu fundamento jurídico, ou seja, a alteração do caráter possessório em face do *animus domini ou tenendi*.

Essa modificação pode se dar por força de duas situações: a primeira de natureza jurídica, onde a relação possessória se origina de uma forma e em face de negócio jurídico posterior modifica-se para outro tipo de natureza possessória. A segunda modalidade se dá pelo próprio fato, não através de uma nova relação jurídica formal, mas sim, simplesmente pela vontade do agente possuidor, transformando-a assim, em uma natureza que não aquela em que originalmente se fundou, mas em outra, completamente alheia a ela e se desenvolvendo com novas perspectivas, sem cogitar da situação anterior.

É de se salientar que muito embora a previsão do artigo 1203 do Código Civil de 2002¹⁸¹ seja idêntica à disposição do artigo 492 do Código Civil de 1916, a

¹⁷⁹ AÇÃO POSSESSÓRIA. COMODATO .POSSE. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. O COMODATO E CONTRATO GRATUITO E NÃO SE COADUNA COM CONSTRUÇÕES ESSENCIAIS DO ALEGADO COMODATÁRIO. “A TUTELA POSSESSÓRIA SUPÕE A DEMONSTRAÇÃO DO EXERCÍCIO ANTERIOR EFETIVO DA POSSE POR QUEM A RECLAMA E A PRÁTICA DO ATO ESBUHATIVO POR PARTE DAQUELA CONTRA O QUAL ELA É PEDIDA (JULGADOS TARS V.89/155) PECULIARIDADE DO CASO EM QUE, SOBRE O IMÓVEL OBJETO DA LIDE RECAI O INTERESSE PÚBLICO DE MORADIA PARA POBRES E NÃO O DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA. PREVALÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. NEGARAM PROVIMENTO. Apelação Cível. Processo no. 195179882, Relator Desembargador Rui Portanova – 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, julgado em 28/03/96.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 2. ed Rio de Janeiro., Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2006, p. 43.

¹⁸¹ ART. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.

exegese que se dá a tal dispositivo, nos dias de hoje¹⁸²¹⁸³¹⁸⁴¹⁸⁵, é muito mais concernente com a função social da posse do que a de um passado não muito distante^{186 187}.

Ainda em relação a *interversio possessionis*, novidade a ser aplaudida é a constante no parágrafo único do artigo 1198¹⁸⁸, que reconhece a possibilidade de mutação do caráter de detentor para possuidor, desde que comprovada tal modificação. Assim, o detentor poderá afastar a presunção *juris tantum* de posse sob ordens e instrução de outrem, ou seja, sob subordinação do verdadeiro possuidor.

É um efeito do novo vislumbrar acerca da posse, onde a efetividade material se impõe à mera formalidade que dantes os titulares se socorriam para rebater - a despeito da sua inconcebível inércia frente à coisa e à sociedade.

A disposição do parágrafo único do artigo 1198, não trata de uma *interversio possessionis* propriamente dita, posto que não há posse na detenção, mas mero fâmulo, ou seja, conservação da posse de uma coisa em nome de outrem

¹⁸²A posse direta (art.1.197) não gera usucapião; todavia, “é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria” (STJ – 3ª Turma, Resp 220.2000-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.9.03, não conheceram, v.u., DJU 20.10.03, p. 269). e no mesmo sentido : STJ -4ª Turma, Resp 143.976-GO, rel.Min. Barros Monteiro, j. 6.4.04, não conheceram, v.u., DJU 14.6.04, p.221.

¹⁸³ENUNCIADO 237 do CEJ: “É cabível a modificação do título da posse – ‘interversio possessionis’ – na hipótese em que o até então possuidor direito demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do ‘animus domini’.

¹⁸⁴O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador do imóvel, em princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria. STJ, 4ª T., REsp 143.976/GO, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.6.04.

¹⁸⁵Usucapião extraordinário – Modificação do caráter originário da posse que teve origem em relação locatícia – Admissibilidade, visto que, apartir de um determinado momento, essa mesma assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força ad usucapionem - Comprovação, ademais, dos requisitos dispostos no art. 550 do CC (STJ – Resp 154.733-DF – 4.a T. – j. 5.12.2000 – Rel. Min. César Asfor Rocha – DJU 19.3.2001 – RT 790/216).

¹⁸⁶“Ausência do direito de usucapir o bem possuído. A posse mantém o mesmo caráter com que foi adquirida. Impossibilidade de a posse originada em contrato de comodato converter-se em posse geradora do usucapião (TACRJ – Apelação Cível 57636 – 7.a C. – Rel. Carlos Antonio dos Santos – DJ, 12-8-87)”.

¹⁸⁷Reivindicatória – Prescrição aquisitiva – Inocorrência – Hipótese de locação com posterior apropriação do bem por falta de cobrança – Irrelevância – Posse que mantém o mesmo caráter com que foi adquirida – Art.492 Código Civil – Hipótese em que a morte do locador não dissolve o vínculo locatício – Recurso provido (TJSP – Rel. Walter Moraes – Apelação Cível 208247-1 – São Paulo -9-8-94).

¹⁸⁸ART.1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

sob ordens e instrução deste e não em nome próprio como é fundamental para haver o exercício possessório propriamente dito.

No entanto, o Código Civil de 2002 nesta espécie absorveu consideravelmente os influxos dos valores e princípios constitucionais e, baseado na função social da posse, reconhece àquele que já foi originalmente detentor, modificar a natureza da relação frente à coisa ou à outra pessoa, passando a ser considerado possuidor propriamente dito. Com isso, o Código reconhece todos os efeitos de defesa e aquisição correspondentes a um exercício possessório fundado na proteção da pessoa humana, como ser coletivo e com direito a integração social.

Com relação à comosse o Código atual no artigo 1199¹⁸⁹, repete a disposição do artigo 488 do Código anterior, não havendo que se confundir a comosse com o condomínio, muito embora sempre que houver condomínio haverá comosse, enquanto o inverso não é verdadeiro. A comosse é uma forma socializada da posse seja através de relação dominial ou não, pois reconhece o direito de duas ou mais pessoas possuírem coisa divisível ou não nos seus respectivos limites possessórios.

Quanto à classificação de justeza ou injusteza da posse, em razão da sua aquisição ter sido ou não violenta, clandestina ou precária, esta é objetiva, nos termos do artigo 1200¹⁹⁰ do Código Civil de 2002, que repete a disposição do artigo 489 do Código Civil revogado.

Assim a aquisição poderá ser justa ou injusta e enquanto mantiver este caráter permanecerá atrelada ao respectivo vício até que se torne boa para defesa e até aquisição dominial. Já o exercício, poderá ser legítimo ou ilegítimo e cumpre função social ou não.

Vejamos um exemplo. Alguém recebe em comodato um imóvel, devendo entregá-lo em determinado tempo, o que não ocorre, embora o comodante o tenha notificado para entregar a coisa. Passado mais algum tempo, o comodante relaxa não tomando mais nenhuma atitude para reaver a coisa, permitindo ao comodatário que passe a exercer posse com *animus domini*. Algum tempo depois e antes de se

¹⁸⁹CC. Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

¹⁹⁰CC. Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

implementar a prescrição aquisitiva, o comodatário, através de um negócio jurídico, concretiza a compra do referido imóvel, sendo que até a aquisição da propriedade exercia a posse cumprindo a função social e após esta deixou de fazê-lo.

Desta forma, a posse do comodatário nasce justa com o comodato, se torna injusta pela não devolução, conforme ajustado contratualmente e até o momento em que o comodante tenta reaver a coisa através da notificação. Após isto, convalesce e se torna justa novamente e, por conseqüência, boa para todos os fins de direito mantendo-se com este caráter até a aquisição da propriedade pelo negócio jurídico.

Quanto à legitimação possessória, esta vai até o momento em que o comodatário tem direito ao comodato e depois da aquisição da propriedade, sendo cabível ao proprietário comodante - entre o término do prazo do comodato até a aquisição dominial - postular a reintegração, posto que, o comodatário não tinha nesse período legitimidade possessória. Já em face do conteúdo da função social o comodatário e agora proprietário somente teria cumprido a legitimação, enquanto não era dono, após tal fato teria deixado de fazê-lo.

Com relação à manutenção da restrição, que possibilita o convalescimento da posse somente em relação a aquisições violentas ou clandestinas, excluindo a forma precária - nos termos da parte final do artigo 1208¹⁹¹ do Código atual assim como fazia o Código anterior em seu artigo 497 - nos parece totalmente inapropriada do ponto de vista de uma conceituação paradigmada na dignidade da pessoa humana e na função social que é a órbita regente emanada pela Constituição Federal.

O Código Civil, ao reconhecer a aquisição possessória aos atos originalmente violentos e clandestinos e não aos precários, estaria excluindo da aquisição casos de empréstimos de coisas como, por exemplo, aquelas que não são reclamadas pelo tempo capaz de gerar usucapião, criando assim um injustificado tratamento discriminatório e antisonômico com alguém que obtém a coisa de forma

¹⁹¹CC. Art.1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

violenta, o que não parece muito razoável a um sistema jurídico que tem a dignidade humana como fundamento basilar.¹⁹²

Outro dispositivo do Código Civil atual que vai de encontro a ditame constitucional que enaltece a dignidade da pessoa humana é a previsão do parágrafo 1º¹⁹³ do artigo 1210, dispositivo este com idêntica previsão do artigo 502 do Código de 1916, que autoriza a auto-tutela em sede de defesa possessória, na forma de desforço imediato e legítima defesa.

Nada apropriado que em pleno século XXI esteja um ordenamento jurídico a prestigiar o conflito envolvendo pessoas a fim de defender e resguardar a posse de coisas. Seria a efetiva coisificação da natureza humana permitir que se coloque em risco a integridade física e a vida de pessoas a fim de defender bens. É o supra-sumo do materialismo e não se diga que aqui a coisa integra a dignidade humana, pois isso só poderia ocorrer envolvendo uma situação primitiva de sobrevivência. Deve o Estado em tais circunstâncias coibir qualquer ato que atente contra a dignidade humana. Se a situação envolver a própria dignidade da pessoa que eventualmente estiver possuindo algo e que será desapossado acessoriamente, aí entramos no campo de legítima defesa pessoal vinculada ao direito penal, mas a simples situação de desapossamento não deve ser coibida pelo próprio ofendido, uma vez que é um dever primordial e fundamental do Estado, garantir uma convivência pacífica e ordenada. É sua plena e total responsabilidade resguardar o interesse possessório e patrimonial das pessoas a fim de garantir segurança jurídica e paz social e não repassar levemente esse ônus ao cidadão.

Esta é inclusive a orientação da melhor doutrina e, ao comentar o parágrafo 1º do artigo 1.210 do Código Civil, Ricardo Aronne¹⁹⁴, assim reporta:

3. No âmbito do desforço imediato, a autotutela da posse, o § 1º do dispositivo em tela anacronicamente o positiva na codificação. Há de

¹⁹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. p.17: "(...) as discriminações são percebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição."

¹⁹³ ART. 1210.(...) § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

¹⁹⁴ARONNE, Ricardo. In: **Código Civil Anotado**, São Paulo, Thompson - IOB, 2005, p. 81

ter-se presente, admitindo sua jurisdição, o princípio da proporcionalidade quanto ao respectivo exercício. Não obstante, a propriedade e a posse afetam-se à respectiva função social (art.5.o, XXIII, e art. 170 da CF/88) e o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do ordenamento (art. 1.o, III, CF/88). Assim, a existencialidade guarda primazia à patrimonialidade. No mesmo sentido, ao contrário do início do século XX, o Brasil contemporâneo tem um processo civil extremamente maduro e desenvolvido, com mecanismos de adequação de tutela e percepção de urgência solidificados no ordenamento. O Poder Judiciário se desenvolveu muito, existindo varas judiciais próximas e acessíveis para todos os cidadãos, ao que se soma o benefício da gratuidade de justiça à população carente. Diante deste quadro, o desforço imediato não parece guardar o sentido de outrora, sendo fulminado, materialmente, por uma inconstitucionalidade substancial, como já levantado, quando da discussão desse Código como projeto, pelos deputados Requião e Gabeira.

Nesta mesma dicção é a orientação dada pelo artigo 1224¹⁹⁵ do Código Civil atual ao possuidor que não tendo presenciado o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa ou é violentamente repellido.

Primeiramente, observa-se que o Código Civil atual substitui o termo retomar previsto no artigo 522 do Código Civil de 1916, pelo retornar a coisa, o que não nos parece estar correto, pois quem retorna, regressa, volta de algum lugar e não a alguma coisa e esta sim pode ser retomada por alguém, no caso o antigo possuidor que foi injustamente desapossado.

Ainda referente ao mesmo dispositivo legal, mais uma vez o Código mantém uma expressão e com isso a idéia que já havia no Código de 1916 em seu artigo 522, que coloca ao possuidor esbulhado só se considerar perdida a posse da coisa se for violentamente repellido. Aqui seria de se sugerir que, em caso de esbulho, o possuidor ofendido busque seus direitos junto à função jurisdicional do Estado e não tente resolver pessoalmente uma situação temerária como esta, do contrário, os prejuízos poderão ser de natureza pessoal e não meramente

¹⁹⁵CC. Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

patrimonial, o que não seria lúcido e razoável, mormente quando a lei caracteriza que a situação de violência deve ser extrema, impondo de certa forma ao ofendido a obrigação de se expor consideravelmente, frente ao ofensor.

Desta forma, é evidente que os dispositivos do Código Civil de 1916, em relação à defesa material do direito de manter ou reintegrar-se na posse, não foram recepcionados pela atual Carta Magna Brasileira. Tais dispositivos são totalmente inconstitucionais por ofensa ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, muito embora se reconheça que esta não é a posição nem doutrinária^{196 197} nem jurisprudencial^{199 200 201}, que reiteradamente reconhece a autotutela

¹⁹⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. In: **Direito Civil Brasileiro**. v. V, Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 110: “A proteção conferida ao possuidor é o principal efeito da posse. Dá-se de dois modos: pela *legítima defesa* e pelo *desforço imediato* (autotutela, autodefesa ou defesa direta), em que o possuidor pode manter ou restabelecer a situação de fato pelos seus próprios recursos; e pelas *ações possessórias, criadas especialmente para a defesa da posse (heterotutela)*”. *Itálico no original*.

¹⁹⁷RIZZARDO, Arnaldo. In: **Direito das Coisas**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, “Para atos de turbação ou esbulho da posse é autorizada a autodefesa ou o desforço imediato, como assegura o art.1.210, § 1º, do Código: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”(art. 502 e seu parágrafo único, do Código anterior). Situações comuns ocorrem, como a de surpreender o titular do bem um estranho invadindo seu imóvel, ou tentando arrombar a residência, ou furtando um veículo, ou se apossando de um pertence pessoal. A reação imediata ampara-se no instituto da legítima defesa ante uma agressão injustificada. É que seria inviável a procura de recursos judiciais ou mesmo policiais para evitar a ofensa. Por isso, consagra o Código Civil revogado e repete o atual a legítima defesa da propriedade, extensiva à posse, por ser esta a exteriorização daquela”.

¹⁹⁸FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 131: “A legítima defesa da posse e o desforço imediato são as duas únicas medidas que o possuidor está legitimado a prontamente adotar para recuperar ou manter a posse agredida. São hipóteses excepcionais em que se autoriza a quebra do monopólio do Judiciário, em virtude da reação urgente a um atentado, em face de uma situação subjetiva consolidada. Em quaisquer das duas hipóteses, urge esclarecer que a autoexecutoriedade é uma extensão do direito às ações possessórias, sendo passível de uso em face de qualquer forma de agressão à posse. A autoexecutoriedade não pode ser assimilada como algo sobrenatural no sistema jurídico. Sendo a posse um direito subjetivo, sempre que ele for violado por terceiros surgirá a pretensão, ou seja, o poder do titular do direito violado de exigir o restabelecimento da situação originária. As pretensões normalmente são viabilizadas pela via judicial, mas nada impede que nas hipóteses determinadas pelo legislador encaminhem-se pela via extrajudicial, sobremaneira em circunstâncias de urgência. Certamente, qualquer forma de defesa imediata da posse será submetida ao controle do princípio da proporcionalidade, pois qualquer risco à integridade de pessoas em decorrência de tutela patrimonial deve ser ponderado com parcimônia”.

¹⁹⁹Exercício arbitrário das próprias razões – Autodefesa da posse – Delito não configurado. Não comete delito o agente que, diante de ato de turbação ou esbulho, se limita a defender sua posse nos termos do art.502 do Código Civil (TACRIM – Recurso em Sentido estrito no. 1.041.031/4, j. em 20.3.1997, 2ª Câmara, Relator: Érix Ferreira, RJTACRIM 35/451).

²⁰⁰Exercício arbitrário das próprias razões – Agente que promove a desocupação que adquiriu – Caracterização – Inteligência art. 486 do Código Civil, art. 345 do Código Penal 99 – O agente, que tendo adquirido imóvel em execução hipotecária, vê afrontada sua posse por alguém que ali residia e, ao invés de utilizar-se das vias judiciais próprias, apresenta-se a defender seu direito pelas próprias mãos, mudando o cilindro da fechadura do imóvel e contratando caminhão de mudança para remoção da mobília do ocupante, dá ensejo à instauração do procedimento próprio à apuração do delito do art. 345 do CP eis que, não tendo a posse direta, exerceu de modo ilegal o simples direito de um dia vir

possessória fundada em uma interpretação estritamente infraconstitucional, sem passar sequer os olhos pela Constituição da República.

É importante ressaltar que a impossibilidade da autotutela se dá exclusivamente na defesa da posse das coisas, uma vez que, presente o risco à integridade da pessoa humana, a situação adentra na esfera de defesa do seu próprio ser e com isso incide no campo existencial, o qual o Sistema Jurídico reconhece como direito fundamental.

Já em relação ao parágrafo 2º²⁰² do artigo 1210 do Código Civil atual o reconhecimento expresso na autonomia da posse em relação à propriedade ou outro direito sobre a coisa é evidente. É fruto de orientação sumulada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal²⁰³ e vai de encontro à definição dogmática de que ela é inerente à propriedade e dela se exterioriza como se fosse uma mera sombra. Cumpre ressaltar, no entanto, como correta a orientação fundada na realidade social e não em conceitos estanques formulados à luz de uma visão patrimonialista retrógrada.

Por óbvio que o locatário que cumpre o contrato, assim como o arrendatário, bem como o usufrutuário que desfruta da coisa cumprindo a função social não pode ser destituído da posse dessa pela simples vontade do proprietário. Do mesmo modo, quem possui faticamente uma coisa no modo ocupação natural não pode ser arrancado desta a não ser pelos meios legais próprios, o que significa reconhecer o fenômeno da posse em si mesma, não necessitando um substrato jurídico para fundamentá-la, muito embora essa possa ser a situação em regra.

possuir o bem (TACRIM – Recurso de hábeas Corpus no. 739.973/0, 14.5.1992, 7ª Câmara – rel. Luiz Ambra, RJDTACRIM 14/203).

²⁰¹ Ameaça – Delito não caracterizado – Absolvição decretada – Apelação provida. O art. 502 do Código Civil permite que o possuidor turbado ou esbulhado utilize-se da própria força para defender a sua posse, desde que o faça logo e comedidamente. Assim, se o réu adverte que poderá dela utilizar-se, no caso a sua posse venha a ser invadida, não comete crime algum, por estar no exercício regular do direito. Por outro lado, o crime de ameaça não admite condição, não se caracterizando o delito se o réu condiciona a sua conduta da própria vítima, bastando esta se omitir para que o mal propalado pelo réu não se concretize. (TAPR – Apelação Criminal 63139600 – Rel. Juiz Maranhão de Loyola – 4ª Câmara Criminal – 4-3-94.

²⁰² ART.1210. (...) § 2º Não obsta à manutenção, ou restituição na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

²⁰³ ENUNCIADO da Súmula 487 do STF: Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

A melhor interpretação ao disposto no § 2º do artigo 1210 do atual Código Civil, deve ser no sentido de conjugar a sua determinação à orientação da súmula 487 do STF, mesmo assim, com muita temperança, não impedindo que se possa discutir domínio e até propriedade em sede possessória se a tese do direito sobre a coisa, de ambas as partes, estiver fundada em um destes institutos. O que não cabe por certo é a mera *exceptio proprietatis*, quando o objeto da demanda é simplesmente possessório²⁰⁴ ²⁰⁵, como, por exemplo, quando dois vizinhos discutem a correta disposição da cerca divisória das respectivas propriedades e, reflexo disso, o direito ao exercício possessório.

Noutra senda, a função social da posse se impõe vertiginosamente em relação até a da propriedade, por objetivar um interesse social mais imediato e concreto, podendo-se dizer, inclusive, que a função social está muito mais vinculada à posse do que propriamente à propriedade²⁰⁶ que requer um exame substancial mais complexo e profundo, mas sempre decorrente da posse.

Com relação à definição da aquisição da posse, o disposto no artigo 1204²⁰⁷ do Código Civil - em sentido inverso ao da autonomia substancial da posse e novamente, assim como o fez na definição de possuidor (art. 1196) - indica e vincula inexoravelmente a posse ao instituto da propriedade, quando condiciona sua aquisição desde o momento em que o agente, em nome próprio, tem a possibilidade de exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade. Observe-se que muito embora aqui haja uma distinção fundamental, esta não é inerente à propriedade, mas sim a alguns dos poderes desta, mesmo assim, não nos parece salutar para o instituto possessório a sua vinculação com a propriedade. Ora, adquire-se a posse desde o momento em que o agente detém poderes de ingerência jurídica e sócio-econômica, em nome próprio, através do exercício efetivo, ou a possibilidade deste

²⁰⁴ENUNCIADO 78 do CEJ: “Tendo em vista a não recepção, pelo novo Código Civil, da ‘exceptio proprietatis’ (art.1.210, § 2º), em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no ‘jus possessionis’ deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso”.

²⁰⁵ENUNCIADO 79 do CEJ: “A ‘exceptio proprietatis’, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre juízos possessório e petitório”.

²⁰⁶ZAVASCKI, Teori Albino. In: **A tutela da Posse na Constituição Federal e no Projeto do Código Civil** – In: **A reconstrução do direito privado**, p. 845: “bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade”.

²⁰⁷ART. 1204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

de forma absoluta, ou relativa decorrente de fato vinculado a alguma relação de direito real, ou pessoal, ou mesmo de uma situação meramente fática.

O Projeto de Lei 6960/2002, que tramita no Congresso Nacional, prevê a modificação deste dispositivo, assim como faz com o que define o possuidor conforme já analisamos. Em relação a este, especificamente, a proposta é boa muito embora não seja perfeita, senão vejamos:

“Art. 1204. Adquire-se a posse de um bem quando sobre ele o adquirente obtém poderes de ingerência, inclusive pelo constituto possessório”.

Quando menciona bem e deveria referir-se a coisa é mais abrangente e condizente com o capítulo tratado, mas a todo o momento o Código atual relativiza este conceito parecendo considerar a mesma coisa. Na verdade os bens incluem também os direitos subjetivos da personalidade, como direito à vida, à saúde, à integridade, entre outros, enquanto as coisas se vinculam à materialidade ou imaterialidade, fora do espírito humano. Essa parece ser a concepção substancial da constituição.

Alexandre Pasqualini²⁰⁸ fixa:

Há algum tempo, Kant promoveu a conhecida e inspiradora distinção entre valor e dignidade: as coisas têm valor; as pessoas, dignidade. Não se deseja, de forma alguma, atribuir às leis e aos textos a condição de ‘pessoas honorárias para, em seguida, pretender que o intérprete não os pode tratar como meio, mas apenas como fim em si mesmos.

Nesta linha, a famigerada posse de estado de filiação, que a doutrina conservadora²⁰⁹ insiste em comentar como se fosse uma verdade no sistema jurídico familiar atual, é uma ofensa à orientação da Constituição Federal. Nada pode ser mais abominável do que a presunção de posse ou domínio de uma pessoa em relação à outra, especialmente em se tratando de relação paterno-filial, em que os

²⁰⁸PASQUALINI, Alexandre. In: **Hermenêutica e Sistema Jurídico** - Uma Introdução à interpretação sistemática do Direito, Livraria do Advogado, 1999, Porto Alegre. p. 43 – 44.

²⁰⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 5 v., 17ª. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002. p. 384. “se em companhia do casal, há muito tempo vive um filho, ter-se-á, então, a posse de estado do filho e, nela baseada, a pessoa criada pelo casal poderá, apoiada em prova testemunhal, indicar em juízo o reconhecimento de sua filiação”.

pais devem ser os exemplos para os filhos. Esta orientação patrimonialista da pessoa é um incentivo a perpetuação da doença.

A dita posse de estado de filiação decorre de uma interpretação em desconformidade com a Constituição Federal de 1988, em razão da simples manutenção literal dos artigos 348 e 349 do Código Civil de 1916, pelos atuais artigos 1604²¹⁰ e 1605²¹¹ do Código Civil atual, fundado *ius civile* patrimonialista romano²¹².

Muito embora se reconheça ser impossível exigir afeto na relação paterno-filial, seja esta legal, biológica e até na adotiva, certamente não há espaço para uma vinculação possessória dos filhos em relação aos pais. A relação que decorre, mesmo que sem afeto, o que seria uma anomalia, é de Poder-Dever, fundada inexoravelmente nos interesses substanciais dos filhos. Qualquer outra interpretação está em desconformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido cuidadosamente na atual Carta Magna brasileira, determinando uma verdadeira disfunção da posse, assim como ocorre no trabalho escravo.

Retornando ao disposto da aquisição da posse quanto à designação adquirente, deveria, o artigo em comento, fixar o agente ou a pessoa genericamente, incluindo aí as pessoas naturais e as jurídicas de direito privado e públicas de direito interno e externo. Isto seria mais técnico do ponto de vista jurídico e ortográfico, posto que não incorreria na redundância do adquirente que adquire. Mas tudo isso é de menor importância, o fundamental é que a expressão obtém poderes de

²¹⁰CC. Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

²¹¹CC. Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

²¹²WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, N. 14, 2002. p. 136-137: “ a) não se trata de posse de estado de filho, mas, sim, de estado de filho afetivo, cujo vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e domínio, e sim de amor, de ternura na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia; b) equiparar posse de direitos reais de estado de filho, inclusive com os mesmos requisitos do art. 550 do Código Civil, perfazendo a família patriarcal onde o pai detinha a posse e a propriedade do filho, da mulher e dos escravos; c) a família está inundada pelos mesmos propósitos da família biológica . A família sociológica é constituída à margem e a semelhança da família genética e vice-versa, porquanto o que importa é a manutenção dos vínculos afetivos; d) no estado de filho afetivo devem ser cumpridas as mesmas condições do estado e filho biológico, já que a filiação é uma imagem refletida entre pais e filho, sem discriminação, sem identificar-se com a voz do sangue ou a voz do coração. Não se trata de posse, mas de edificação do estado de filho, do estado de afeto”.

ingerência. Ora, tal expressão é muito vaga; deveria dizer expressamente ingerência sócio-econômica, como previsto na nova definição de possuidor do artigo 1196, ou ainda, deveria referir-se expressamente a este dispositivo, como faz em relação à definição de perda, nos termos do artigo 1223²¹³.

Em sede de aquisição e tutela possessória das servidões, o artigo 1213²¹⁴ do Código Civil atual, suprimiu a expressão: contínuas, mantendo somente aparentes e com isso reconhecendo garantias a estas, ainda que não tenham sido constituídas por títulos que é a regra do sistema, nos termos do artigo 1378²¹⁵, o que é correto, pois o elementar para a proteção do exercício possessório meramente fático e com isso não titulado - seja de domínio ou de reflexo dele - é a exteriorização tornada pública, o contrário seria de difícil comprovação.

Esta disposição legal que reconhece tutela apenas às servidões aparentes, ou seja, àquelas que são visíveis ao olho humano constantemente, e que não são objeto de titulação formal, é relativizada por orientação sumulada²¹⁶ do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Este tribunal reconhece a servidão de trânsito, que é um exemplo de não aparente - o direito de tutela possessória - desde que se configure aparentemente em razão de obras realizadas. A fim de concretização da função social da posse, se poderia ir mais além e considerar não só obras em sentido estrito, mas qualquer fato que demonstre a existência permanente de tal passagem, como por exemplo, o mato queimado pela passagem de pessoas e veículos.

Referente ao tempo exigido para o usucapião das servidões prediais sem justo título se observa que o Código Civil não deu o mesmo tratamento que ao usucapião de domínio similar, reduzindo o lapso temporal em um quarto do tempo do que era exigido no Código anterior, demonstrando assim uma estagnação que não cumpre a função social, o que é inclusive um contra senso, pois para adquirir o

²¹³ART. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

²¹⁴CC. Art.1213. O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões não aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve.

²¹⁵ART.1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no cartório de Registro de Imóveis.

²¹⁶STF. 415. "Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobre tudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória".

domínio do imóvel através da prescrição aquisitiva, o prazo é consideravelmente menor do que para constituir uma servidão predial no mesmo.

A disposição do artigo 1379²¹⁷ do atual Código Civil exigindo dez anos com justo título e vinte anos sem justo título, parece ter sido objeto de esquecimento do legislador, posto que se a aquisição dominial plena extraordinária foi reduzida para quinze anos, nada mais lógico que a aquisição de um exercício reflexo do domínio que é bem menos amplo deveria ter seguido a mesma linha, mantendo-se o exercício funcionalizado da posse em mesmo paralelo, inclusive tendo tal desconformidade sido relativizada através do enunciado 251 aprovado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal²¹⁸, que determina que o prazo do usucapião de servidão não pode ser maior do que a de domínio.

Em relação ao artigo 1223²¹⁹ do Código Civil, a crítica basicamente é em função da manutenção da expressão perda quando deveria ser extinção, até por que a perda é uma das espécies de extinções da posse. No entanto, observação de fundamental importância a ser feita é no sentido de que a adoção, pelo atual Código, de uma definição objetiva seguindo a orientação mais direcionada da doutrina de Jhering, tanto para a aquisição quanto para a extinção possessória não significa a exclusão das formas aquisitivas e extintivas da posse prevista no Código 1916^{220 221}.

Como se verifica, todas as espécies de aquisição e extinção possessória continuam sendo situações efetivas dos respectivos fenômenos, não tendo sido

²¹⁷ CC. Art. 1379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.

Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos.

²¹⁸ ENUNCIADO 251 do CEJ: "O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil".

²¹⁹ CC. Art. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

²²⁰ CC/1916 Art. 493 – Adquire-se a posse:

- I- pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito;
- II- pelo fato de dispor da coisa, ou do direito;
- III- por qualquer dos modos de aquisição em geral.

²²¹ CC/1916 Art. 520 – Perde-se a posse das coisas: I- pelo abandono; II- pela tradição; III- pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio; IV- pela posse de outrem, ainda a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente; V- pelo constituto possessório;

Parágrafo único – Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem.

extintas pela adoção de uma definição mais genérica sugerida pela doutrina^{222 223} que via um grande contra senso, uma vez que as espécies elencadas seriam de conteúdo subjetivo, advindo assim, da teoria de Savigny, em um código que seguia a orientação de uma teoria objetiva.

O reconhecimento de que as situações de aquisição e extinção da posse decorrentes da teoria subjetiva permanecem em pleno vigor, muito embora não tenham sido repetidas pelo atual Código Civil, só corroboram a tese de que as teorias clássicas não se bastam em si mesmas pelos seus simples fundamentos, mas é evidente que cada qual, dentro de uma perspectiva sociológica e realista, contribui consideravelmente para a explicação do fenômeno da posse e não há como não reconhecer suas contribuições, principalmente em razão de seu contexto histórico e social.

Ainda, no mesmo Projeto de Lei existe a previsão de modificação do artigo 1197²²⁴ do Código Civil atual que trata do desdobramento possessório, sendo para a Teoria Subjetiva de Savigny situação que se caracteriza como mera detenção, uma vez que a posse só se configura com *animus domini* (como dono) ou *animus rem sibi habendi* (vontade de possuir para si).

A modificação que se projeta vem corrigir uma má orientação original do Código Civil de 2002 que se refere à defesa da posse somente ao possuidor direto contra o indireto, quando na verdade a orientação jurisprudencial já há muito

²²²VENOSA, Sílvio de Salvo. In: **Direito Civil**, 3ª ed, Atlas, Direitos Reais, v V, 2003, São Paulo, p:84: “O art.493 do Código anterior detalhou três situações de aquisição da posse. Adotava a teoria de Jhering como regra geral no Código, não se sustenta a necessidade da descrição casuística desse dispositivo, não originário do projeto de Clóvis, mas proveniente de emenda da Câmara. (...) Como acentua Darcy Bessone, em face da teoria objetiva, esse dispositivo seria desnecessário, pois, segundo Jhering, a aquisição da posse resulta apenas da circunstância de ser fixada uma exteriorização da propriedade(1988:279). A vontade de ter a coisa para si, como descrito, resulta do comportamento do agente. Toda vez que se evidenciar essa situação de fato, existirá posse. O Código de 1916, porém, preferiu particularizar situações de aquisição. No entanto, essa enumeração, além de redundante, não é taxativa, pois aquisição de posse haverá sempre que presentes os estudados pressupostos de fato, independentemente de tipificação legal. Orlando Gomes (1983:48) justifica com clareza a posição legislativa:”

²²³VENOSA, Sílvio de Salvo. In: **Direito Civil**, 3ª ed, Atlas, Direitos Reais, v V, 2003, São Paulo, p. 94 “O legislador de 1916foi repreendido por ter sido casuístico também nas hipóteses de perda da posse, uma vez que poderia ter adotado forma genérica. Em resumo perde-se a posse sempre que o agente deixa de ter possibilidade de exercer, por vontade própria ou não, poderes inerentes ao direito de propriedade sobre a coisa”.

²²⁴ART. 1.197. A posse direta dos bens, mesmo que em caráter temporário e decorrente de direito pessoal ou real, não anula a posse indireta de quem foi havida, podendo, qualquer um deles agir em sua defesa, inclusive por ato praticado pelo outro possuidor.

reconhece a tutela possessória de um em relação ao outro. Além disso, ambos podem se defender contra terceiros e assim objetivar efetivamente o cumprimento da função social da coisa de forma concorrente entre os possuidores direto e indireto²²⁵²²⁶. Concretizando, desse modo, harmonicamente, direitos e deveres de ambos os possuidores numa dicção isonômica decorrente de valores e princípios expressos na Carta Magna.

Porém, nem tudo é perfeito em relação a este dispositivo do Projeto, pois prevê a manutenção da expressão “não anula” quando o correto seria “não exclui”, no sentido de que a posse direta de uma coisa não exclui a indireta de quem foi havida. A expressão anular, significa retirar eficácia, efeito, ou seja, invalidar, o que não é o caso, mas sim o de não afastar um exercício concomitante de um direito frente a outro que o ordenamento jurídico reconhece, no caso possessório especificamente o indireto em face do direto.

Fica latente a intenção da Lei Civil de se incorporar aos ditames da função social da posse que deflui da Constituição Federal, pois ao impor direitos e obrigações, em sendas possessórias desdobradas, obriga a todos os possuidores diretos e indiretos, que participam desta relação com a coisa, a dar cumprimento a tal exigência sob pena de deslegitimarem-se e com isso responderem pelo indevido exercício possessório nas suas respectivas dimensões.

Quanto ao efeito da posse previsto no atual Código Civil entre os artigos 1210 ao 1222 - que praticamente repete as disposições previstas nos artigos 499 a 519 do código de 1916 - é mantida, em relação aos frutos, a idéia de que o possuidor de boa-fé, enquanto durar essa, tem direito aos frutos percebidos. Depois de cessar

²²⁵ AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – É cabível, após notificação prévia, a proposta pelos adquirentes de um bem imóvel, objeto de comodato conferido pelos proprietários anteriores. Possuidor indireto também faz jus aos interditos contra o possuidor direto, uma vez extinto o direito deste. Aquisição da posse – Por qualquer dos modos de aquisição em geral (art.493, III, CC), facultando-se ao sucessor singular unir sua posse à do anterior. Agravo de instrumento provido para que se processasse a ação possessória como tal (TARS – AGI 184030286 – 3ª.CC – Rel. Ernani Graeff – 9-8-84).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Imóvel ocupado por terceiro estranho à relação locatícia – Ausência de consentimento expresso do locador – Ebulho – Caracterização – Cabimento. Se terceiro, estranho, passa a ocupar o imóvel, sem consentimento expresso, apesar de se intitular cessionário, sublocatário, ou comodatário, não passa de esbulhador, contra quem o possuidor indireto, o locador, pode mover ação de reintegração de posse. (2.o. TACSP – Ap. c/Ver. 422.898, 6-2-95, Rel. Fábio Gouvêa).

²²⁶ ENUNCIADO 76 do CEJ: “O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto e este contra aquele (art.1.197, in fine’, do novo Código Civil)”.

a boa-fé os frutos pendentes devem ser restituídos após serem deduzidas as despesas de produção e custeio, também devendo ser restituídos os frutos colhidos com antecipação.

Já em relação ao possuidor de má-fé, este responderá por todos os frutos colhidos, os percebidos e aqueles que deixou de colher por sua culpa, tendo direito, porém, às despesas de produção e custeio^{227 228 229}.

O Código Civil ao tutelar a percepção dos frutos pelo possuidor que deve restituir a coisa, prestigia a conduta de boa-fé, reconhecendo direitos bem mais amplos do que ao de má-fé. Este terá apenas a possibilidade de reembolso das eventuais despesas de produção e custeio, coibindo tão somente o enriquecimento sem causa, cumprimento do desiderato da função social em face de um exercício possessório, que sempre soube ilegítimo. Contrário ao de boa-fé que até determinado momento se entendia legítimo em relação à coisa.

Com referência às benfeitorias, o possuidor de boa-fé, mantém o direito à indenização das que se fizerem necessárias e úteis, bem como, às voluptuárias, que se não lhe forem pagas, pode levantá-las desde que isso não prejudique a substância da coisa. Ainda, quanto às benfeitorias úteis e necessárias, há a possibilidade de retenção da coisa possuída até que as mesmas sejam indenizadas. Por outro lado, o possuidor de má-fé tem direito somente à indenização das benfeitorias necessárias, não tendo direito à retenção destas, tampouco de levantar as voluptuárias^{230 231}.

O Código Civil mantém a mesma orientação em face do exercício de boa-fé do possuidor pela consecução de benfeitorias na coisa, reconhecendo a este,

²²⁷ CC. Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar aos frutos percebidos.

Parágrafo único. Os Frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

²²⁸ CC. Art. 1.215. Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados; os civis reputam-se percebidos dia por dia.

²²⁹ CC. Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

²³⁰ CC. Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quando às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

²³¹ CC. Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

além de efeitos econômicos bem distintos do possuidor de má-fé, o direito de retenção até que estas sejam ressarcidas, como forma de premiar o exercício funcional de quem era legítimo até então e de punir a inércia do titular que não tomou providências a tempo de impedir a realização de obras e serviços, impondo assim uma análise sociológica no caso concreto.

O Código Civil atual mantém a possibilidade de compensação entre as benfeitorias com os danos causados pela posse indevida e só obriga ao ressarcimento, se ao tempo da evicção estas ainda existirem^{232 233}.

Neste quadrante deve ser dada uma ponderação também sociológica a tal dispositivo, onde além da análise da conduta do possuidor e do retomante da coisa, deverá ser verificado o proveito efetivo das benfeitorias e dos danos além da ponderação do exercício indevido frente à postura de cada um dos sujeitos da relação.

Já em relação à obrigação de indenizar as benfeitorias necessárias pelo reivindicante ao possuidor, o Código Civil de 2002, faz mais uma vez distinção: se o possuidor é de boa-fé, este tem direito à indenização das benfeitorias pelo valor atual. Se, no entanto, o possuidor é de má-fé, o reivindicante obrigado a indenizar as benfeitorias tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo²³⁴.

Novamente a função social deve se impor na exegese. A opção que é dada ao reivindicante em relação ao possuidor de má-fé, por certo tem o condão de autorizar o pagamento da mais vantajosa àquele, sem perquirir da vontade deste. Em contra partida é dado ao possuidor de boa-fé exigir do reivindicante o direito de pagamento pelo valor real ao tempo da evicção.

²³²CC. Art. 1.221. As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.

²³³Imissão de posse. Benfeitorias. Compensação. Aluguel. Para a compensação do valor das benfeitorias com o valor dos danos (art. 518 do CC), no qual foram incluídos, pelas instâncias ordinárias, os aluguéis pagos pelos autores da ação, estes devem corresponder ao tempo em que cessou a boa-fé dos possuidores (data da citação na ação de imissão) até a data em que manifestaram, nos embargos que vieram a ser julgados procedentes, a pretensão de serem indenizados pelas benfeitorias necessárias e úteis, uma vez que a partir daí estavam exercendo o direito de retenção. O valor dos aluguéis deve corresponder, aproximadamente, ao valor locativo do imóvel objeto da ação. Recurso conhecido e provido em parte (STJ – Acórdão REsp 279303/BA (200000972568) RE384017, 14.12.2000, 4ª Turma – Rel. Min. Rui Rosado de Aguiar).

²³⁴CC. Art. 1222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

No que concerne à responsabilidade pela deterioração da coisa, o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração a que não der causa, enquanto o possuidor de má-fé, responde pela perda ou deterioração da coisa, mesmo que acidentais, salvo se provar que tal ocorreria mesmo que esta estivesse nas mãos do reivindicante^{235 236}.

A função Social da posse também se evidencia em relação à responsabilidade pela destruição, deterioração ou perecimento da coisa, impondo ao possuidor de má-fé uma responsabilidade objetiva pelo risco integral²³⁷, só se eximindo da indenização se provar que o mesmo ocorreria inclusive se esta estivesse na posse do reivindicante. Quanto ao possuidor de boa-fé, a este só será imputada responsabilidade pela deterioração se agiu com culpa.

O caráter da boa-fé é um critério subjetivo, tanto é assim que o *caput* do artigo 1201²³⁸ reconhece tal presunção desde que o possuidor ignore o vício ou obstáculo que impede a sua aquisição. Já no parágrafo único do mesmo dispositivo, ao possuidor com justo título, a presunção é maior em seu favor, só se desconfigurando com prova em contrário, ou quando e expressamente a lei não permitir tal concepção.

Segundo o artigo 1202²³⁹ a posse só perde o caráter de boa-fé a partir do momento em que as circunstâncias demonstrarem que o possuidor não desconhecia o vício ou o obstáculo para um exercício devido.

A boa-fé à luz da diretriz da Constituição Federal de 1988, constitui-se num princípio geral de ampla extensão e dimensão, segundo o qual todos devem segui-lo nas suas relações sociais recíprocas, tendo a lealdade, a confiança, o respeito e o senso de justiça, como elementos acessórios, integrativos e dissociáveis

²³⁵CC. Art. 1217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.

²³⁶CC. Art. 1218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

²³⁷FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 2^a ed, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 96.

²³⁸CC. Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

²³⁹CC. Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

da conduta humana que se entende como correta, inclusive possessória como fato que integra o sistema jurídico.

Assim a boa-fé ganha novo e fundamental relevo na Ordem Jurídica, a partir da Constituição Federal²⁴⁰. Bem mais amplo do que o de simplesmente suprir lacunas legais, como já foi no passado²⁴¹, objetivando a concretização de um sistema de direito substancial e aberto que se refaz dia após dia²⁴².

Em relação à tutela processual possessória, o Código Civil atual no art. 1211²⁴³, mantendo a mesma disposição do artigo 500 do Código revogado, reconhece em caso de disputa da coisa por mais de uma pessoa, a manutenção desta nas mãos do possuidor atual até decisão ulterior, se evidente não se manifestar a obtenção injusta por ele em relação a alguma das demais, com o propósito evidente de manutenção do *status quo ante*, e fundamentalmente em razão da posse que melhor se destine ao cumprimento da função social da coisa, como forma de garantir paz e estabilidade social²⁴⁴.

²⁴⁰NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação Constitucional do princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro. Renovar. 1988 p. 252: "A fundamentação constitucional da boa-fé objetiva centra-se na idéia da dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais. Nossa hipótese é a de que o quadro principiológico previsto constitucionalmente inverte, na medida em que elege a pessoa humana como ápice valorativo do sistema jurídico, a relação de subordinação entre o **direito** à autonomia privada e o **dever** de solidariedade contratual, passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa **solidária**, ao indivíduo **solidário**." (grifos no original)

²⁴¹NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Ética e boa-fé no adimplemento contratual**. Rio de Janeiro. Renovar, 2000, p. 185: "A dimensão aqui emprestada à boa-fé, enquanto princípio jurídico, transcende aquela particularmente prevista no ordenamento jurídico nacional, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que elenca os "princípios gerais de direito" como instrumento de supressão das lacunas legais, exatamente na ordem e concepção de completude do sistema. Entende-se, assim, não como sua única utilidade a da integração do sistema legal".

²⁴²MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Código Civil Brasileiro**. Saraiva. São Paulo. 2002. p.382: "A boa-fé objetiva aí desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados operadores do direito, que passam a ser vistos como seus verdadeiros autores e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários".

²⁴³CC. Art. 1.211. Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso.

²⁴⁴AÇÃO POSSESSÓRIA. DESCRACERIZAÇÃO DO ESBULHO. POSSE ANTERIOR NÃO COMPROVADA. ATOS DE MERA DETENÇÃO PRATICADOS SOBRE TERRENO BALDIO DO QUAL NÃO HÁ PROPRIETÁRIO. OCUPAÇÃO COM DESTINAÇÃO SOCIAL DE MORADIA. SE OS ATOS PRATICADOS PELOS AUTORES QUE SE PRETENDEM REINTEGRAR NA POSSE ERAM ATOS DE MERA DETENÇÃO, PORQUANTO PRATICADOS SOBRE TERRENO BALDIO, NÃO TITULADO, UTILIZANDO-O DE MODO ESPORÁDICO PARA PLANTAÇÃO DE MANDIOCA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM POSSE. O CONCEITO DE POSSE, A PARTIR DO INCISO XXIII, DO ART-5, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ESTA INTIMAMENTE LIGADO A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. A EPOCA EM QUE OS REUS TOMARAM POSSE DA AREA NÃO ERA POR NINGUEM UTILIZADA E TAMPOUCO NELA HAVIA ALGUMA PLANTAÇÃO. DESTINAÇÃO SOCIAL DA AREA ONDE

No artigo 1212²⁴⁵ do Código Civil de 2002, que guarda idêntica simetria com o artigo 504 do Código anterior, há autorização ao ex-possuidor para intentar ação de reintegração de posse ou ação indenizatória contra terceiro de má-fé, que sabe possuir indevidamente. Contrário senso, o possuidor indevido de boa-fé somente pode sofrer ação real, com objetivo de restituição da coisa²⁴⁶.

Ainda dentro dos efeitos da posse, o código revogado trazia disposições da tutela processual possessória típica, nos artigos 503²⁴⁷, 506²⁴⁸, 507²⁴⁹ e 508²⁵⁰, o que agora ficou adstrito ao Código de Processo Civil dos artigos 920 ao 933, por sugestão da doutrina clássica²⁵¹ que determinava se tratar de matéria eminentemente de lei subjetiva, ou seja, procedimental e não material. No entanto, esta mesma doutrina considera a posse nova e a posse velha como uma classificação material do instituto, fundamentando agora nos dispositivos da lei processual, o que poderia parecer uma contradição.

Há entendimento, inclusive, jurisprudencial, fundado em doutrina de vanguarda, de que no exame das questões de natureza da tutela possessória, ou seja, reintegração, manutenção e interdito proibitório, não só o intérprete pode como deve levar em conta os requisitos constitucionais da função social da propriedade e

FORAM CONSTRUÍDAS CASAS DE MORADIA PARA DEZENAS DE FAMILIAS COM FORNECIMENTO DE AGUA, LUZ E ILUMINAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO DA POSSE EXERCIDA PELOS REUS. APELO IMPROVIDO.”(Apelação Cível no. 70002028017, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 11/09/2001).

²⁴⁵CC. Art. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.

²⁴⁶ENUNCIADO 80 do CEJ: “É inadmissível o direcionamento da demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima, diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé cabe tão-somente a propositura de demanda de natureza real”.

²⁴⁷CC/1916 - Art.503 O possuidor mantenido, ou reintegrado, na posse, tem direito à indenização dos prejuízos sofridos, operando-se a reintegração à custa do esbulhador, no mesmo lugar do esbulho.

²⁴⁸CC/1916 - Art. 506 Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração.

²⁴⁹CC/1916 - Art. 507 Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse.

Parágrafo único – Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será seqüestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque.

²⁵⁰CC/1916 - Art. 508 Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantenido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários.

²⁵¹RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 54: “Tais conceitos de posse velha e posse nova, bem como as decorrências de se manter ou não desde logo no seu exercício, não se mantiveram no Código Civil introduzido pela Lei n.o 10.406. Ocorre que princípios e valores diferentes devem ser levados em conta, merecendo destaque aqueles que autorizam a concessão de medida cautelar e de tutela antecipada. Ademais, a matéria é de cunho processual, encontrando-se a regulamentação especial no art. 928 do Código de Processo Civil”.

com isso fazer incidir os princípios fundamentais nas normas infraconstitucionais, no caso, o Código de Processo Civil, e assim decidir harmonicamente a questão no caso concreto.

Nesse sentido, o voto do eminente Desembargador Estadual Carlos Rafael dos Santos Junior, como relator, em agravo de instrumento, fixou a necessidade de uma interpretação sistemática, reconceituando a propriedade a partir de sua função social e como princípio constitucional que deve refletir seu espectro nas normas infraconstitucionais e não se submeter aos limites formais destas²⁵².

Nessa mesma linha e no mesmo processo, o voto do eminente Desembargador Estadual Mário José Gomes Pereira, como revisor, reconhece a necessidade de se impor novos requisitos e pressupostos processuais para a tutela possessória, notadamente o cumprimento da função social, inclusive reconhecendo a necessidade de uma releitura da classificação de justeza ou injusteza da posse²⁵³.

²⁵²Passagem do voto do Desembargador Carlos Rafael dos Santos Junior, nos autos do Agravo de Instrumento no. 70003434388 do TJRS, onde, por maioria, foi negado provimento ao recurso, uma vez que os recorrentes proprietários não demonstraram o devido cumprimento da função social da propriedade, em sede de Reintegração de Posse, nos seguintes termos: "O professor Alexandre Pasqualini, em ensaio denominado Sobre a Interpretação Sistemática do Direito, citando trabalho do Dr. Juarez Freitas, discorre sobre a importância de uma nova visão do direito positivo. Sustenta, nesse sentido, que a "...mudança no conceito de interpretação sistemática decorre – como se verá – da simultânea e simétrica ampliação dos conceitos de sistema jurídico e de antinomias jurídicas, orientada pela descoberta, absolutamente pioneira e lúcida, do princípio da hierarquização axiológica."(Revista da Ajuris, v. 65, pp. 283/284). Com estas considerações, pensa-se que se há de construir uma nova exegese da norma a respeito da posse e da propriedade imóveis, dando vida efetiva ao conceito da função social da propriedade, que certamente não encontra lugar no texto constitucional por circunstância de simples diletantismo. (...) Modificado, então, que foi o próprio conceito de propriedade, com a maior valia que sua *função social* mereceu no texto constitucional, lhe foi imposto um limite que, não obstante preexistente, hipertrofia-se a partir da nova Carta. Aliás, os próprios juristas acima citados, não deixaram de mencionar, ainda que de modo subliminar, a necessária justaposição dos dois conceitos (*interesses pessoais do próprio possuidor, o direito de propriedade vai expor-se a sanções*). (...) Com certeza, o tema ainda demandará modificação legislativa no âmbito do processo civil, com a sistematização da investigação judicial da função social da propriedade em cada caso concreto submetido ao judiciário. Todavia, o Juiz não pode deixar de decidir pela falta de norma infraconstitucional de cunho procedimental. Há de emprestar, às normas processuais, então, caráter amplo, ajustando-as ao novo direito positivo material a fim de não sepultá-lo por eventual atraso legislativo. Assim, a construção de uma nova exegese da norma, necessária à luz de um sistema jurídico aberto e incompleto, "...assume, no seio do sistema, a condição de um de seus pressupostos lógicos, eis que, abolindo a arbitrária dicotomia entre interno e externo, assegura, em face do caso concreto e, principalmente, sem recorrer ao moroso legislativo, sua espontânea e natural modernização."(Alexandre Pasqualini, Revista da Ajuris, 65, pp.287/288). De todo o exposto, a conclusão é única. Não há mais como se vedar, ao juiz, a investigação acerca da *função social da propriedade*, quando se vê o judiciário diante de conflitos agrários como o ora em pauta. Sustentar o contrário, a meu juízo, significa negar vigência ao próprio Texto Maior, submetendo-o a garrote de norma processual que tem por finalidade, exatamente, dar efetividade ao direito material, jamais impedir seu exercício. E isto é violar a lei". Negritos no original.

²⁵³Passagem do voto do Desembargador Mário José Gomes Pereira, nos autos do Agravo de Instrumento no. 70003434388 do TJRS, onde, por maioria, foi negado provimento ao recurso, uma vez

que os recorrentes proprietários não demonstraram o devido cumprimento da função social da propriedade, em sede de Reintegração de Posse, nos seguintes termos: “A inserção da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais significa que a mesma foi considerada pelo constituinte como ‘regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo (Gustavo Tepedino, Aspectos da propriedade Privada na Ordem Constitucional, *in*, Estudos Jurídicos, obra editada pelo Instituto de Estudos Jurídicos, Rio, 1991, pág. 314). Assim, a Constituição garante o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social. “Ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento ligado aos anseios sociais (José Acir Lessa Giordani. Propriedade Imóvel: Seu conceito, sua garantia e sua função social na Nova Ordem Constitucional, Revista dos Tribunais, vol. 669, 1991). O conteúdo da função social da propriedade é informado pelo próprio texto constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana regra basilar e estabelece como objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. Para alguns, a propriedade, em razão de sua função social, deve ser visualizada não apenas como um direito fundamental, mas também como um dever fundamental. Daí se dizer, que a situação jurídica daquele que é proprietário, caminhou da esfera do ser – tal qual concepção da época do individualismo exacerbado – para a esfera do fazer, em vista do princípio da função social da propriedade, hoje consagrado em nível constitucional (Perez Jesus Gonzáles, *apud* Antonio Carceller Fernández, Instituciones de Derecho Urbanístico, p. 53. E a mencionada função social da propriedade possui destinatários específicos, a saber: o titular do direito de propriedade, o legislador e o juiz. Para o titular do direito de propriedade, a função social assume uma valência de princípio geral. A sua autonomia para exercer as faculdades inerentes ao domínio não corresponde a um livre-arbítrio. O proprietário, através de seus atos e atividades, não pode perseguir fins anti-sociais ou não sociais, como também, para ter garantida a tutela jurídica ao seu direito, deve proceder conforme a razão pela qual o direito de propriedade lhe foi outorgado. Em outras palavras, deve proceder de forma a promover os valores fundamentais da República esculpidos no Texto Constitucional. A função social impõe ao legislador ordinário que não conceda ao titular da propriedade, mediante normas infraconstitucionais, poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse social positivamente tutelado, mas também que predisponha um estudo que, em positivo, conceda ao titular aqueles poderes necessários para perseguir os objetivos constitucionais relevantes. A função social, completa Perlinger, é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos. Nesse sentido, o operador jurídico deve ter sempre a função social como critério de interpretação e aplicação do direito, deixando de aplicar as normas que lhe forem incompatíveis. “Assim, se se tratando de ações possessórias, ou reivindicatórias, incidentes sobre bens imóveis, por exemplo, este princípio constitucional faz com que o Magistrado seja obrigado a examinar, no caso concreto, o cumprimento da função social da propriedade (ou da posse), tanto por parte do autor, como do réu, se for o caso. Se concluir que o princípio não era atendido pelo autor da ação, o juiz deve julgar a ação improcedente, ainda que os requisitos exigidos pela lei, para sua procedência, resem atendidos”. Função Social da Propriedade, Carlos Araújo Leonetti, *in*, Revista dos Tribunais, vol. 770/729. E “a liminar que seja deferida concedendo a reintegração de posse de imóvel nessa condição pode até atender a dogmática do Código Civil, mas se choca de frente com o novo texto constitucional.” (A Justiça dos Conflitos no Brasil, Luiz Edson Fachin, *in*, A Questão Agrária e a Justiça, Ed. RT, pág. 285). (...) A estas alturas, e observando que se está a dispor sobre mera decisão interlocutória, cabe indagar-se sobre a atual leitura do art. 524 e outros do Código Civil e 927 e seguintes do código instrumental. “Levando em conta a eficácia interpretativa da norma constitucional que prescreve a função social da propriedade, o Código Civil e o Código de Processo Civil, como normas infraconstitucionais, devem ser interpretados em harmonia com a Constituição, que é Norma Fundamental do ordenamento jurídico. A Constituição é que proporciona os parâmetros e diretrizes essenciais para a interpretação dos restantes preceitos que compõem o ordenamento. Resta, pois, adaptar e integrar os preceitos dos Códigos Cíveis e Processual Civil à nova situação constitucional, ou seja, fazer uma interpretação atualizadora desses códigos com o objetivo de torná-los compatíveis com os princípios constitucionais. Isto é perfeitamente possível, pois a Constituição reconhece o direito subjetivo de propriedade privada previsto no Código Civil, acrescentando-lhe, porém, a cláusula da função social. De forma que, para harmonizarmos o Código Civil com a Constituição, basta acrescentarmos ao artigo 524 do Código Civil a cláusula da função social, ou seja, o proprietário continua a ter o direito de usar, gozar, e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua, como proclama o Código Civil, desde que imprima à propriedade uma

Em uma senda que discorda da instrumentalização para a imposição da função social da propriedade, em sede possessória, reconhecendo, no entanto, o conteúdo material dos valores e princípios constitucionais que informam e integram essa diretriz, o eminente Desembargador Estadual, Luís Augusto Coelho Braga, indica que o sistema jurídico assegura ao proprietário um devido processo legal, reconhecendo o direito à ampla defesa e ao contraditório, sob pena de risco ao Estado de Direito, por ofensa à paz social e à segurança jurídica, devendo todos os princípios constitucionais em harmonia sistemático-hierarquizada serem concretizados pelo intérprete, não sendo requisito da possessória a prova de cumprimento da função social, mas sim da ação de desapropriação por interesse social, apoiado também em doutrina de vanguarda²⁵⁴.

função social como impõe a Constituição. Portanto, o Código Civil não foi revogado pela Constituição. O que mudou foi a forma de entender e interpretar seu sentido, o qual deve agora harmonizar-se com a Constituição. Em definitivo, a partir desta nova perspectiva, a disciplina da propriedade contida no Código Civil e na Constituição não são discordantes. Em ambos a propriedade é um direito individual, cuja titularidade continua sendo atribuída aos sujeitos privados. Seu exercício, porém, encontra-se temperado pela afetiva realização do interesse social da coletividade, sem prejuízo do interesse do proprietário. Idêntica postura deve ser adotada a respeito do Código de Processo Civil, sobretudo quando ao artigo 927 que trata dos requisitos para a concessão de manutenção ou reintegração, liminares que só podem ser deferidas se o possuidor provar que esta imprimindo ao exercício de sua posse um efeito social” (José de Albuquerque Rocha, op. cit.). Em linha com tal ensinamento, já se pensa em novos pressupostos processuais para as ações possessórias e petições. Nilson Marques, Sérgio Sérvulo da Cunha, Gustavo Tepedino, Jacques Távora Alfonsin, Rui Portanova, Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, e mais detalhadamente, o Defensor Público Geral da União, Antônio Jurandy Porto Rosa, sugerem que se exija do proprietário a prova do adimplemento da função social da propriedade: assim, na possessória, o descumprimento da função social desqualificaria a posse; e tanto nas possessórias quanto nas petições, para a prova da propriedade não bastaria o título, sendo também necessário provar o cumprimento da função social (CF art. 5º, XXIII). (...) Essa diferença há que produzir tratamento diverso na legislação ordinária civil e processual civil, sob pena de inutilidade dos preceitos maiores da Carta Política. Necessário introduzir, no conceito de posse justa, tratando-se de imóvel rural, um componente de uso, relativo a observância da função social da propriedade. O código Civil vigente, de 1916, em seu art. 489, vincula a posse justa exclusivamente a critérios de aquisição (é justa posse que não for violenta, clandestina ou precária). O princípio da função social da propriedade, ora adotado, reclama que se acrescente, quanto aos imóveis rurais, um novo paradigma, levando à conta essa função social. Então, seria justa a posse que atendesse a função social da terra, ou seja, cuja a utilização não violasse os arts. 5º, XXIII e 186 da Constituição Federal. Assim, embora a aquisição da posse não tivesse sido violenta, clandestina ou precária, ela se tornaria injusta pelo uso ilegítimo, por colidir com o princípio da função social da terra. O possuidor latifundiário que descumpra o princípio da destinação social da propriedade desafia o equilíbrio social e afronta o sentido de justiça das populações pobres do campo. Essa posse socialmente ilegítima e injusta constitui-se numa ameaça à ordem jurídica e representa desrespeito a personalidade humana e a direito social básico do trabalhador rural despossuído que produz alimentos – o direito a terra. No mesmo passo, cabe acrescentar ao art. 927 do Código de Processo Civil novo inciso, estabelecendo ao autor da ação possessória obrigação de provar que o imóvel rural atende aos requisitos da função social da terra, fixados no mencionado art. 186 da CF”.

²⁵⁴Passagem do voto vencido do Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, nos autos do Agravo de Instrumento no. 70003434388 do TJRS, onde, por maioria, foi negado provimento ao recurso, uma vez que, os recorrentes proprietários não demonstraram o devido cumprimento da função social da propriedade em sede de Reintegração de posse, nos seguintes termos: “Justiça célere é que, talvez, busquem os sem-terras. Mas não adianta buscar uma justiça célere que não traz justiça, ao não serem

Como se verifica, há um consenso geral dos operadores de direito na necessidade de concretizar a função social da propriedade como forma de prestigiar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado social e democrático de direito. No entanto, tal busca não pode relativizar outros princípios constitucionais como o do devido processo legal, ampla defesa,

observados os princípios legais e constitucionais vigentes, viciando, de nulidade absoluta, qualquer tentativa de descumprimento da Ordem Social. O Desembargador WELLINGTON PACHECO BARROS, da 4ª Câmara Cível deste Tribunal, ao discorrer sobre a “*Função Social da Propriedade*” em sua obra denominada “*Curso de Direito Agrário e legislação Complementar*” (Ed. Livraria do Advogado, 1996, págs. 40/41 e 143), assim se manifesta: **“Cumprir os requisitos eu abrangem o princípio da função social da propriedade é exigência ínsita a todo imóvel urbano ou rural no País. Por via de consequência, todo proprietário de bens imóveis, para que se diga titular desse direito, tem, antes, de atender aqueles dispositivos constitucionais, uma vez que a condição de satisfação social que acompanha o bem se traduz em obrigação superior para quem lhe é titular. Na esfera específica do imóvel rural, tem, portanto, o proprietário a obrigação de aproveitar sua terra racional e adequadamente, utilizando-a, contudo, de forma a preservar o meio ambiente e os recursos naturais nela existentes, com observância das leis que regulam as relações de trabalho e uma exploração que favoreça o seu bem-estar e os dos trabalhadores que nela trabalhem. Evidentemente, que ao estabelecer condições para que se entenda o imóvel rural cumprindo a sua função social, o legislador previu também sanções para o caso de seu descumprimento. E a maior penalidade imposta é a desapropriação por interesse social, com finalidade exclusiva de reforma agrária, conforme dispõe o art. 184 da CF. Ou seja, por não atender a função social, o proprietário sofre intervenção da União que, respeitando o princípio do devido processo legal, da indenização prévia e justa, lhe retira a propriedade. Este é um tipo de desapropriação específica – para reforma agrária. Assim, a terra é tomada do proprietário pela desapropriação, por interesse social, e, no momento seguinte, redistribuída em parcelas menores para certos beneficiários catalogados em lei, os vulgarmente chamados de sem-terras. (...) O mau proprietário, aquele que não se obriga a produzir a terra como sanção, poderá perdê-la mediante a desapropriação por interesse social, constituindo tal intervenção do Estado o meio pelo qual procurará dar à terra a sua verdadeira função através da reforma agrária. E a penalização não se limita tão-somente à realidade da propriedade do domínio privado mas à indenização em TDAs (títulos da dívida agrária) resgatável em até vinte anos a partir do segundo ano de sua imissão”. Assim, somente o devido processo legal pode servir para os fins almejados pelos sem-terras, os quais, como Rousseau idealizou - e saliente que se trata de um pensador oriundo da luta por uma justiça social mais ampla -, devem obedecer a legislação vigente neste País. Não é desrespeitando as leis e agindo de forma temerária e revolucionária, nos moldes de guerrilha, dentro de um Estado Democrático de Direito, onde todo cidadão tem assegurado o exercício do legítimo direito de defesa da propriedade e de seu uso privado, quebrando a paz social e a tranquilidade jurídica e legal, que alcançaram a justa reforma agrária ou urbana. (...) Uma das condições para o ingresso da ação de reintegração de posse, nunca foi e nem encontra respaldo legal na legislação processual art. 926 e seguintes do CPC/, a necessidade de o proprietário esbulhado ter que juntar comprovante oficial de que sua terra é tida como produtiva, como a Declaração de Propriedade própria, ou o grau de utilização e eficiência de exploração da área como determina a Lei 8.629/93, eis que para a reintegração na posse basta aos autores da ação provar a sua posse, o esbulho praticado pelos réus, a data do esbulho, bem como a perda da posse. Posse esta, aliás, que nunca esteve em mãos dos invasores e que sequer possuem sustentação legal para lá permanecerem, por não terem direito à Usucapião, à desapropriação indireta, ou qualquer outra previsão jurídica que os admitissem a permanecer na área invadida. (...) Enfim, permitir-se em ação de reintegração de posse a discussão a respeito da produtividade ou não da terra invadida, por eventual descumprimento de preceito constitucional (art. 186 CF/88), seria, repito, quebrar a paz social, pois, as consequências, seriam nefastas à manutenção da ordem pública, e, a partir de então, todas as invasões de terras tidas como produtivas, virariam o objeto a ser perseguido pelos “sem”. Com isso, perderia a sociedade como um todo, eis que não haveria mais a segurança jurídica necessária para o exercício do direito pelo seu povo, seja ele proprietário de terras ou não”. Os grifos e negrito são do original.**

contraditório, segurança jurídica e paz social, sob pena de se permitir a realização da justiça pelas próprias mãos, colocando sob suspeita a própria razão de existir do Estado.

A segurança jurídica integra a própria noção de proteção da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático e Social de Direito, como elemento de confiança e boa-fé que deve permear as relações entre o Ente Público e as pessoas. Olvidar disto é impor instabilidade e intranqüilidade social²⁵⁵.

O Código Civil de 2002, ainda repersonaliza a posse em capítulos referentes à propriedade, autorizando a sua aquisição quando o titular proprietário não cumpre a função social do imóvel.

Na Subseção III do Capítulo II do atual Código Civil que trata da aquisição da propriedade pela acessão artificial, através da realização de construções, obras, plantações e sementeira, o Código inova seguindo a orientação funcionalizada da jurisprudência como nos é informado pela doutrina²⁵⁶ e relativiza o princípio geral de que a sorte do acessório segue a do principal, ou seja, o proprietário do bem de raiz teria sempre direito sobre os acessórios inseridos no imóvel, por este ser o principal em relação àqueles. No entanto, o Código Civil reconhecendo a prevalência do realismo fático frente a dogmas teóricos, reconhece a inversão desta presunção de direito, repersonalizando a aquisição segundo a função social.

Assim, no artigo 1255²⁵⁷ do código civil atual, antigo 547²⁵⁸ do código de 1916, foi introduzido um parágrafo único para inverter o direito de aquisição da propriedade principal em favor do construtor ou plantador que, de boa fé, tenha

²⁵⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In: Revista de Direito Constitucional e internacional - 57, p. 05-48.

²⁵⁶VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil - Direitos Reais**, 3ª. Ed, São Paulo, Atlas, 2003, p. 186: "A jurisprudência já se colocava nessa linha. No caso concreto, há dois aspectos que devem ser examinados, a boa-fé do plantador ou construtor e o que se entende por valor considerável. A solução é justa, mas dependerá do exato bom critério do juiz".

²⁵⁷ART. 1255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

²⁵⁸ART. 547 – Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos.

incorporado acessões que excedam consideravelmente o valor do terreno, devendo indenizar o proprietário do imóvel sob pena de enriquecimento sem causa.

Novidade também é a diretriz traçada pelo disposto no artigo 1258²⁵⁹, em seu parágrafo único do Código Civil de 2002, sem dispositivo correlato no código passado, também fruto de orientação jurisprudencial como nos é informado novamente pela doutrina²⁶⁰. O dispositivo em comento reconhece que se a construção feita parcialmente em solo próprio invade solo alheio, em proporção não superior à vigésima parte deste, terá o construtor que estiver de boa-fé o direito de adquirir a propriedade invadida, desde que o valor da construção exceda o dessa parte, devendo indenizar o valor da área invadida, bem como o da desvalorização da área remanescente. E, segundo o parágrafo único, mesmo estando de má-fé o construtor poderá adquirir a propriedade da área invadida, se não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo à construção e sendo em proporção à vigésima parte deste e desde que o valor da construção exceda consideravelmente o dessa parte, desde que pague o décuplo das perdas e danos previstos no *caput* do artigo.

²⁵⁹ART. 1258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo a construção.

²⁶⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**, 3ª. Ed, São Paulo, Atlas, 2003, p. 187: “Nem sempre a solução de desfazer a construção será a mais justa no caso concreto, daí o porquê da nova redação do art.1255, parágrafo único. Figure-se a hipótese de quem invade com edificação um ou dois metros o imóvel vizinho. Poderá ser mais conveniente a indenização do que o desfazimento parcial de obra que prejudique seu todo, bem como sua função social. Algumas legislações admitem também essa solução, a qual vinha sendo adotada por nossa jurisprudência. O invasor torna-se proprietário do terreno invadido, nessa espécie de *desapropriação privada* (Gomes, 1983:142). Essa será a melhor solução quando a área invadida for insignificante em relação ao todo. Evidente que não pode subverter a idéia geral expressa na lei civil. Leva-se em conta, no caso, que certas edificações ganham maior valor que o solo. Note que, durante a construção, o proprietário invadido pode lançar mão da ação de nunciação de obra nova. Quando a obra estiver concluída, cabe ao bom-senso do magistrado encontrar a melhor solução, sem violentar os princípios legais, na proteção ao construtor de boa-fé. Destarte, trata-se de mais um exemplo para não entendermos como absoluto o direito do proprietário. Mesmo se houver má-fé, poderá não coincidir com o interesse social a destruição do prédio facultada ao proprietário no art. 547 do antigo Código (Rodrigues, 1984, v.5: 104). Imagine, por exemplo, a hipótese de edificação de hospital ou escola em pleno funcionamento. Não decidirá contra a lei o magistrado nessa situação se buscar o sentido social da propriedade, preconizado inclusive constitucionalmente. Comenta Beatriz Arean (1992:275) no direito argentino, cuja solução legislativa é idêntica a nossa de 1916, que “ao invadido resta sempre a possibilidade de evitar que a obra recém-começada avance, para a qual poderá ajuizar um interdito ou ação possessória. Porém, se não o faz, e a obra está terminada, deve interpretar-se que consentiu tacitamente na invasão, pelo que perderá a propriedade da faixa ocupada, com pagamento do respectivo valor e demais danos que tivessem causado. A boa-fé e a necessidade e a necessidade de não destruir valores conduzem a esta solução”.

No mesmo sentido, o artigo 1259²⁶¹, do Código Civil, reconhece a possibilidade do construtor de boa-fé que invadir o solo alheio acima da vigésima parte, adquirir a propriedade da parte do solo invadido, e responder por indenização que abranja o valor que a invasão acresceu à construção, além do da área perdida, bem como o da desvalorização da área remanescente. Afirma ainda o mesmo dispositivo que, se agiu de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando perdas e danos em valor dobrado. O que não nos parece muito razoável se se tratar de uma construção de interesse social, como, por exemplo, um hospital, uma escola e até um posto de gasolina, dependendo de quantos haja na cidade.

Como se verifica na análise dos dispositivos em tela, o Código de 2002 preferiu ao agente que cumpre a função social da posse de imóvel, que ao construir invade área alheia, em detrimento do titular da propriedade que não observa sua elementar função de vigilância, fiscalização e cuidado com a coisa e que tem como obrigação - muito mais do que um mero direito - não permitir que estranhos exerçam atos de ingerência sócio-econômica levando ao perdimento parcial ou total do bem, desde que paga a devida indenização, posto que se o construtor tem condições de edificar é por que também deverá ter condições de indenizar a área invadida.

Ainda, como forma de perdimento da propriedade de imóvel em razão de uma não utilização possessória funcional o atual Código Civil reformula o parágrafo 2º²⁶² letras a) e b) do artigo 589 do Código de 1916, através do disposto no artigo 1276²⁶³.

²⁶¹ ART. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

²⁶² § 2º. – O imóvel abandonado arrecadar-se-á como bem vago e passará ao domínio do Estado, do Território ou do Distrito Federal se se achar nas respectivas circunscrições; 10 (dez) anos depois, quando se tratar de imóvel localizado em zona urbana; 3 (três) anos depois, quando se tratar de imóvel localizado em zona rural.

²⁶³ ART. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º. O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

O Código atual mantém o reconhecimento do processo de arrecadação²⁶⁴ como bem vago, reduzindo o lapso temporal de dez anos para três no que se refere a imóveis urbanos e mantendo em três anos para os imóveis rurais, sendo que os primeiros passaram para a propriedade do Município ou do Distrito Federal dependendo da respectiva circunscrição em que se encontrarem. Em caso de estar circunscrito em área rural adentrará no patrimônio da União.

O parágrafo único do artigo em comento fixa que se presumirá de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais²⁶⁵²⁶⁶.

Determinação importante no *caput* do artigo sob análise é a de que o imóvel sujeito à arrecadação não esteja na posse de outrem, pois do contrário pressupõe-se que estaria este cumprindo, em princípio, a função social em relação ao bem e com isso garantindo a possibilidade em potencial de adquirir por usucapião, desde que preencha todos os requisitos exigidos pela lei.

A orientação da função social da posse se dá aqui decorrente da *supsessio*, em face da atitude inerte e desidiosa do titular que não cumpre o seu elementar dever de zelo e guarda, para poder invocar seu direito subjetivo sobre o imóvel.

Em relação aos direitos de vizinhança, as principais modificações do Código se dão nos artigos 1277 a 1281²⁶⁷ que elaboram, de forma minuciosa, a

²⁶⁴ENUNCIADO 242 do CEJ: “A aplicação do artigo 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não-cessação da posse”.

²⁶⁵ENUNCIADO 243 do CEJ: “A presunção de que trata o § 2.o do artigo 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do artigo 150, IV, da Constituição da república”.

²⁶⁶CF: Das Limitações do Poder de Tributar: Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

²⁶⁷CC/1916 Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização da propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

Art. 1.280. O proprietário ou possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.

questão envolvendo o uso anormal da propriedade. Este uso está fundado no direito-dever dos vizinhos em manter uma determinada postura social, para a utilização do imóvel, sob pena de serem constrangidos a cessar eventuais interferências na propriedade do outro. Observe-se que essa limitação da propriedade é, historicamente, senão a primeira, uma das primeiras a se impor, uma vez que no (Digesto, L. 8, T. V, fr.8, § 5º) reconhecia-se o direito do proprietário de desfrutar a coisa da forma que melhor lhe aprouvesse, desde que isso não prejudicasse o uso da propriedade vizinha.

Nessa mesma linha, o Código Civil, ao tratar do exercício possessório do Condômino no artigo 1336 inc. IV²⁶⁸ exige utilização que não comprometa o sossego, a salubridade, a segurança ou aos bons costumes dos demais possuidores, sob pena de por força da combinação do artigo 1337²⁶⁹ e seu parágrafo, ser punido com multas que variam do quádruplo ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia que pode se constituir inclusive em exclusão do proprietário do referido condomínio. Observe-se que é uma limitação do exercício possessório imediato e não uma expropriação, uma vez que ele poderá continuar sendo proprietário, não podendo, contudo, residir no referido condomínio.

Ainda em relação ao exercício possessório, fundado nas relações de vizinhança, há a situação da passagem forçada prevista nos artigos 1285²⁷⁰ e 1286²⁷¹ do Código.

Art. 1.281. O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.

²⁶⁸ ART. 1.336. São deveres do condômino: (...)

IV- dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

²⁶⁹ ART. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.

²⁷⁰ ART. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

§ 1º. Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.

O Código Civil atual, em relação à passagem forçada de pessoas, não acompanhou a orientação jurisprudencial²⁷² que reconhece o direito de exigir uma passagem pelo prédio do vizinho, mesmo quando o prédio não esteja absolutamente encravado, mas desde que demonstrada uma onerosidade ou periculosidade excessiva na passagem existente e assim possibilitando uma real funcionalidade ao imóvel com dificuldade extrema de exercício, muito embora tenha substituído a expressão "... que se achar encravado em outro, sem saída pela via pública, fonte ou porto, tem direito de reclamar do vizinho que lhe deixe passagem" por "que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem", esta inclusive é a orientação doutrinária²⁷³.

§ 2º. Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.

§ 3º. Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra.

²⁷¹ ART. 1.286. Mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.

Parágrafo único. O proprietário prejudicado pode exigir que a instalação seja feita de modo menos gravoso ao prédio onerado, bem como, depois, seja removida, à sua custa, para outro local do imóvel. Art. 1287 Se as instalações oferecerem grave risco, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança.

²⁷² Apud. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Direitos Reais**, 2ª. Ed., Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006, p. 462, nota de rodapé: "31 'Onerosidade excessiva. Entre duas alternativas, uma com trajeto mais longo, em terreno acidentado (morros) e com obstáculos naturais, exigindo obras de terraplanagem, e outra com trajeto mais curto e em terreno sem acidentes e obstáculos naturais, prefere-se esta, visto que, aquela impunha onerosidade excessiva ao imóvel dominante, tornando, nas circunstâncias, economicamente desinteressante à atividade nele desenvolvida. Uma vez definido o trajeto no imóvel serviente, a passagem dar-se-á de modo a causar-lhe o menor ônus e embaraço possíveis, com direito à indenização prévia (CC, art. 560)' (TJ/RS, Ac. 2ª. Câm. Cív., ApCív. 197.036.700, rel. Des. Irineu Mariani, 30.4.98)".

²⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Direitos Reais**, 2ª. Ed., Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006, p. 462: Para ensejar direito à passagem forçada, a doutrina tradicional exige que o encravamento seja **absoluto**, sem qualquer saída para a via pública, fonte ou porto. Havendo qualquer outra saída para a via pública, mesmo que precária e penosa, deverá o proprietário utilizá-la, pois o enorme sacrifício ao vizinho apenas será exigido em excepcionálissimas circunstâncias de total impossibilidade de aproveitamento da coisa por seu titular. Contudo, parece-nos que, nos tempos atuais, a penetração do princípio constitucional da função social da propriedade evoca a destinação coletiva da coisa, em benefício conjunto de seu titular e da comunidade, visando a uma finalidade econômica relevante. Assim, mesmo que exista uma saída para a via pública, constatando-se dificuldade, insuficiência, inadequação ou até, mesmo, periculosidade do percurso, permitir-se-á ao magistrado interpretar o dispositivo de forma extensiva, concedendo ao proprietário necessitado outra saída para que seu imóvel tenha a sua utilização ampliada e possa atender às necessidades de exploração econômica. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo, 'o encravamento, ou falta de acesso, pois, para tipificar a espécie, não precisa ser absoluto. Não se exige que o fundo não disponha de nenhuma saída para a via pública. Se uma passagem penosa, longa, estreita, perigosa ou impraticável existir, não fica afastado o direito a outra comunicação".

Observe-se que em relação à passagem forçada de cabos e tubulações e outros condutos subterrâneos - novidade do Código Civil de 2002 a fim de dar efetividade à função social do vizinho possuidor - previu expressamente a possibilidade de constituir a dita passagem desde que não haja outro modo para tal, ou havendo, seja esta excessivamente onerosa.

Ressalte-se que o constrangimento se dará no imóvel vizinho que mais fácil e naturalmente se prestar à referida passagem, prestigiando assim, critérios objetivos de funcionalidade da coisa e não subjetivos vinculados a interesse particular do proprietário do prédio encravado.

O direito de vizinhança é um exemplo nato do respeito ao interesse social, onde o exercício da propriedade e da posse não pode ser exercido isoladamente como, por exemplo, poderíamos fazê-lo com uma coisa móvel: às vezes mais perto, às vezes mais distante, mas invariavelmente com relação de vizinhança. Os interesses particulares sucumbem aqui, em respeito ao coletivo. As restrições e garantias são para todos indiscriminadamente, devendo ser coibida veementemente pelo sistema jurídico a interferência ao sossego, à saúde e à segurança de qualquer possuidor. Os contornos e o delineamento das condutas de vizinhança devem ser traçados à luz da promoção da finalidade social, pois seja o possuidor proprietário ou não, ele terá que gozar e fruir o imóvel de modo que respeite os demais vizinhos como ele gostaria de ser respeitado, além obviamente de sofrer as restrições de ordem pública, tipo: fauna, flora, equilíbrio ecológico, código de postura, entre outros.

Desta forma, é elementar nas relações de vizinhança, o cumprimento da função social da posse do imóvel, tendo como princípio a dignidade do meu próximo, mesmo que ele não esteja tão próximo assim e para que não se configure a situação de uma pessoa amar a humanidade, mas detestar os vizinhos só porque com estes tem contato efetivo e com aqueles é meramente espiritual.

Novidade do Código Civil de 2002 foi a inserção nos artigos 1417²⁷⁴ e 1418²⁷⁵ do direito real de aquisição, intitulado como direito do promitente comprador,

²⁷⁴CC. Art.1417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

²⁷⁵CC. Art.1418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e

que já existia desde 1937, através do Decreto-lei nº 58 e em vigor também antes da codificação, através do disposto no artigo 26 da Lei 6.766/79.

A questão da função social da posse no instituto em tela é implícita, posto que num primeiro momento a discussão jurídica que se trava é se os dispositivos do artigo 1417 e 1418 do Código Civil teriam tornado sem eficácia ou até mesmo revogado o enunciado contido na Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça²⁷⁶.

Observe-se que uma leitura apressada e literal poderia sugerir a desconformidade entre as disposições do Código Civil e o enunciado da Súmula em análise, no entanto, isso não ocorre, há que se fazer uma hermenêutica sistemática constitucional da posse para entender a inteligência do enunciado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Fica evidente, muito embora o enunciado não diga e aqui se verifica uma inexatidão do mesmo, que o que se está protegendo é o exercício possessório do adquirente que de fato a exerça e desde que este já tenha cumprido o contrato na forma ajustada impossibilitando assim o arrependimento do promitente vendedor.

Em contrapartida, as disposições do direito real de aquisição do Código Civil reconhecem ao adquirente o direito sobre o bem, ainda que tenha acabado de firmar o compromisso de compra e venda de imóvel de forma irrevogável, mesmo sem ter recebido a respectiva posse, e tampouco tenha começado a pagar as prestações comprometidas, posto que ainda estão por vencer, desde que o contrato tenha sido devidamente registrado no respectivo registro imobiliário. Assim, de acordo com essas disposições, o adquirente já detém o direito sobre a coisa desde que tenha sido registrado o pacto e, essa expectativa de direito de aquisição de domínio sobre o bem permanecerá enquanto estiver sendo cumprido o negócio jurídico na forma ajustada.

O que se verifica da diretriz traçada pelo enunciado da Súmula 239 do STJ é uma interpretação fundada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, onde predomina o princípio da função social da posse em detrimento ao da segurança jurídica, mesmo que, decorrente desta exegese, possa

venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

²⁷⁶STJ – Súmula 239. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

se estar prejudicando um terceiro de boa-fé que, no entanto, não teve o cuidado de verificar o estado possessório da coisa a qual pretende para si.

Por tudo que se viu neste paralelo entre a codificação anterior e a atual pode-se afirmar que, apesar de uma evidente manutenção das diretrizes formais possessórias, ao intérprete é exigida uma análise tópico-sistemática constitucionalizada do referido instituto, capaz de dar respostas atuais às relações interprivadas em relação às coisas, como elemento de concretização da função social e como diretriz de uma democracia social e solidária, em nome da dignidade da pessoa humana²⁷⁷.

CONCLUSÃO

Conforme se asseverou neste trabalho, a repersonalização, no âmbito da ingerência sócio-econômica sobre a coisa, é de elementar importância para a concretização de um direito possessório que represente a realidade social erigida

²⁷⁷CIVIL. DIREITO DAS COISAS. POSSE. SEPARAÇÃO ENTRE OS JUÍZOS PETITÓRIO E POSSESSÓRIO. VEDAÇÃO À EXCEÇÃO DE DOMÍNIO. INGRESSO EM IMÓVEL ABANDONADO. AUSÊNCIA DO VÍCIO OBJETIVO DA CLANDESTINIDADE. PUBLICIDADE DA AÇÃO. POSSE JUSTA. ESBULHO DESCARACTERIZADO. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Nas ações possessórias veda-se a discussão de domínio, já que a causa de pedir e o pedido devem versar exclusivamente sobre posse, independentemente da alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa. 2. No juízo possessório, portanto, não poderá o juiz conhecer da alegação, em defesa, do direito de propriedade (exceção de domínio), operando-se, assim, uma total separação, no direito vigente, entre *ius possessioni* e *ius possidendi*. 3. O ingresso público e ostensivo em imóvel abandonado, no qual o atual possuidor constrói sua residência, concedendo ao bem função social, descaracteriza o vício objetivo da clandestinidade e afasta, conseqüentemente, a alegação de esbulho. 4. Em circunstâncias tais, a posse insere-se entre os direitos da personalidade, na medida em que concede efetividade ao direito social à moradia (artigo 6º da Constituição Federal de 1988) e oportuniza, ao cidadão, acesso a bens vitais mínimos capazes conferir dignidade à pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), fomentando, conseqüentemente o desenvolvimento da entidade familiar. 5. Recurso conhecido e provido, sentença reformada. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Processo no. 2004.05.1.008727-5. Relator Juiz João Batista Teixeira – 11/05/2005.

nos princípios fundamentais fixados constitucionalmente, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Analisando o direito civil brasileiro, delineado no Código Civil de 1916, verifica-se que ao longo do século passado suas idéias e princípios sofreram razoáveis transformações, culminando com as novas diretrizes fixadas pela Constituição de 1988, as quais efetivamente revolucionaram o ordenamento jurídico pátrio, tanto no âmbito do direito público como no do direito privado, inclusive aproximando-os um do outro de tal forma que não se pode mais cogitar de uma exegese eminentemente pura, ou seja, privatista ou publicista.

As idéias e os princípios insculpidos no Código Civil brasileiro de 1916, onde o individualismo e o patrimonialismo serviam de base para a evolução da sociedade contra um príncipe que não mais existe - uma vez que se busca um Verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito com fundamento na Constituição Federal de 1988 - tornam essa norma geral civil totalmente desvinculada dos reais interesses da sociedade.

A estagnação de um ordenamento civil comum, insculpido no Código Civil de 1916, bem como a evolução das relações jurídicas e econômicas da sociedade, acarretando quebra de conceitos e dogmas, principalmente por haver uma repersonalização do campo privado onde o indivíduo patrimonialista cede lugar à pessoa humana, que está preocupada com a sua realização e não com o seu enriquecimento a qualquer custo, fazem surgir a necessidade de uma nova concepção de posse, muito mais autônoma e voltada à realização de sua elementar função social, decorrente de novas luzes doutrinárias que começam a surgir.

É em razão desta acomodação da lei civil geral por tanto tempo, que após um processo de descentralização a Constituição Federal de 1988 procedeu a uma constitucionalização das normas civis, ou seja, não só editou regras auto-aplicáveis como elegeu princípios que servem de base a todo o ordenamento civil infraconstitucional, que devem obrigatoriamente e não convenientemente, serem adotados, inclusive na órbita das relações eminentemente privadas.

Após um processo de descentralização, a Constituição Federal de 1988 procedeu a uma constitucionalização das normas civis, ou seja, não só editou regras

auto-aplicáveis como elegeram princípios que servem de base a todo o ordenamento civil infraconstitucional e que devem obrigatoriamente e não convenientemente, serem adotados, inclusive na órbita das relações eminentemente privadas.

A óbvia supremacia e por conseqüência hierarquia da norma constitucional frente às demais, coloca tais normas constitucionais como parâmetros essenciais e não opcionais, o que impõe ao exegeta buscar sempre sua fundamentação em tais princípios superiores, sob pena de efetuar operação equivocada e inconstitucional, isso de acordo e conforme a Magna Carta.

Como se vê, mais do que uma possibilidade é um dever do bom intérprete, buscar na norma superior seu embasamento, conseguindo, desta forma, bem mais do que um efeito de natureza meramente negativo, inclusive criador, posto que a norma só terá vida com sua interpretação e a razão de tudo isso no nosso entender está na exegese da pessoa humana em vez do indivíduo como sujeito da relação jurídica não só no direito privado, mas principalmente neste, o grande fundamento da vida em sociedade.

Inevitável assim, uma releitura da posse, fundada em uma hermenêutica sistemática constitucional, que tome por base a inserção das relações interprivadas em uma harmonização integrativa com os valores e princípios fundamentais cuidadosamente revelados na Magna Carta.

Sob esta ótica, exemplo indispensável é o do novo papel da propriedade assim como a posse, no ordenamento jurídico pátrio, já que passaram de exclusividade e centrismo individual a fundamentalmente interesse social, à luz de uma interpretação fundada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Hoje, mesmo com a introdução de um novo código civil, verifica-se que é imprescindível ainda, uma exegese a ser elaborada necessariamente pelo crivo das diretrizes da nossa Lei Maior - sob pena de inconstitucionalidade - uma vez que o código atual não absorveu suficientemente a função social da posse como deveria, mantendo assim diretrizes contraditórias e reflexas do código anterior, fundadas nas concepções clássicas e ultrapassadas e com isso não repersonaliza devidamente o

instituto em análise, necessitando de um embasamento normativo de natureza hierárquica superior.

Mais do que ponderar uma eficácia dos direitos fundamentais em sede de direito possessório, é fundamental elaborar sua real eficácia horizontal como direito fundamental em seara das relações interprivadas, sob pena de não passar de mera expectativa de direito.

O que se verifica é que na verdade o Código Civil de 2002 captou parcialmente as idéias das teorias sociológicas de forma confusa e contraditória, posto que basicamente quis adaptá-las à teoria objetiva de Jhering, que fundamentalmente é adotada pelo nosso sistema desde o código anterior, sendo totalmente inapropriada tal simplificação sob o ponto de vista teórico acadêmico, mas essencialmente pela necessidade de congruência entre o texto e a realidade fática, não obrigando ao intérprete a uma exegese elástica, uma vez que em certos momentos o código acessa para um parâmetro teórico e em outros em sentido contrário.

O que é certo é a necessidade de implementação de uma nova teoria possessória no sistema jurídico brasileiro fundada em princípios basicamente sociológicos e que responda a realidade social, objetivando a realização da dignidade humana como paradigma de uma sociedade justa e solidária.

Diante de tudo o que foi posto só nos resta dizer que a perspectiva de um direito civil constitucional já é uma realidade, uma vez que isso é um anseio da sociedade que pede respostas adequadas aos seus problemas, rechaçando de pleno qualquer erudição dogmática que não convirja em seu proveito.

Sendo a posse um fato social tutelado pelo direito que integra uma normativa civilista que por sua vez compõe um sistema jurídico axiológico, tendo a Constituição como Lei Maior e o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento central fundamental de todo esse arcabouço normativo, é natural e lógico que o intérprete exija o cumprimento de sua função social para, legitimando-a, repersonaliza-la à luz de uma releitura harmônica, em busca de um Estado social e democrático de direito efetivo.

BIBLIOGRAFIA :

ADIERS, Moacir. A Posse e a Tutela Possessória. In: **Revista Jurídica Notadez**. Porto Alegre, n. 306, abr. 2003.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ALEXY, Robert. Legal argumentation as rational discourse. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. IV serie, LXX-2, Roma: Giuffrè, 1993.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra Como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de.; FLINCKINGER, Hans-Georg.; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ALVES, Geraldo Magela.; FELIPE, J. Franklin Alves. **O Novo Código Civil Anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse - Estudo Dogmático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: vol. 31, n. 121, p. 233-243, jan./mar. 1994.

ARMELIN, Donaldo. A Tutela da Posse no Novo Código Civil. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale**. Coordenador: Gilmar Mendes. São Paulo: LTR, 2002.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil - Constitucional e Teoria do Caos - Estudos Preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **O princípio do Livre convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

_____. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Estudos de direito civil-constitucional**. v. 1 e 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Por uma nova Hermenêutica dos direitos reais limitados** - das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Novo Código Civil Anotado** - direito das coisas, disposições finais e legislação especial selecionada. São Paulo: Thompson, 2005.

_____. Titularidades e Apropriações no Novo Código Civil: breve estudo sobre a posse e sua natureza. In: **O Novo Código Civil e a Constituição**. Coordenação: Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Propriedade Intelectual e Direitos Reais**: Um primeiro retomar da obriedade, disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2357>. Acesso em 07 jul. 2006.

_____. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica - Os Contornos Metodológicos do Direito Civil-Constitucional. In: I CONGRESSO SUL AMERICANO DE FILOSOFIA DO DIREITO. **Anais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. CD-ROM.

ARRANOVICH, Rosa Maria de Campos. Incidência da Constituição no Direito Privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, Instituto de Informática Jurídica, n. 50, p. 47-58, 1994.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil Tende a Desaparecer. In: **Revista dos Tribunais**. n. 472, fev. 1975.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e Hermenêutica Material no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

AZEVEDO, Renan Falcão de. **Posse Efeitos e Proteção**. Caxias do Sul: Educ, 1984.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os Novos Limites à Propriedade – Uma Análise do Código Civil de 2002. In: **Código Civil e sua Interdisciplinabilidade**. Coordenação: José Geraldo Brito Filomeno. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Agrário e Legislação Complementar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BARZOTO, Luis Fernando. **O Pensamento Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

BERTHILLIER, Jacques. **Pour une réforme humaniste du droit de propriété**. Paris: s.e., 1991.

BESSONE, Darcy. **Da Posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7. ed., Brasília: UNB, 1996.

_____. **A Era dos Direitos**. 5ª reimpressão, Rio de Janeiro: Editora CAMPUS, 1996.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BULOS, Uadi Lamêgo. Teoria da Interpretação Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.205: p. 23-64, jul./set. 1999.

BUSNELLI, Francesco D. Il diritto e le nuove frontiere della vita umana. In: **Diritti umani, poteri degli stati e tutela dell' ambiente**. Organização: Laura Lippolis. Milano: Giuffré, 1993.

CANARIS, Claus - Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1993.

_____. Civilização do direito Constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica-civil no contexto do direito pós-moderno. In. **Direito Constitucional: estudos em homenagem à Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.

CARBONNIER, Jean. Es trois pilier du droit. In: **Flexible droit**. Paris: LGDJ/Montchrestein, 2001. p. 202-94.

CHALHUB, Melhim Namem; **Curso de Direito Civil - Direitos Reais**. Organizador: Silvio Capanema. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da Dignidade Política do Direito. In.: **Desordem e Processo**. Doreodo Araújo Lyra. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 17-27.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu. Direitos Humanos e Função Social da Propriedade. In: A Questão Agrária e a Justiça. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. v. 4, **Direito das Coisas**, São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. In: A Questão Agrária e a Justiça. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2000.

CORREAS, Oscar. **Introducción à la critica del derecho moderno**. 2. ed. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

COSTA, Orlando Teixeira da. **O trabalho e a Dignidade do Trabalhador - ST 75 - Doutrina Síntese Trabalhista**. Porto Alegre, set. 1995. p. 07-13.

COUTO e SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: **Revista AJURIS**. Porto Alegre, v. 40, n. 40, p.128-149, jul. 1987.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. 3. ed. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. A Intervenção do Estado na Economia e o Princípio da Dignidade Humana ante a Nova Lei Ambiental. In: **Revista CEJ**, Brasília, v.4, n.10, p.27-34, jan./abr. 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A Nova Proteção Possessória. In: A Questão Agrária e a Justiça. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2000.

DAMÁSIO, Antônio R., **O Erro de Descartes - Emoção, Razão e o Cérebro Humano**. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Direito de Família**. 17. ed., v. 5, São Paulo: Saraiva, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones Sobre la Ley y Los Principios Generales Del Derecho**. Madrid: Cuadernos Civitas S.A. ,1984.

_____. **La Constitucion Como Norma Y El Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas S.A.,1994.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In: **Jurisprudência Brasileira**, v. 172, Curitiba: Juruá, 1994.

_____. **A Função Social da posse e da propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sergio A Fabris, 1988.

_____. A Justiça dos Conflitos no Brasil. In: A Questão Agrária e a Justiça. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2000. p. 277-291

_____. A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. **Revista dos Tribunais**. v. 757. São Paulo, nov. 1998. p. 64-69.

_____. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das coisas, v.15 (arts. 1.277-1.368) São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Elementos Críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil**. **Estudos Jurídicos**. v.2, n.1, Curitiba: Universitária Champagnat, 1995. p.101-109.

_____. Novos paradigmas do direito civil brasileiro contemporâneo. In: **Repensando Fundamentos de direito civil brasileiro contemporâneo**. Coordenação: Luiz Edison Fachin. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **“Virada de Copérnico”**: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Posse e Ações Possessórias**. Curitiba: Juruá, 1994.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. Salamanca: Sígueme, 1984.

_____. **Verdade e Método II**. Complementos e Índice. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA, Dínio de Santis. A dignidade do Direito. In: **Revista dos Tribunais**, n. 2 - Criminal ano 60, v. 426, p.292-296, São Paulo, abr. 1971.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth (Org.). **A qualidade do tempo: Além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GIL, Antonio Hernández. **La Posesion**. Obras Completas, vol. II. Madri: Espanha-Calpe, 1987.

GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. In: Revista dos Tribunais, n.669. São Paulo, 1991. p.47-56.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. In: **Revista dos Tribunais**, a. 87, v. 757. São Paulo, 1998. p.717-727.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa. In: **Seleções Jurídicas**. São Paulo. COAD, ADV-12/96. p.17-20.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Ed. RT, 1980.

_____. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Direitos Reais**. 19. ed. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. V – **Direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

HASSAMER, Winfried.; KAUFMANN, Artur.; SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Kell e Manoel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação: Antonio Manoel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HERDEGN, Mathias. **Estado de Direito e Direito Constitucional: Uma Perspectiva Alemã.** PAPERS n. 03, Centro de Estudos Konrad Adenauer, 1983.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 112 p.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse.** Coleção Fórum. Tradução de Pinto de Aguiar. Salvador: Progresso Editora, 1957.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda - Inflação e Deflação.** Tradução de Rolf Kuntz, São Paulo: Nova Cultural, 1985.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARENZ, KARL. **Metodologia da Ciência do Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma CONSTITUIÇÃO?** São Paulo: Edições e publicações "BRASIL", 1933.

LEONETTI, Carlos Araújo. Função Social da Propriedade: mito ou realidade. In: **Revista Forense.** São Paulo, v. 96, n. 352. out./dez. 2000. p. 541-550.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito civil. In: **Revista de Informações Legislativas.** Brasília, v.141, jan./mar. 1999. p.99-109.

_____. Contrato e mudança social. São Paulo: In: **Revista dos Tribunais.** n. 722, 1995. p. 40-45.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais.** São Paulo: Método, 2004.

LUCHAIRE, François. Les fondements constitutionnels du droit civil. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil.** Paris, v. 80, p.245-328,1982.

MARMO, Roberto Kaisserlian. **Direito Civil.** Direito das Coisas, São Paulo: Editora Harbra, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. São Paulo: LTR, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 1994.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na Codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial, In FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Novo Código Civil Anotado. v.V. **Direito das Coisas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1998.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, t. X. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - **Direito das Coisas**, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf, 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

MORIN, Edgar. **A Cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Ética e boa-fé no adimplemento contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcelos. **Posse e Ações Possessórias Frente ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotônio. **Código Civil e legislação em vigor**. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, **Assim Falava Zaratustra**. Tradução José Mendes de Souza. Rio de Janeiro: Ediouro, 1980.

_____. Obras Completas. v. I - El Origen de La Tragedia y Obras Póstumas de 1869 a 1873. Madrid: Aguillar, 1932

_____. Obras Completas. v. III - El Eterno Retorno / Asi Hablo Zaratustra / Mas Allá Del Bien Y Del Mal. Tradução, Introdução e Notas de Eduardo Ovejero Y Maury, 6. ed. Buenos Aires: Aguillar, 1965.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista de Informação legislativa**, v. 37, n. 45, p.185-196, jan./mar. Brasília: 2000.

OLIVEIRA, J. M.; LOPES Leoni de. **Novo Código Civil Comparado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004.

ONATE, Alberto Marcos. **O crepúsculo do sujeito em Nietzsche ou como abrir-se ao filosofar sem metafísica**. São Paulo: Discurso Editorial/Editora UNIJUÍ, 2000.

OPPO, Giorgio. Diritto Privato e interessi pubblici. **Rivista di Diritto Civile**, anno XL, n.1., p. 25-41 jan./fev. 1994.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. O Público e o Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Sobre a Interpretação Sistemática do Direito. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, v. 7. n. 4. p. 95-109. out./dez. 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Instituições de Direito Civil, v. IV, **Direitos Reais**, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. **A Disputa da Posse**. São Paulo: LTR, 2000.

PERERA, Angel Carrasco. **El derecho civil: senãs, imágenes y paradojas**. Madrid: Tecnos, 1988.

PEREZ, Francisco Porrúa. **Doctrina Política de Las Garantias Individuales**. 1. ed. México: Editorial Porrúa S/A, 1961.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** (Introdução ao direito civil constitucional), Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIETROSKY, Tercilio. **A Ação de Imissão de Posse**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PILATI, José Isaac. Estudo da Posse no Novo Código Civil Brasileiro. In: **Revista Jurídica**. Ano 54, n. 350, p. 87-103, dez. 2006.

POLETTI, Ronaldo. **A Constituição de 1934**. In: PORTO, Walter Costa (Coord.) Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987.

PRIEUR, Michel. **Droit de l' environnement**. Paris: Dalloz, 1984.

PRIGOGINE, Ilya Prigogine. **O fim das Certezas**. Tempo, Caos e as Leis da Natureza. São Paulo: Unesp, 1996.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Coordenado por Luiz Edson Fachin.

ROCHA, José de Albuquerque. Novas Reflexões sobre a Função Social da Propriedade. In: **Revista de Direito Processual Civil**. v. 5. n.18, p.711-722, Curitiba: Gênese, dez. 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Direito das Coisas. v. 5, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra, Almedina, 1988, I (nuovi contratti) fra autonomia privada e interventi del legislatore, 1990, del corso di aggiornamento, E.S.I. Napoli, Università degli studi di camerino.

RUARO, Regina Linden. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador - **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações** – Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SÂNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João Dell’Anna, 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

SANHUDO, João Paulo Veiga. A Propriedade Privada e as desapropriações à luz da Constituição Federal - In: **Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS -Direito e Justiça**, v. 30, p. 27-34. ANO XXVI – 2004/2.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma análise do inciso III do art. 1º., da Constituição Federal de 1988**. Fortaleza: C. Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direito Público em Tempos de Crise**. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. p.129-173. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang

(Org.) In: **A Constituição Concretizada**. Construindo pontes com o público e o privado, p. 107-163. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 57, p. 05-48, out./dez. 2006..

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho**, México: Editorial Porrúa S/A, 1980.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Ação de Imissão da Posse**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção Processual da Posse**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Violência e Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista de Julgados e Doutrina**: Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo - RJDTACRIM n. 22, p. 17-24, São Paulo, abr./jun., 1994.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo. **Para uma crítica da eficácia do Direito**. Porto Alegre: Sergio A Fabris, 1984.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STREC, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STEIN, Ernildo. **Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica**. Veritas (47). Porto Alegre: EDIPICRS, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. J. M., **Contorni della Proprietá nella Costituzione Brasiliana del 1988**. Rassegna di Diritto Civile, Nápoli, estratto dal v. 1., p. 96-119, 1991.

_____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O Direito Civil, os Chamados microssistemas e a constituição: premissa para uma reforma legislativa. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional. In: **Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. 1991.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, p. 21-32, 65. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado – **Direito das Coisas**. v. XII. São Paulo: Atlas, 2003.

CÓDIGO CIVIL ANOTADO e Legislação Complementar. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Direito Civil – **Direitos Reais**. v. 5. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Direito das Coisas**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WEBER, Max. Ensaio de Sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**, N. 14. Porto Alegre, 2002.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZACCARIA, Giuseppe. **Explicar y comprender**. Em torno a la filosofia del derecho de Paul Ricoer. DOXA (22). Alicante: 1999.

_____. **Questioni di interpretazione**. Padova: CEDAM, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na CF e no Projeto do Código Civil. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.