



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Constitucionalização do Direito Civil

Rafael Cardoso Freitas

Rio de Janeiro
2010

RAFAEL CARDOSO FREITAS

Constitucionalização do Direito Civil

Artigo Científico apresentado
à Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção
do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Mônica Areal
Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Walter A. Capanema

Rio de Janeiro
2010

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Rafael Cardoso Freitas

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

Palavras-chaves: Direito, Civil, Constitucional, Constitucionalização.

Sumário: Introdução. 1. Evolução do Constitucionalismo. 2. A crise de identidade do Direito Civil. 3. A constitucionalização do Direito Civil. 3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2 Princípio da função social da posse. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo irá expor a evolução histórica do direito civil até os dias atuais em que prevalece uma interpretação baseada nos princípios e valores constitucionais. Verificou-se que o liberalismo provocou uma profunda desigualdade entre as partes. A opressão estatal dos tempos da idade média foi substituída pela opressão do particular. Neste cotejo, o Estado passou a editar leis para garantir a igualdade substancial, levando a um processo de inflação legislativa.

Serão abordadas as razões que levaram o Direito Civil a uma crise de identidade. Para que tal crise fosse superada, desenvolveu-se o Direito Civil Constitucional em que o Direito Civil é interpretado a luz dos princípios e valores previstos na Carta Magna. As cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002 passaram a ser a porta de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas. O alcance da autonomia da vontade passou a ser limitado pelos direitos constitucionalmente tutelados. Serão abordados ainda os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade que são de extrema importância no direito civil constitucional. Por fim serão examinados alguns acórdãos em que aplicou-se uma interpretação do direito civil a luz dos princípios e valores constitucionais.

Busca-se expor de forma sistematizada a evolução do Direito Civil no ordenamento jurídico brasileiro e os reflexos nas relações privadas. Com a constitucionalização do Direito Civil, o Direito Constitucional e o Direito Civil deixaram de ser compartimentos estanques, de modo que o Direito Constitucional passou a ser um filtro axiológico na leitura dos institutos de Direito Civil.

Objetiva-se apontar as premissas metodologias que levaram a crise de identidade do Direito Civil. Após a exposição de tais antecedentes lógicos, procura-se demonstrar a importância do Direito Civil à luz dos princípios e valores constitucionais. O presente trabalho irá explicitar ainda os reflexos do Direito Civil-Constitucional nas relações privadas e sua abordagem na jurisprudência. Com o advento do pós-positivismo passou-se a entender que os direitos fundamentais podem incidir mediata ou imediatamente nas relações privadas.

1. EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

A evolução do Direito Constitucional foi marcada por três fases: absolutista; liberal e social.

Na fase absolutista, que vigorava na idade média, o poder do rei era ilimitado e o poderio dos governantes era fundamentado nas divindades, de forma que eles podiam tudo contra todos. Não eram raras as vezes em que os reis praticavam condutas desumanas contra os seus súditos. Nesse cotejo, de acordo com Fábio Azevedo, (2009) surgiram movimentos sociais que manifestaram insatisfação pela prática de condutas que violavam a dignidade da pessoa humana. A idéia de se limitar o poder do rei passou a ganhar força.

Surgiu, então, a segunda fase do constitucionalismo, denominada liberal. Nesse cenário, poder ilimitado do rei foi superado e nasceu uma ideologia de respeito às liberdades e valorização da justiça. Este ideal teve como marco a Revolução Francesa ocorrida em 1789, movimento liderado pela burguesia, cansada de não exercer poder político, e por ser a responsável por manter privilégios do clero e nobreza por meio do pagamento de tributos. Este

período foi denominado constitucionalismo moderno, período em que foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Cidadão.

Ocorre que a sociedade passou a notar que com o exercício desta liberdade preconizada pela burguesia, as relações jurídicas passaram a se tornar desproporcionais frequentemente. A burguesia passou a utilizar o seu poderio econômico para estabelecer unilateralmente as regras contratuais, ensejando uma igualdade meramente formal, em detrimento de igualdade material.

Nesse ínterim, segundo Fábio Azevedo, (2009), o Estado começou a atuar ativamente nas relações privadas, deixando de ser passivo e mero expectador. A partir deste momento, o Estado passou a se imiscuir nas relações privadas de forma a assegurar os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e isonomia substancial, para que não fossem violados. Então, as relações privadas passaram a ser interpretadas com base nos princípios e valores constitucionais.

2 – A CRISE DE IDENTIDADE DO DIREITO CIVIL.

Como é cediço, o Código Civil de 1916 foi inspirado no Código Civil Napoleônico, que previa o indivíduo como valor fundamental. Naquele período, o Direito Público e o Direito Privado eram compartimentos estanques que não se interpenetravam, e, por essas razões, o Código Civil de 1916 era traçado como a Constituição do Direito Privado.

O Código Civil de 1916 tinha como escopo fomentar a circulação de riquezas, sem que houvesse restrições legais. As relações jurídicas eram regidas por regras quase imutáveis e imponderáveis, de forma que eventual desequilíbrio na celebração de contratos eram atribuídos ao mau desempenho de uma das partes.

Então, diante das evidências de que o Código Civil de 1916 garantia apenas uma igualdade formal, o Estado passou a editar diplomas legislativos, buscando reequilibrar as relações privadas. O Código Civil perdeu, assim, o seu *status* de Constituição de Direito Privado. Nesse contexto, o referido Código passou a ter uma abrangência cada vez menor, que passou a ser ocupada pelas legislações extravagantes.

Assim, ao contrário do Código Civil, que buscava preservar a imutabilidade e estabilidade dos negócios jurídicos celebrados entre pessoas, as legislações extravagantes tinham como objetivo assegurar a igualdade substancial nas relações privadas.

Esta intensificação legislativa subtraiu do Código Civil setores da atividade privada. Com o advento da Constituição de 1988, o Código Civil passou a ser interpretado com os diplomas setoriais, em razão da Constituição de 1988 ser o fundamento de validade de um Estado social.

Com base na análise destes diplomas legais setoriais, pôde-se observar uma alteração na técnica legislativa, por meio da inserção de cláusulas abertas, bem como em uma alteração de linguagem, mais setorial e menos jurídica. Nesse diapasão, o legislador deixou de limitar a análise da legalidade apenas sob o viés patrimonial, para também se basear em questões extra patrimoniais. A preocupação do legislador se direciona para a tutela dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o Código Civil perdeu a sua unidade sistemática, que deu lugar a microssistemas que gravitam em universos isolados, normatizando por inteiro determinadas matérias. Constatou-se, assim, um Direito Civil fragmentado, que deixou de exercer a sua hegemonia.

De acordo com Fábio Azevedo, (2009), a consequência da crise de identidade do Direito Civil é a substituição de um monossistema por um polissistema em que o Direito Civil perde a cômoda unidade sistemática. Dessa forma, o Direito Civil passou a ser regido por uma conjunto de diplomas legais isolados.

Então, em razão da fragmentariedade do Direito Civil, o operador do direito passou a interpretar o Direito Civil com base nos princípios e valores constitucionais, de forma a buscar uma unidade no sistema. Objetivou-se restaurar a unidade do Direito Civil por meio da interpretação constitucional.

Tal exegese tornou-se possível em razão do princípio da hierarquia constitucional, que determina uma superioridade jurídica da norma constitucional em relação às normas infraconstitucionais.

3 – O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Segundo Luis Roberto Barroso, a relação entre o Direito Civil e o Constitucional deve ser dividida em três momentos. Em um primeiro momento, os dois ramos do direito eram estanques e incommunicáveis, de modo que, embora as normas constitucionais fossem

hierarquicamente superiores, elas não eram base para a interpretação do Direito Civil. Nessa época, a Constituição era considerada uma carta política, cujo objetivo era ser uma referência para as relações entre o cidadão e o Estado.

Por outro lado, o Código Civil era o documento que regulava as relações entre particulares. Pode-se afirmar que neste momento a Constituição não tinha força normativa e tampouco aplicabilidade direta e imediata. Segundo Paulo Luiz Netto Lobo, (1999), o Direito Civil era o ramo do direito que se encontrava mais afastado do Direito Constitucional, sendo identificado como um *locus* normativo privilegiado do indivíduo.

Em um segundo momento ocorreu a publicização do Direito Privado, em que o Estado passa a intervir nas relações privadas de modo a mitigar a autonomia da vontade, por meio do dirigismo contratual. Isto foi possível mediante a introdução de normas de ordem pública. Nessa fase houve uma intensa atividade legislativa para garantir a proteção dos mais fracos nas relações privadas, como o consumidor, o locatário e o empregado.

Posteriormente, em um terceiro momento, a Constituição passa a ser o filtro axiológico na interpretação do Direito Civil. Em outras palavras, a Constituição da República torna-se o centro norteador do sistema jurídico, de modo que as normas constitucionais passam a ter aplicabilidade direta nas relações entre particulares.

A releitura do Código Civil a luz dos princípios e valores constitucionais exige que seja realizada uma reflexão sobre o papel desempenhado pela Constituição da República na teoria das fontes do Direito Civil.

Há quem sustente que a Constituição da República teria um restrito papel de limitar a norma ordinária, de forma que a norma constitucional atuaria excepcionalmente de forma residual, sem servir de base para atividade interpretativa.

Entretanto, Pietro Perlingieri, (2008), sustenta que caso se entenda que a norma constitucional teria o condão de apenas limitar a norma ordinária, estaria sendo subtraída a sua capacidade promocional, que lhe é conferida de forma privilegiada por razões histórico-políticas. Dessa forma, o referido jurista entende que a norma constitucional deve ser harmonizada com a norma ordinária com lastro nos princípios da adequação e proporcionalidade.

Marina Celina Bodin de Moraes, (2006) salienta que é insuficiente o reconhecimento da mera transposição dos princípios básicos do Código Civil para o texto da Constituição da República. Por estar a norma constitucional no topo do ordenamento jurídico, os princípios nela previstos tornam-se norte para a interpretação do direito privado.

Os valores inseridos na Constituição da República devem informar o sistema como um todo, quais sejam, o ideal ético, a consciência social, a noção de justiça e os valores de uma determinada sociedade em geral.

Dessa forma, quando o operador do direito for realizar uma atividade interpretativa, ele deve fazer uma leitura global de todo o ordenamento jurídico, sem exclusão alguma.

O texto da constituição consagra um conjunto de valores do pacto de convivência coletiva. O legislador deve constantemente buscar não só refletir a realidade, mas também transformá-la em razão de sua função promocional civilizatória.

Pietro Perlingieri, (2008), alerta que a constitucionalização dos ramos do direito em geral não enseja a “hiperinterpretação da Constituição da República”, com o conseqüente mitigação de regras de interpretação culturalmente aceitas de controle da cultura social sobre a atribuição de significado aos enunciados, de modo a gerar insegurança jurídica. Assim, o Direito Civil deve ser interpretado com base no princípio da legalidade constitucional, que é um requisito imprescindível para uma uniformidade de interpretação, devendo ser afastada a simples referência aos códigos.

A constitucionalização do direito com base na hierarquia das fontes e na unidade do sistema é o único meio para se evitar as degenerações do Estado de direito formal. As normas constitucionais não são meramente interpretativas, pois estabelecem princípios de relevância geral, que são de direito substancial. Nesse sentido, Pietro Perlingieri, (2008): “A Lei fundamental não garante, de fato, somente formas e processos preestabelecidos pela ação estatal, mas compreende também, ao mesmo tempo, elementos normativos substanciais.”

Conforme salientado por Gustavo Tepedino, (2009) o Direito Civil voltou-se para a promoção de valores constitucionais, especificamente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial e valor social da livre iniciativa.

Na seara da constitucionalização do Direito Civil, faz-se necessário diferenciar as relações jurídicas patrimoniais das relações jurídicas existenciais. Por ser a pessoa humana o centro do ordenamento jurídico, é imperativo que as situações patrimoniais sejam funcionalizadas às existenciais.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri, (2008) sustenta que a jurisprudência de valores é uma natural continuação da jurisprudência dos interesses. Entretanto, a jurisprudência de valores possui maiores aberturas em relação as exigências de reconstrução de um sistema de

“Direito Civil Constitucional”. Nela é reconhecida uma proeminência dos princípios constitucionais.

A aplicação de normas constitucionais e a conseqüente incorporação de valores personalistas possibilitou o advento da despatrimonialização do Direito Civil. Neste cotejo, os conceitos tradicionais do Direito Civil passaram a ser interpretados com base nos valores constitucionais, por meio da aplicação de princípios.

É preciso ressaltar que o Código Civil de 2002 exige uma maior cuidado interpretativo do que o Código Civil de 1916, pois este foi promulgado antes da Constituição da República de 1988, o que exige do operador do direito constante hermenêutica a luz da axiologia constitucional. No que tange ao Código Civil de 2002, embora tenha sido promulgado após a *Carta Magna*, ainda persiste a necessidade de interpretá-lo, cuidadosamente, a luz da norma constitucional.

É de bom alvitre salientar que o Código Civil de 2002 facilitou a aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas por meio da previsão de cláusulas gerais em alguns de seus dispositivos. Assim, as cláusulas gerais são a porta de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A título histórico, cumpre mencionar que a Alemanha foi o primeiro país a ser o guardião dos direitos fundamentais dos cidadão, perante a administração pública ou particulares. O leading case foi o famoso “caso Luth”, ocorrido em 1950. Na ocasião, um famoso cineasta pretendia lançar um novo filme. Porém Erich Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, realizou campanha contrária ao filme, incentivando que os alemães não o assistissem. Então, o produtor de cinema propôs ação cível em face de Erich Luth, pois a suas declarações seriam contrarias a moral e aos bons costumes. O caso foi levado ao

Tribunal Constitucional Alemão, que entendeu que a decisão do juízo cível havia violado a liberdade de expressão, resguardando o direito fundamental de Erich Luth.

Nos dias atuais, conforme preceitua Maria Celina Bodin de Moraes, (2006), o maior desafio do direito é estabelecer um equilíbrio entre os valores fundamentais que tornam possível estabelecer limites éticos, e espaços de liberdade individuais que permitam ao cidadão conduzir a sua vida da forma que desejar, de acordo com seu projeto de vida.

Não raras as vezes, quando o Estado atua na esfera privada, há colisão entre dois princípios constitucionais que tutelam direitos fundamentais, de modo que deve ser realizada uma ponderação entre eles.

A ponderação de princípios é um dos traços marcantes do pós positivismo jurídico, em que o juiz é um co-participante do processo de criação do direito. Verifica-se que a idéia de completude da ordem jurídica é inviável e o juiz deverá buscar parâmetros racionais para dirimir casos difíceis. De acordo com Robert Alexy, (2008), os princípios se aplicam pela lógica do mais ou menos, em que um princípio limita outro princípio.

A doutrina estabelece que os critérios de ponderação devem ser divididos entre parâmetros de ponderação e princípios de ponderação. São três os parâmetros de ponderação: quanto maior a restrição de um princípio sofrer no caso concreto, maior será o seu peso; quanto maior a hierarquia axiológica ou valorativa do princípio, maior será o seu peso; no conflito entre regras e princípios, as regras tem prevalência *prima facie*. O juiz pode afastar uma regra para aplicar um princípio somente em casos excepcionais.

São princípios de ponderação a proporcionalidade, a concordância prática e a proteção ao núcleo essencial. Ricardo Lobo Torres, (2002) denomina estes princípios como

princípios de legitimação, enquanto que Humberto Avila, (2008) entende que são postulados normativos.

A proporcionalidade atribui peso aos princípios, definindo qual irá prevalecer em uma determinada ponderação. A proporcionalidade se divide em três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação estabelece que a medida é adequada quando ela for apta a concretizar a finalidade a qual ela se destina. Por sua vez a necessidade significa a inexistência de meio menos gravoso entre os igualmente aptos para atingir uma finalidade legal. A proporcionalidade em sentido estrito é uma relação de custo benefício, devendo ser sopesado se vale a pena proteger um determinado princípio e restringir outro.

O princípio da concordância prática estabelece que nos conflitos entre princípios constitucionais o interprete deve restringir o mínimo possível os princípios em jogo, de modo que somente será admitida a não aplicação de um princípio se for a única solução. Trata-se da maximização da eficácia dos princípios.

Por fim, o princípio da proteção ao núcleo essencial, segundo grande parte da doutrina, é um princípio constitucional implícito. Os princípios constitucionais tem um núcleo essencial, um âmbito de proteção que não pode ser restringido.

Assim, a seguir, serão analisados princípios que passaram a ser de aplicação imprescindível após a constitucionalização do Direito Civil.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é uma expressão marcadamente fluida e indeterminada não só no campo do direito, mas também nas áreas da filosofia, sociologia e teologia. Dessa forma, em razão do caráter polissêmico da expressão e da utilização indiscriminada, encontra-se dificuldade em se atribuir um nítido sentido à dignidade da pessoa humana.

Immanuel Kant, (2003) estabeleceu que a moralidade deve ser resumidas em um "imperativo categórico", que não se exterioriza por meio de conteúdos fixos, mas sim deve valer de modo universal e incondicional para toda ação moral.

Segundo Kant, (2003), o imperativo categórico busca afirmar que o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo e não visualizado como meio para atingir outras finalidades. Desse modo, as normas deve ser elaboradas levando-se em conta que o objetivo final delas é o proteger o homem enquanto espécie humana. O imperativo categórico é norteado pelo valor absoluto, universal e incondicional da dignidade da pessoa humana.

Kant, (2003), sustenta ainda que no mundo em que vivemos existem duas categorias de valores, a dignidade e o preço. A dignidade é um valor interior, de interesse geral e se refere a coisas, enquanto que o preço é exterior, de interesse particular e se refere a pessoas.

Desse modo, a dignidade se encontra em uma patamar superior ao do preço, de modo que o legislador se baseia nisto ao elaborar leis, de forma a maximizar o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana transformou por completo o Direito Civil, que era baseado em valores individualistas, e passou a garantir o respeito e a dignidade dos indivíduos.

Assim, a vulnerabilidade humana será tutelada sempre que ela estiver em risco, e os grupos sociais considerados de menor expressão e mais frágeis serão protegidos por meio de uma atenção especial da lei. Pode-se citar como grupos sociais frágeis os consumidores, as crianças e adolescentes e os idosos.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º da Constituição da República, sendo tratado como um dos fundamentos da República. A Constituição de 1988 atribuiu ao referido princípio o caráter de alicerce da ordem jurídica democrática.

A principal dificuldade na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana reside nas infinitas conotações que a ela podem ser atribuídas. Deve ser evitada uma generalização absoluta, de modo que um demasiado grau de abstração poderia levar a uma ineficácia do princípio.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, (2006), são quatro os corolários do princípio da dignidade da pessoa humana: a igualdade, a integridade física e material (psicofísica), a liberdade e a solidariedade. De acordo com a jurista, somente os corolários do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser relativizados. A dignidade da pessoa humana é assegurada no caso concreto após a ponderação destes subprincípios.

Em relação ao subprincípio da igualdade, pode-se afirmar que a substituição da ótica individualista do Direito Civil por aquela calcada no princípio da dignidade da pessoa humana causou reflexos na antiga visão codicista de que todos são iguais perante a lei. O escopo do

direito civil constitucional passou a ser o de enfrentar aspectos singulares do caso concreto proporcionando igualdade substancial e justiça social. Neste cotejo, por meio da igualdade substancial, deve ser assegurado o direito a diferença e concepção diversa de vida.

No âmbito do direito civil, a integridade psicofísica busca garantir a tutela de inúmeros direitos da personalidade como direito ao nome, imagem, honra, corpo e identidade pessoal. Tal subprincípio adquiriu grande relevância nos últimos anos em razão dos avanços da biomedicina, tais como cirurgia de transgenitalização e a inseminação artificial heteróloga de sêmen doado por pessoa anônima. Diante deste subprincípio, o direito a alteração do nome no registro civil daquele indivíduo que realizou cirurgia de mudança de sexo seria um meio de resguardar a esfera psíquica dele, razão pela qual seria possível. Em relação ao anonimato do doador de sêmen na inseminação artificial homóloga, vislumbra-se que não seria possível, pois deve ser assegurado o direito de futuras gerações de saber quem são os seus genitores. Os avanços científicos dos últimos anos não foi acompanhado por uma legislação apta para dar respostas a questões que surgem cotidianamente envolvendo os limites a disposição do próprio corpo.

O princípio da liberdade individual, ligado a privacidade, intimidade, livre exercício da vida privada, significa que o indivíduo pode realizar a sua conduta da forma que ele entenda ser a mais apropriada. Todavia, este princípio deve ser ponderado com o dever de solidariedade social, pois os direitos devem ser exercidos em contextos sociais.

A solidariedade é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no artigo 3º da Constituição. O princípio da solidariedade deve ser aplicado não só no momento de elaboração das leis, mas também na interpretação e aplicação do direito.

A doutrina divide a solidariedade em fática e como valor. A solidariedade fática é fruto da imperiosa necessidade da coexistência humana. Por outro lado, a solidariedade como valor decorre da consciência humana de que os direitos devem ser respeitados, de modo que o direito de um indivíduo é limitado pelo direito de outro.

Neste cotejo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como escopo proteger o valor da personalidade humana de forma que não haja limitações. A tutela da pessoa humana não é um direito, mas sim um valor fundamental do ordenamento jurídico pátrio. O princípio da dignidade da pessoa humana objetiva tutelar as múltiplas características próprias do ser humano que compõem a sua dignidade.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, (2006), utilizando-se a analogia da teoria da relatividade de Albert Einstein, com o advento do pós-positivismo jurídico, tudo no direito se tornou relativo, com exceção do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o único valor capaz de dar harmonia, proporção e equilíbrio ao ordenamento jurídico.

3.2 - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A teoria da função social da posse surge em contraposição ao conceito de posse desenvolvido por Savigny, e, posteriormente, por Jhering. Segundo Savigny, (2009), a posse era defendida para se evitar atos de violência contra o possuidor. De acordo com Savigny, para que o sujeito seja possuidor, são necessários os requisitos *corpus*, que é o poder de

disposição sobre a coisa, e *animus domni*, que é a vontade de ter a coisa para si como se dono fosse.

Por outro lado, Jehring, (2009), sustenta que para ser possuidor basta o corpus, que é um comportamento de proprietário. Para Jehring a detenção é uma posse degradada pela lei. A posse não era defendida para resguardar o possuidor, mas sim porque é a primeira linha de defesa da propriedade.

Neste cotejo, modernamente, desenvolveu-se a teoria social ou sociológica da posse que busca explicar a defesa da posse com base na posse trabalho e posse moradia. Sob este prisma, a posse deve ser considerada como um fenômeno de relevante fato social e possui autonomia frente à propriedade, de modo que não deve ser vista como mera defesa do possuidor ou da propriedade.

Em razão da constante aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada e do cenário brasileiro marcado por poucos recursos financeiros e intensos conflitos fundiários, as teorias de Savigny e Jhering passaram a ser insuficientes para fundamentar a posse.

A posse passa a ser visualizada como um fato social dotado de grande repercussão para a construção da cidadania e das necessidades básicas do ser humano. De acordo com a teoria sociológica da posse, a posse não é um mero apêndice ou sombra da propriedade.

Conforme a teoria sociológica, a posse busca com o uso dar efetividade aos direitos fundamentais, homenageando princípios como moradia e dignidade da pessoa humana, erradicando a pobreza e prestigiando a igualdade das classes sociais.

Em momento algum a Constituição da República se referiu expressamente à função social da posse. Entretanto, pode-se afirmar que a função social da posse é um princípio

constitucional implícito que pode ser objeto de dedução. São artigos que abrigaram a função social da posse:

O artigo 1º, III da Constituição da República, que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, tem como um dos seus escopos a garantia de um patrimônio mínimo. Um dos modos de se assegurar um patrimônio mínimo é a efetiva proteção do direito a moradia. Nesse sentido, a posse pode ser traçada como o mecanismo mais eficiente de se efetivar a proteção ao direito de moradia. A posse efetiva muito mais o direito a moradia do que o direito a propriedade.

O direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição da República é um segundo fundamento da função social da propriedade.

Por meio de uma interpretação analógica, pode-se afirmar que o artigo 5º, XXXIII da Constituição da República é também fundamento para a função social da posse. Se a posse e a propriedade são direitos reais que se encontram em um mesmo patamar e se a carta constitucional reconheceu o direito de propriedade, por analogia a Constituição da República reconheceu o direito a função social da propriedade. Segundo Nelson Rosenthal, (2009) a propriedade sem a função social seria um nada jurídico.

Os artigos 183 e 191 da Constituição da República são fundamento para a função social da propriedade. Estes dispositivos prevêem o prazo exíguo de 5 anos para a usucapião. De acordo com a doutrina em geral, tal prazo decorre da função social da posse.

Por último, o artigo 170, V da Constituição da República exige, por meio de interpretação analógica que o Estado terá que respeitar a função social da propriedade.

A oponibilidade *erga omnes* da posse não estaria fundamentada na condição de direito real fundamental, mas sim no direito à moradia que é o local onde a privacidade é protegida e se estabelece a entidade familiar. De acordo com Antonio Hernandez Gil, a posse é um direito que mais se aproxima da realidade social.

Nesse sentido, a posse não pode deixar de sofrer as influências do direito constitucional por ser um fato social, de forma a efetivar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e a dignidade da pessoa humana.

4 – DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA

O Superior Tribunal de Justiça possui alguns precedentes em que foi realizada uma interpretação civil constitucional em lides envolvendo particulares.

O artigo 1º da Lei 8009/90 prevê que o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal ou previdenciária, salvo hipóteses previstas em lei.

Nesse sentido, caso se interprete isoladamente o artigo 1º da Lei 8009/90, sem aplicação da Constituição, chegar-se-á à conclusão de que o homem solteiro que seja proprietário de um único imóvel residencial não estaria protegido pela impenhorabilidade do bem de família.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme anteriormente destacado, deve reger não só a elaboração das leis, como também a sua interpretação. O artigo 5º da Lei

de Introdução ao Código Civil preceitua que na aplicação das leis o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum.

Ademais, a interpretação de qualquer instituto jurídico no ordenamento jurídico pátrio deve ter como escopo final a tutela do ser humano. Desse modo, um indivíduo solteiro que possui um único imóvel residencial não é considerado menos ser humano do que outro que possui esposa e mora com ela em um único imóvel também.

Neste ínterim, deve ser realizada uma interpretação teleológica do artigo 1º da lei 8009/90, de modo que deve ser assegurado o direito de moradia ao homem solteiro proprietário de um único imóvel, garantindo a sua dignidade.

Assim, a interpretação mais correta do artigo 1º da lei 8009/90 deve levar em conta tais premissas.

Este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 182.223. Cumpre ressaltar que tal posição jurisprudencial está prevista inclusive na súmula 364 do referido tribunal.

Um outro precedente em que foi realizada uma interpretação civil-constitucional foi o Recurso Especial nº 1.008.398, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi. Neste julgado que versa sobre alteração de prenome de transexual submetido a cirurgia de mudança de sexo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a mitigação do sofrimento humano deve ser o sustentáculo das decisões judiciais.

De acordo com a relatora, a afirmação da identidade sexual está ligada a possibilidade de uma pessoa expor os seus atributos e características de seu gênero. A liberdade de identificação sexual está ligada a tutela da pessoa humana como valor absoluto.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, conservar o antigo prenome de um indivíduo após a alteração do sexo equivaleria a deixá-lo em permanente situação de angústia e incerteza, o que resultaria na violação da sua dignidade.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que é possível a alteração no registro civil do prenome de um indivíduo que realizou cirurgia de mudança de sexo, pois dessa forma estará sendo assegurado o exercício pleno da sua identidade sexual e sendo garantida a sua dignidade na sua aceção psicofísica.

Um outro tema de grande importância e freqüentemente debatido é a obrigatoriedade de realização de DNA em ação de investigação de paternidade.

Em relação a obrigatoriedade de realização de exame de DNA, há confronto entre dois direitos fundamentais, que são o direito à identidade biológica da criança e sua dignidade e o direito à intimidade do investigado de não se submeter a processo invasivo.

O artigo 231 do Código Civil estabelece que aquele que se nega a realizar exame médico não poderá se aproveitar de sua recusa.. O artigo 232 do Código Civil prevê que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

No *habeas corpus* 71373 o Supremo Tribunal Federal entendeu que o réu não pode ser obrigado a colher material hematológico para a realização de exame de DNA. A obrigatoriedade de submeter ao referido exame feriria o direito a intimidade previsto no artigo 5º, X da Constituição da República e o direito à intangibilidade do próprio corpo. Ademais, a obtenção desta prova feriria o princípio do devido processo legal previsto pelo artigo 5º, LIV da Constituição da República, além do artigo 231 do Código Civil, que possibilita a recusa.

O Superior Tribunal de Justiça possui orientação pacificada pela súmula 331 no sentido de que em ação investigatória de paternidade a recusa do próprio pai em se submeter ao exame de DNA gera presunção relativa de paternidade.

O Supremo Tribunal Federal possui precedentes no sentido de que para que haja a presunção de paternidade, a recusa deve ser conjugada com outros elementos de prova.

CONCLUSÃO

O direito é composto por um conjunto de regras jurídicas em que todas elas estão submetidas à força normativa da Constituição. Com o advento da constitucionalização do direito civil, o Estado passou a se imiscuir nas relações privadas de forma a garantir a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial nas relações contratuais.

A constitucionalização do Direito Civil pôs fim à prevalência absoluta do princípio da autonomia da vontade, de modo que os institutos do Direito Civil passaram a ser reinterpretados a luz dos princípios e valores constitucionais.

Essa reformulação na interpretação dos institutos do Direito Civil foi possível em razão da superioridade hierárquica da norma constitucional, que se encontra no ápice da pirâmide normativa de Kelsen.

Dessa forma, é insuficiente a mera transposição de princípios básicos do direito civil para o texto constitucional. Os princípios previstos explícita ou implicitamente na Constituição atuam como norte para a interpretação de institutos do Direito Civil com base na razoabilidade e proporcionalidade.

Neste cotejo, a Constituição da República consagra um conjunto de valores da sociedade em geral como ideal ético, consciência social e justiça. A incorporação desses valores à órbita privada possibilitou o fenômeno da despatrimonialização.

Assim, o foco do direito civil passou a ser a tutela da pessoa humana, no lugar da tutela do patrimônio.

Uma das maiores preocupações do direito civil constitucional é estabelecer limites éticos. Os indivíduos podem conduzir suas vidas da maneira que melhor lhe convier, lastreado em direitos fundamentais. Todavia, a liberdade de um sujeito na realização de seus atos deve ser limitada com base em mínimos éticos irredutíveis.

Na interpretação de alguns institutos do Direito Civil à luz de princípios constitucionais, surgem, não raras as vezes, conflitos entre eles. Para dirimir estas colisões, devem ser utilizados parâmetros e princípios de ponderação.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da posse possuem grande importância no âmbito do direito civil constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana transformou por completo a interpretação do Direito Civil, que era baseada em valores patrimoniais e individualistas e passou a ser de valores existenciais, tendo como escopo final a tutela da pessoa humana.

O princípio da função social da posse provocou profunda reformulação no âmbito do Direito Civil. A posse deixou de ser visualizada como mero apêndice da propriedade e passou a ser fundamento para ser assegurado o direito à moradia, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo. Malheiros. 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo. Malheiros. 2008
- AZEVEDO, Fábio. *Direito Civil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tema IV. 1ª ed. Renovar. 2009.
- DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. 1ª. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. 1ª ed. Renovar. 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 1ª ed. Bauru. Edipro. 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil. Jus Navigandi*, 1999
Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em 20.05.2010.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil. Tomo III*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

Gustavo. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2002.