

# CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO, SOBRE A PERSPECTIVA DOS DIREITOS REAIS

Eduardo Ostelony Alves dos Santos<sup>1</sup>

Professor Orientadora: Ms. Tatiana M. do Amara<sup>2</sup>

## ABSTRACT

Com o advento da Constituição Federal de 1988, este artigo visa contribuir com os estudos jurídicos que abarcarão os principais efeitos das relações entre particulares com normas de direito público. De início analisaremos a questão contexto histórico, qual seja definir origem, enfatizando desenvolvimento no Direito material. Em seguida, estudaremos os efeitos e atitudes.

**Key-words:** Função Social, Direitos Fundamentais, Propriedade.

## Introdução

Entende-se que o ordenamento jurídico é dividido em duas extremidades, em um lado temos o Direito Público ramo que enfatiza a coletividade, e as garantias fundamentais do povo, sob um prisma totalmente abrangente; em contraponto ao Direito Privado, no qual são regulamentadas situações, onde apenas particulares, um número restrito de pessoas que se inter-relacionam, gerando consequências jurídicas.

Essa dicotomia vem sendo construída desde o período romano, mas, atualmente, as relações privadas ou públicas quanto à aplicação da legislação acabam se interligando em uma só não podendo ser realmente divididas em sua aplicação como é a praxe teórica, mas para melhor exemplificar uma relação privada não pode desrespeitar um preceito fundamental ou um Direito coletivo que seja de todos, mesmo que seja uma relação apenas de particulares.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é analisar a forma pela qual se dá essa intervenção do Direito Público sobre uma esfera que, primeiramente seria apenas entre particulares, por isso denominada de Direito Privado, com suas

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag).

<sup>2</sup> Professora do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Mestre em Direito Público.

normas próprias, mas que hoje sofre diferença substancial de interpretação à luz das normas de interesse geral e social.

Vem se consolidando na teoria geral dos direitos fundamentais, a visão de que esses direitos não são apenas oponíveis ao Estado, mas também aos particulares. Deu-se a esse fenômeno, no Brasil e no estrangeiro, o nome de eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada, embora alguns prefiram o menos acurado eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O presente trabalho é concentrado na área de direito constitucional, em relação interdisciplinar com o direito civil, tendo como tema o trabalho a constitucionalização das normas referentes ao direito das coisas.

Pretende-se fazer um estudo doutrinário, legislativo e jurisprudencial acerca do fenômeno da constitucionalização das normas sobre posse e propriedade, que vem regulamentadas no Código Civil no livro chamado de direito das coisas.

Esta pesquisa desenvolver-se-á utilizando o método de hipotético dedutivo, bem como o método de procedimento estruturalista em artigo de revisão bibliográfica, pois busca expor a situação hipotética e as premissas gerais dela, bem como os conflitos que cercam o tema, pautando-se na legislação brasileira e partindo de pesquisa bibliográfica e documental e apreciação do material coletado.

## 1. EVOLUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

No presente capítulo será feita uma análise da evolução histórica do tema abordado, buscando as origens do instituto em estudo.

### 1.1 Da força normativa da Constituição.

A Alemanha foi responsável por desencadear toda essa forma de pensar o marco histórico foi após o advento da lei Fundamental de Bonn. Basicamente se discutia que o Estado deveria se preocupar com a proteção aos direitos fundamentais, mas não tão somente em seu âmbito geral de não violação, como também os efeitos que produziria as relações particulares e se elas poderiam violar ou sofrer violação.

Na Linguagem alemã tem a característica de se chamar *DrittWirkung der gundrechte*, a intervenção da esfera pública sobre a privada entende alguns artigos como da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2012 pag. 458 “inicia-se essa aplicação na Alemanha”, esse país foi o responsável para que possamos perceber que essa separação pode estar sendo quebrada conforme o ordenamento jurídico evolui.

Mesmo havendo certa hesitação de se identificar origem precisa há quem sustente que a própria ideia de eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas é uma criação da ciência jurídica alemã, verdadeiro produto *made in germany*, que mais tarde tornou-se artigo de exportação jurídica. Com efeito, embora a construção norte-americana da *state action doctrine* torne questionável o pioneirismo invocado pela dogmática germânica, o fato é que esta conferiu ao tema densidade e originalidade ímpares, vindo a torna-se ponto de referencia para toda a doutrina europeia. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações particulares (REIS, 2003, pag 134.)

De um prisma interessante é válido ressaltar a discussão anterior já se preocupava e trazia uma orientação para os próprios Estados Soberanos, para que interviessem e observassem se as normas de direitos fundamentais fossem respeitadas.

Toda essa discussão é pura e simplesmente europeia foi à percussora nessa nova forma de entender a aplicação dos Direitos Fundamentais.

A partir da década de 50 a Alemanha reconhece aplicação dos direitos fundamentais, mas ainda existia a discussão de aplicação desses direitos se seria de maneira direta ou indireta, como consequência natural advém duas teorias para tentar responder tal questionamento.

A primeira eficácia indireta e mediata do direitos fundamentais: a aplicação dependeria das norma infraconstitucionais na qual ficaria vinculada a ela ou pela interpretação jurídica do julgador, a norma faria seu papel de filtro, tal teoria encontra um problema, pois ela mesmo perde a autonomia que é uma característica das relações privadas, pois ficaria condicionada a produção de normativa, sendo assim segundo Gonçalves “hipertrofiada do que seja autonomia privada e fragiliza a sim mesma”, sendo eivada de pós e contras continua ser adotada de maneira majoritária no país.

Adotada pela doutrina minoritária na Alemanha, mas com muita força na Espanha, temos a segunda corrente Direta e Mediata a Constituição já teria previsão dos Direitos fundamentais não necessitando ser regulamentada por lei infraconstitucional, e por plena, simples e pura existência já se aplicaria de maneira direta as relações privadas.

Direito privado e público, não eram considerados dois ramos distintos, a civilização responsável pela dicotomia foi a Romana onde em sua Constituição considerou esses dois ramos separadamente, isso se perpetuou durante a história.

#### Dicotomia segundo Bobbio

[...]dicotomia quando nos deparamos com uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode estar simultaneamente compreendido na segunda.( BOBBIO, 1990, p. 13 e 14)

Essa divisão ainda é considerada pelas legislações modernas e, em muito influenciou nosso ordenamento jurídico vigente, varias doutrinas separam ambos os pólos, e ainda é classificado desta maneira, os Estados tem normas de Direito

Público e privado e traz dessa maneira para uma melhor organização de suas normas internas.

Passando a analisar de maneira prática ambos estão presentes nas relações jurídicas e já não podem ser considerados como duas matérias distintas; o Estado ao criar sua constituição norteou parâmetros para que diretamente possa atuar nas relações particulares.

Podemos observar que tal dicotomia já não se faz tão necessária, pois em várias matérias encontram-se pontos que necessariamente estão conectados, essa separação já não coaduna com a realidade jurídica e social moderna.

## **1.2 Os Reflexos da Constitucionalização do Direito Civil, em Razão dos Direitos Fundamentais no Âmbito das Relações Privadas**

De maneira sucinta os Direitos Fundamentais são posicionamentos jurídicos reconhecidos e protegidos no interior da Constituição Federal.

Os direitos fundamentais são considerados em nosso ordenamento cláusulas pétreas, ou seja, ocupam o polo mais alto de nosso ordenamento jurídico, eles tem vinculação e aplicação direta e imediata<sup>3</sup> com as entidades públicas e com algumas ressalvas para aplicação a particulares.

Ocorre que, muitos Direitos fundamentais por pura e simplesmente existirem já tem sua aplicação imediata, mas alguns encontram respaldos na legislação infraconstitucional onde são regulamentados e aplicados conforme suas normas, por exemplo Direito de personalidade, na qual é objeto de regulamentação do Direito Civil. Veja que apenas a existência em uma cláusula geral esse Direito de personalidade já seriam aplicados, mas foi necessária ao âmbito privado trazer normas de regulamentação.

Desta maneira vemos a aplicação desses posicionamentos jurídicos decorrentes dos princípios aos outros Direitos positivados, ou melhor dizendo os direitos implícitos envolvidos, mas que não se apresentam de maneira clara.

Toda essa forma de comportamento e posicionamento advém da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais na qual surgiu com a necessidade defender

---

<sup>3</sup> Art. 5º, § 1º Constituição Federal – 1988.

entre os direitos fundamentais os particulares em suas relações, desta forma nasce tal teoria para repensar em como se aplicar esses direitos ditos como necessários no âmbito particular.

Para reforçar tal prerrogativa temos o como Mendes:

O Direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado.

[...]Nesse sentido, legítima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos” (MENDES, 2009, p. 300).

Segundo Gonçalves o Brasil “vem adotando jurisprudencialmente e doutrinariamente essa eficácia horizontal dos direitos fundamentais em face das relações privadas” pag. 268, apesar de serem reconhecidos é necessário frisar que não temos nada consolidado, o que comprova determinada afirmação são os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal nas relações privadas reconhecimento violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal, podemos citar como exemplo reconhecimento da observância do direito adequado de defesa e do devido processo legal.

Não é o foco do presente trabalho, mas demonstra um ponto crucial para entendermos essa constitucionalização e evolução do próprio direito civil.

State Action de maneira pura e simples seria relativização do Direitos fundamentais em face a uma relação particular, pois bem esse posicionamento foi adotado na década de 40 pelos Estados Unidos, na qual se defendia uma ideia de proteção e autonomia dos particulares.

Houve o reconhecimento e afirma próprio Vírgilio Afonso que apenas seria uma proteção aparente aos particulares, pois não há proteção quando falamos em violação, entenda que diante de uma relação onde o princípio do contraditório ampla defesa por exemplo fosse suprimido de uma relação haveria um aceitação tácita por alguma das partes e esta ficaria prejudicada pois não poderia opinar e chegar a um consenso sendo um negócio jurídico bilateral mas totalmente viciado comprometendo até a própria vontade.

## **2. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS REAIS**

Nesse capítulo teremos a análise do objetivo específico do estudo, pois trataremos da constitucionalização dos direitos privados na que pertine aos direitos das coisas, em especial, institutos da posse e propriedade.

### **2.1 Evolução dos conceitos de Posse e propriedade.**

Na história a posse e a propriedade se confundiam em uma coisa só, onde a sociedade ou tribos usavam as coisas sem saber exatamente a distinção de Nader o “instinto de sobrevivência levava eles a ocupar espaços, adquirir suas habitações”, os grupos se organizavam de maneira geográfica que os cabiam respeitando primeiramente uma ordem natural.

O primeiro indício da ideia de propriedade nasce quando há a consciência de limitações das coisas e o desejo de usá-las para trazer o conforto.

Historicamente o direito nasce primitivamente de forma precária é quando nascem os líderes dos grupos, logo depois conforme a necessidade ele surgiria nas proporções que exigiam as sociedades, sendo um processo de adaptação e pacificação.

A distinção entre posse e propriedade começa surgir quando o homem percebe que ele não precisaria deter determinado item para sempre, e poderia somente utilizá-la ou exercer o seu poder sobre a “coisa”, de forma definitiva (propriedade) ou temporária (posse).

O direito Romano regulamentou e trouxe várias fontes que, hoje, se perpetuaram, para ele a posse deveria ser protegida e trazia dois elementos característicos: a) *possessio naturalis* poder físico sobre a coisa, b) *animus* ou *affctio possidendi* ter a própria coisa a disposição para o fim que se destinava.

Primeiramente, somente coisas corpóreas ou móveis como conheciam poderiam ser suscetíveis a posse, a analogia foi um mecanismo importante, pois trouxe, posteriormente, o conceito de quase posse, na qual poderia exercer direitos sobre a coisa alheia essa extensão do conceito e proteção da posse adveio do direito canônico e germânico aderido pelo direito romano.

Pacificamente o nome posse deriva verbo “*sedere*”, sentar-se estar sentado, o acréscimo do prefixo *pos* traz na história um significado de poder, a ligação de *pos* e *sedere*, segundo Nader resulta “estar estabelecido”.

Posse no senso comum significa pura e simplesmente ter; reter, ocupar entre outras terminologias, já na esfera legislativa temos o seu sentido determinado pelo Código Civil em seu artigo 1.196: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes a propriedade”

## **2.2 Constitucionalização e aplicação da função social da posse e da propriedade privada**

O Estado tem a necessidade, crescente, de intervir na propriedade privada, um dos motivos o grande crescimento populacional e a grande demanda de realocação dessa sociedade continuamente em avanço. Inevitável a intervenção estatal na esfera privada, a qual, poderá ser sentida de maneira diferente em cada sociedade.

Mesmo sendo um Estado Laico onde, diga-se, separado em ambos os polos religião de um lado, e Estado de Direito do outro, podemos ainda como fonte utilizar a citação da carta et Magistra do Papa João XXIII de 1961, na qual se infere sobre propriedade da seguinte forma:

“[...]a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com a uma função social, não só em proveito titular, mas também em benefício da coletividade”.

A função social nesse sentido apresenta que o Estado deve se posicionar de maneira ativa no tocante ao aspecto sociológico, não só como modo de reagrupar seus grupos que estão à margem da sociedade, mas como também para que aqueles que detenham sua propriedade possam defende-la e gozar de maneira útil.

Segundo Nader

“[...]ao efetivar a função social da propriedade, o legislador, ao mesmo tempo estabelece mecanismos de conversão da posse em domínio, quando a lei condena o mau uso da propriedade, diz Roberto Kaisserlian Marmo, “sanciona em muitas hipóteses, em favor do ser (social), em detrimento do ter (individual)”. (NADER, Paulo, 2010,pag. 93)

No Brasil a aquisição da propriedade se deu desde a década de 70 por invasões aos centros urbanos prejudicando e agravando toda essa necessidade da demanda de moradia, mesmo com muitos assentamentos ainda, o Brasil goza de uma necessidade no tocante a reforma agrária. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso se posiciona e tem o entendimento pautado na função social da propriedade, segue a decisão in verbis:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ESBULHO POSSESSÓRIO – COMODATO VERBAL – ÁREA OBJETO DE ASSENTAMENTO PELO INCRA – DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – PROTEÇÃO POSSESSÓRIA EM FAVOR DO EXPLORADOR EFETIVO DA TERRA - RECURSO PROVIDO. Na ação possessória, incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho e a perda da posse (CPC, art. 927). Para a configuração de esbulho possessório, a ensejar a reintegração, bastaria que o possuidor fosse privado de sua posse de forma violenta ou clandestina ou, ainda, por abuso de confiança, pois não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (CC, art. 1.208). Todavia, se e os assentados originários deixam de residir no local ou não exploram direta e pessoalmente a parcela cabe a retomada do imóvel e a sua destinação a outra família de trabalhador sem terra (Instrução Normativa nº 47/2008 do INCRA). Quando se trata de área objeto de Projeto de Reforma Agrária deve ser garantida a proteção possessória a quem cumpre a função social da propriedade. (CF, art. 5º, XXIII). (PROCESSO....., JULGADO EM.....)

Podemos observar que independente das ocupações e do esbulho sofrido, a decisão foi pautada necessariamente sobre o pilar da função social, nitidamente um direito particular (propriedade), sendo relativizado passando ter um caráter social social.

O Marco historicamente para o surgimento da propriedade como aspecto individualista nasce com a revolução francesa, mas a concepção de função social é formulada por Augusto Comte e postulado por Léon Duguit, Duguit ainda é reconhecido como aquele que justifica os direito pela missão social.

Atualmente a previsão vem conforme o próprio código civil cita em seu artigo 1.228 § 1º, reforçando essa ideia de domínio útil:

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

Tal assunto tem tanta importância que encontra fulcro na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º XXIII *“a propriedade atenderá a sua função social;”*.

A função social ela vai além conforme o entendimento de Nader:

“[...] ao efetivar a função social da propriedade, o legislador, ao mesmo tempo que estabelece mecanismos de conversão da posse em domínio, seja com a multiplicação das modalidades de usucapião ou com a chamada posse-trabalho, penaliza a não utilização ou subutilização da coisa de vários modos.”

No tocante ao posicionamento dos tribunais fica claro o quão importante é respeitar a função social, segundo jurisprudência:

“Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão da origem em prol dos princípios da função social da propriedade e da boa-fé. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que embora tenha sido irregular a alienação das terras pelo assentado original aos ora agravados, esses deram efetivo cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade, com a sua devida exploração - AI 822429 SC (STF)”.

Desta forma podemos observar que constitucionalizar a propriedade, é o aumento das modalidades de aquisição da propriedade, como também estabelecer domínio útil e por fim penalizar aquele que não exerce corretamente seus direitos, bem como a preconizada função social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Estado de fato, vêm, constantemente, intervindo na sociedade seja como o presente trabalho tentou traduzir, na posse, ou na propriedade, como qualquer outro ramo do Direito privado, nasce com a concepção de proteção da sociedade com também das partes envolvidas.

Proteção e segurança jurídica tem uma dimensão amplamente sociológica visando coibir abusos, e danos ao patrimônio como também, os danos potenciais ao convívio social como um todo.

O direito perdeu a linha de separação ou ainda que considerada sua existência podemos denominá-la ínfima, à realidade não coaduna com a separação de ambos os ramos, e sua extensão como também interpretação avançam na sociedade conforme suas necessidades aparentes.

Do ponto de vista social a Alemanha trouxe uma interpretação de agir e de comportamento através do Direito uma solução que pode se tornar pacífica e conflituosa dependendo do contexto social que esta esteja, mas que tem um fim de ajudar aquele detém direitos a exerce-los sem ultrapassar os limites legislativos.

Em relação à função social da propriedade notamos que exercer seu direito de propriedade particular (do individuo), não é livre e discricionário do particular, mas sim utilizar de forma sustentável ou econômica e social esse direito se tornando inclusive um dever, tendo a norma privada uma situação de hierarquia com a norma pública se sobressaindo sobre ela.

## REFERÊNCIAS

AGRA, walber. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Brasília, DF: Senado Federal, 1988 Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil** Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)

BOBBIO, Norberto. **A grande Dicotomia: público/privado**". In: **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. [Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica]. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990 [1987].

MENDES, Gilmar **Curso de Direito Constitucional**, 4º Ed. São Paulo: Saraiva 2009.

NADER, Paulo **Curso de Direito Civil**. 4º Ed. Rio de Janeiro: Forense 2010.

STF. **Agravo de instrumento**. 822429. Disponível:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5976863>

TARTUCE, Flávio **Direito Civil: Direito das Coisas**. 4º Ed. São Paulo: Método 2012.

TJMT. **Apelação Cível**. 0001445-38.2009.8.11.0040 - 92042/2013. Disponível:

<http://www.tjmt.jus.br/jurisprudencia/Home/RetornaURL?numeroProtocolo=92042&anoProtocolo=2013>

Gonçalves, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das Coisas**. 4º Ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

REIS, Jane, PEREIRA, Gonçalves. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos fundamentais no Direito comparado e no Brasil**. 3º Ed. São Paulo: Malheiros: 2003.