

# FUNCIONALIZAÇÃO VERSUS COMUNITARISMO: ANÁLISE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS EXISTENCIAIS

Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto\*

## I – Introdução: Funcionalização dos Institutos de Direito Privado:

O Estado liberal da época do voluntarismo jurídico do século XIX viu-se obrigado a se adaptar às novas exigências que se impuseram com a sociedade moderna, passando a intervir nas relações interpessoais, alterando as funções do direito civil.

Nesse influxo, alguns autores formularam uma construção teórica que se convencionou denominar Direito Civil-Constitucional. O Direito Civil-Constitucional é, portanto, uma corrente doutrinária dentro do Direito Civil, que parte da premissa de que a Constituição, como norma hierarquicamente superior a todas as demais, estabeleceu hierarquia de valores de natureza cogente, a que se deve adequar todo o ordenamento jurídico. Como consequência, deixa o Direito Civil de encontrar seu único fundamento no Código Civil e na legislação ordinária, passando-se à aplicação direta da Constituição em relações desta natureza.

Em seu aspecto material, importa em uma reconstrução axiológica do Direito Privado, à luz dos valores constitucionais, na busca de realização dos direitos fundamentais e concretização de um Estado Social de Direito<sup>1</sup>.

Reorientado pelo princípio da dignidade humana e devidamente alinhado ao compromisso constitucional de construção de uma sociedade igualitária, justa e fraterna, uma mutação se pôs em curso, desencadeando um Direito Civil renovado, cuja mobilidade é a única certeza a que se pode garantir um mínimo de instrumentalidade<sup>2</sup>.

Diga-se, acerca da primazia da Constituição, que, segundo a Teoria de Hans Kelsen<sup>3</sup>, situa-se no vértice da pirâmide estabelecida entre as normas do ordenamento jurídico, com o qual todas as demais leis devem se conformar e às quais todas devem se adaptar, pena de não serem recepcionadas ou serem invalidas, aquelas editadas posteriormente ao advento da Carta. Destarte, e como é sabido, as normas constitucionais gozam de imperatividade, o que as afirma como norte do ordenamento estatal.

Percebe-se a partir destas constatações que, hoje, predomina o entendimento, acertado, de que as normas constitucionais gozam de imperatividade e eficácia. O ato normativo será eficaz quando ele apresentar a aptidão para a produção de efeito, *para a irradiação das consequências que lhe são próprias*. Há, neste plano, uma busca pela produção dos fins aos quais, inicialmente, se procurou atribuir ao ato. Por este motivo, no exame de normas infraconstitucionais é essencial ter em mente que a sua interpretação deve se dar de acordo com os preceitos estabelecidos pelo Constituinte na norma superior.

\* Juíza de Direito e Mestranda em Direito Civil na UERJ.

<sup>1</sup> “A Constituição da República assumiu em relação a este problema uma posição diversa. Uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é lê-lo à luz da opção ideológica-jurídica constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª Ed. Renovar.

<sup>2</sup> A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro, 2ª Ed. Renovar.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 3ª Ed. 1974.

A funcionalização das normas de direito civil está, portanto, inserida neste contexto. Uma vez que a Constituição afirma como valores fundamentais a boa-fé, a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana, os institutos de direito civil passam a ser aplicados com base nessa inspiração valorativa. Pietro Perlingieri assim elucida<sup>4</sup>:

*“Na valoração das cláusulas, negociais ou não, com o objetivo de controlar se são, ou não, dignas de proteção (meritevolezza) por parte do ordenamento, os valores constitucionais – e entre eles, primeiramente, o respeito da igual dignidade – têm um papel decisivo. Isso, naturalmente, releva na esfera de aplicação da invalidade negocial e do instituto do ressarcimento dos danos, na individuação quer do an, quer do quantum. Isso deriva um reforço daquelas situações patrimoniais instrumentais e essenciais à realização de uma vida livre e digna: nessa perspectiva, a falta de disponibilidade de uma moradia insere-se na noção de ‘obstáculo a ser removido’.”*

Funcionalizar, desta forma, significa utilizar destes institutos, tradicionalmente patrimonialistas, numa perspectiva teórica e prática permeada por fins maiores, quais sejam, fins relativos ao atingimento dos valores constitucionalmente estabelecidos<sup>5</sup>.

Da análise específica da funcionalização do Direito Civil, percebemos que é nas decisões judiciais que se verifica a concretização dessas idéias. Uma grande importância dessas decisões é que muitas vezes elas são o ponto inicial para a modificação de uma legislação. Assim, é que se verifica que a tutela, por exemplo, da dignidade da pessoa humana constitui um fim em si mesmo, não necessitando de atendimento a valores outros para sua proteção<sup>6</sup>. Como soem acontecer com atos de natureza existencial, o valor por ele materializado realiza-se no momento mesmo de sua prática. Diversa a

<sup>4</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª Ed. Renovar.

<sup>5</sup> “Ainda que a aplicação constitucional e a permeação do direito civil por esses valores maiores seja uma constante, deve-se ter cuidado para que a mesma não seja banalizada. Assim, Daniel Sarmento afirma: Em verdade, a teoria constitucional precisa da utopia, porque as constituições também pretendem falar ao coração das pessoas, inspirando algum sentimento constitucional entre os cidadãos. E o que não é a constitucionalização do direito – este projeto grandioso de remodelar toda a ordem jurídica para dar-lhe uma fisionomia compatível com os valores constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade humana e solidariedade – senão uma bela utopia.

Porém, é preciso também um certo cuidado com utopias. As utopias acalentam o espírito e sinalizam caminhos, mas, em excesso, podem aprisionar ou tornarem-se verdadeiras distopias. Uma teoria constitucional que se oriente apenas à promoção de uma utopia, por mais inspiradora que esta seja, pode facilmente converter-se numa camisa-de-força. E a Constituição não é, nem deve ser, a tábua fundamental de uma religião civil, na qual estejam escritos para todo e sempre os caminhos que levam à salvação da Nação”. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 204.

<sup>6</sup> Por exemplo, em decisão exemplar o Tribunal Regional Federal da 4ª Região se manifestou sobre o direito à vida: *Processual Civil, Constitucional e Administrativo. Tutela Antecipada. Fornecimento de Medicamentos para Tratamento de Tumor*.

- Questão de ilegitimidade passiva não conhecida porque não enfrentada na decisão recorrida, sendo vedado ao Tribunal dela conhecer sob pena de suprimir um grau de jurisdição.

- A partir do regramento constitucional que obriga o Estado a assegurar a assistência médica e o direito à vida, presente o direito subjetivo do agravante, no que diz com o fornecimento de medicamento que não possui condições para adquirir, porque indispensável para sua sobrevivência.

hipótese quando a jurisprudência reconhece que a propriedade, valor patrimonial maior, deve ser tutelada desde que respeitando a base axiológica de sua função social. Diversamente do que se afirmou acerca da índole dos direitos existenciais, direitos de natureza patrimonial não prescindem, ou ao menos assim desejou o constituinte, de adequação aos valores estabelecidos como primordiais pela Constituição da República. A este respeito, o STF assim se manifestou:

*“Direito Civil. Contratos do Sistema Financeiro da Habitação. Plano de Equivalência Salarial Versus Cláusulas de Reajustes pelos Índices Aplicados a Poupança Livre.*

1- *“Nos contratos regidos pelo sistema financeiro da habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos:*

a) *O da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico;*

b) *O de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresse de atendimento as necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade;*

c) *O de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ansia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império financeiramente muitas vezes mais forte;*

d) *O de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.*

2- *Há de ser considerada sem eficácia e efetividade contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais*

- Presença da relevância do fundamento jurídico, bem como do risco de prejuízo irreparável decorrente da própria natureza da moléstia - tumor Linfoma não *Hodking* Difuso de Pequenas e Grandes Células (CD 20 positivo) estágio IV - e da indispensabilidade do medicamento em questão.

- Tutela antecipada mantida nos termos da decisão agravada.

- Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.

- Agravo improvido.

(Ag Inst. 2003.04.01011935-9 - Terceira Turma - Rel. Silvia Maria Gonçalves Goraieb - J. 07.10.2003)

E também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Processual Civil e Constitucional. Ação proposta por doente destituída de recursos financeiros contra Município e entidade de sua administração indireta encarregada de ações de saúde. Sentença de procedência. 1. Incabível a denunciação da lide ao Estado do Rio de Janeiro porque só se admite a intervenção em casos de responsabilidade civil ou naqueles nos quais o denunciado se obriga, por contrato ou por lei, a garantir o resultado da demanda, o que não ocorre no dever estatal de fornecimento de remédios a pacientes necessitados e hipossuficientes e ao que não conduz a solidariedade passiva disposta no art. 196 da Constituição Federal e na legislação infraconstitucional de integração. 2. Determinando a sentença o fornecimento dos remédios mencionados na petição inicial ou os respectivos genéricos, não tem a apelante interesse recursal na parte do apelo em que postula alternativamente reforma do julgado para contemplar a possibilidade de tal substituição. 3. Não pode ser provido o pleito também alternativo de que a apelada seja periodicamente submetida a perícia médica, a fim de que a apelante verifique da real necessidade dos medicamentos porque isso implicaria reduzir a nada a eficácia da prestação jurisdicional. Ser a autora carecedora das drogas que indicou já está assentado judicialmente. Em sede administrativa e jurisdicional tem a apelada meio de evitar eventuais e futuros abusos. 4. O art. 196

*assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados as cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial.*

3 - *Recurso provido.*

(Resp 85.521/PR, Rel. Min. José Delgado, primeira turma, julgado em 29.04.1996, DJ 03.06.1996 p. 19219)

Ainda que o paradigma da função social sirva para a verificação de funcionalização de direitos, ele serve muito mais para diferenciarmos a tutela de direitos patrimoniais para a tutela dos direitos existenciais, tema que será aprofundado nos próximos tópicos.

## II - Comunitarismo. Existência e Elementos Distintivos.

O comunitarismo surge a partir de construções doutrinárias norte-americanas, no século XX, com o objetivo de proceder a uma reconstrução histórica da noção de “tradição cultural”. Elaborado a partir de uma crítica ferrenha ao liberalismo da filosofia política, o comunitarismo foi sendo elaborado de acordo com a linha de pensamento estabelecida por cada um de seus estudiosos e doutrinadores<sup>7</sup>.

O conteúdo desta linha filosófica apresenta diversas vertentes, que se concentram na idéia de tradições autônomas, com requisitos próprios, não realizando debates e diálogos entre si.

Alguns autores se destacaram na construção desta corrente filosófica: Alasdair MacIntyre, com análise a partir da reinterpretação do *ethos* histórico cultural de Aristóteles e considerando o momento material das “virtudes”; Charles Taylor, a partir da localização

da Constituição Federal só em parte é norma de eficácia contida, porque programática, tendo plena capacidade de produzir efeitos no que prevê que a saúde, direito de todos e dever do Estado, também é assegurada pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. De todo modo, desde a edição da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, a discussão é bizantina. O diploma complementa a integração iniciada pelo art. 196 da Carta Política. 5. Ademais, o § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal refere-se a todos os direitos fundamentais previstos na Carta e fora dela, com clara remissão a seu Título II, o qual congloba todos aqueles enunciados na dogmática constitucional e não apenas os que o são no Capítulo I, garantindo assim a aplicação imediata não do art. 196 da Constituição Federal, mas do art. 6.º, no qual se inclui o direito à saúde. 6. Não demonstrado que a apelante, entidade da administração indireta municipal, não tenha como finalidade o atendimento individual a pacientes, senão apenas de planejamento de macropolíticas de saúde pública ou a execução de políticas de saneamento, exsurge a obrigação de fazê-lo porque nem a Constituição da República nem a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 o exclui da proteção, promoção e recuperação da saúde. 7. Direito fundamental não pode ser sobrepujado por simples alegação de falta de recursos financeiros para fornecimento de remédios. 8. No interesse público, convém condicionar o fornecimento a periódica comprovação, pela paciente, de ser domiciliada no território do Município. 9. Apelo ao qual se nega provimento. Sentença que, em duplo grau obrigatório de jurisdição, em pequena parte se reforma. Unânime.

(AC 2007.001.40491 - 19ª Câmara Cível - Des. Fernando Foch Lemos - J. 19.02.2008)

<sup>7</sup> “O comunitarismo emergiu da década de 1980, nos Estados Unidos, como uma resposta às limitações das teorias liberais e de sua prática, tendo passado a permear os fundamentos de inúmeras políticas públicas e iniciativas da sociedade civil organizada, naquele país, a partir da corrente década de 90. Seus temas dominantes são:

a) indivíduos autônomos não existem isoladamente mas são moldados por valores e pela cultura da comunidade na qual vivem;

b) direitos individuais precisam ser balanceados com responsabilidades sociais.” SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica Comunitarista ao Liberalismo.

da eticidade de Hegel e focando nos momentos “valores e autenticidade de cada identidade”; e Michael Walzer, a partir dos princípios materiais inerentes às diferentes esferas institucionais para tratar da questão da justiça, e da tolerância. Não interessa ao nosso estudo aprofundar o entendimento de cada um desses estudiosos, já que pretendemos demonstrar que em linhas gerais não se pode confundir a funcionalização dos institutos de direito privado com a aplicação dos ditames base do comunitarismo.

Alguns elementos, em que pesem as correntes diversas, podem ser identificados como linhas-mestre do comunitarismo, a partir de um exame das obras e das análises das referidas obras. O primeiro ponto que pode ser destacado é o questionamento dirigido à presunção de existência de um sujeito universal e não situado historicamente. Num segundo momento, o foco da doutrina passa à multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea<sup>8</sup>. Finalmente, o comunitarismo apresenta a justiça como a virtude na aplicação de regras conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social. Tal posicionamento é contrário à postura liberal, que defende a existência de direitos fundamentais de índole universal.

A noção de pluralismo é essencial para a compreensão do que seja o comunitarismo. Seus teóricos assinalam a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.

O comunitarismo está contextualizado, ainda, no momento material da ética, que se dedica à verdade prática. A discussão sobre a generalidade dos valores, a valorização das tradições e particularidades, a limitação das coisas a cada cultura está presente na crítica ao consenso exacerbado, na percepção da negação existente e nas iniciativas de novas frentes de libertação do sujeito. Os novos sujeitos de direito que surgem, diante da existência da negatividade e da necessidade de afirmação, trazem consigo suas tradições. Os seres são comunitários e seus momentos de reação refletem isso.

A idéia, portanto, do comunitarismo é de se afirmar como um contraponto do ideário liberal<sup>9</sup>. Confrontando as bases do liberalismo, o comunitarismo trouxe algumas discussões importantes, mas não se confunde com os pilares de funcionalização dos institutos de direito privado.

Alguns pontos levantados pelo comunitarismo resultam em uma análise de custos dos direitos e de aplicabilidade<sup>10</sup>. A funcionalização, por outro lado, apresenta-se por outra vertente: busca nos valores constitucionais os fundamentos para aplicação dos institutos privados, não tendo como base a idéia do indivíduo colocado em uma

<sup>8</sup> “Nota-se que a crítica comunitarista percorre várias vertentes, recaindo com freqüência na valorização do espaço comunitário, de forma que se reconheça os laços morais e culturais que interligam os seus membros, estabelecendo a tensão necessária entre o indivíduo e a comunidade.” SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. *A crítica Comunitarista ao Liberalismo*.

<sup>9</sup> “A primeira crítica destina-se ao liberalismo enquanto realidade prática. Volta-se a mesma contra a fragmentação da sociedade, na medida em que gera a perda de identidade de seus integrantes em relação à família, à cidadania e a quaisquer movimentos sociais da comunidade. O resultado é o que pode ser chamado de ‘solidão das massas’, em que muito vivem próximos, até mesmo espremidos nos espaços urbanos, mais sequer conhecem o próprio vizinho. No segundo diapasão da crítica comunitarista, esta dirige-se não mais à realidade, ou prática liberal, mas sim à sua teoria. Admite-se, nesta estrofe, o exagero da crítica inicial, já que o mundo real não se apresenta como defendido pelos liberais. Não haveria algo que se caricaturasse como uma sociedade do completo individualismo, em que não se encontra qualquer identidade ou valores. Os fatos estão aí para provar o contrário. Afinal, caso isto fosse verdadeiro, melhor seria recomendar a adoção dos sistemas liberais, que buscam assegurar igualdade a partir de uma posição original e de regras procedurais, dando manutenção a um sistema autônomo, contratual e cooperativo.” SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. *A crítica Comunitarista ao Liberalismo*.

comunidade. O indivíduo é um valor em si mesmo, assim como serão de valor absoluto os atos existenciais por ele praticados como consequência de sua liberdade. A proteção do indivíduo decorre diretamente da aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não sendo necessária sua afirmação no contexto social para ter sua tutela garantida.

### III - Funcionalização versus Comunitarismos

A funcionalização dos institutos jurídicos configura uma matéria indispensável numa perspectiva constitucional de releitura do Direito Civil e dos direitos privados em geral. Para a melhor compreensão deste fenômeno, importante se faz uma análise de suas razões de ser e de seu conteúdo.

A partir da experiência das duas Grandes Guerras Mundiais, observou-se um importante golpe contra o individualismo exacerbado. Os juristas perceberam que os problemas, provenientes das relações econômicas, não importavam apenas às pessoas individualmente, mas também e fundamentalmente ao Estado e às comunidades.

Percebeu-se que o princípio da igualdade de todos perante a lei restava esvaziado, por apresentar-se apenas como princípio de índole formal. A liberdade descomedida dele decorrente levou segmentos sociais mais carentes de recursos, sem poder de barganha, a acentuados desníveis econômicos, por vezes chegando à miséria.

Desta forma, começou-se a discutir um direito de cunho mais social, visando à elaboração de regras que efetivamente protegessem a parte mais fraca da relação jurídica. Para que isso ocorresse era fundamental a existência de uma força superior a de todos os indivíduos isoladamente, o Estado, que passou a interferir nas relações privadas diretamente, para proteção da parte mais fraca.

Os interesses individuais foram redimensionados a serviço da funcionalização de seus direitos, pois, em face dos ditames constitucionais, os direitos têm uma missão a cumprir, a concretização de seus valores, segundo o espírito da instituição que governa a sociedade. Em uma sociedade organizada, o exercício de direitos subjetivos não pode exorbitar a função a que correspondem; do contrário, seu titular os terá desviado de seu destino, cometendo um abuso de direito.

No advento do Estado Social de Direito, passou a existir uma preocupação maior com aspecto coletivo, com o interesse da sociedade, atribuindo-se menor relevância a concepção de direitos como um mero instrumento de realização individual. Aí o ponto de afastamento da funcionalização e do comunitarismo, aquela compreende a relevância do indivíduo e a limita em homenagem à coletividade a que está integrado e este consagra direitos aos indivíduos em homenagem ao coletivo que o circunda.

<sup>10</sup> “os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e determinados. Todavia, isto é mero floreio retórico. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja eficácia pressupõe o gastos seletivo dos recursos dos contribuintes, pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo judiciário sem observância das consequências orçamentárias que afetam a competência dos outros Poderes.

(...)

Levar o custo dos direitos em conta é então se portar como um administrador prudente, que se indaga sobre como alocar inteligentemente recursos limitados, levando em conta o amplo espectro de bens e utilidade públicas. Os direitos assegurados em lei têm custos de oportunidade; quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos. A questão é sempre: poderiam os recursos públicos ser alocados com mais justiça de um outro modo.” HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes*. New York/ London: Norton. 1999.

A princípio, para aquele que visualiza as duas construções dogmáticas de forma apressada, poderia haver pontos de semelhança, especialmente naquilo que se refere aos efeitos e conclusões das teorias.

A funcionalização acarreta o reconhecimento da existência de centros de interesses tutelados e não apenas do direito subjetivo estanque. Tal situação implica o reconhecimento da inexistência de direitos absolutos, como consequência do princípio de solidariedade consagrado na Constituição.

Por outro lado, o comunitarismo prega a revalorização dos deveres sociais, pelo que chancelaria a responsabilidade do titular de direitos e a responsabilidade de exercício referidas, esta a aproximação superficial possível. Assim expõe Gisele Cittadino:

*“O constitucionalismo a societário e comunitário, de que fala Carlos Roberto S. Castro, toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação, cujo sentido jurídico, consequentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva.”*

Entretanto, uma avaliação mais apurada revela suas distinções de natureza ontológica e, portanto, essenciais. O comunitarismo tutela a pessoa como consequência de sua inserção em grupos maiores<sup>11</sup> e a funcionalização é consequência da releitura axiológica dos institutos privados<sup>12</sup>, especialmente os de natureza patrimonial, postos como lócus adequado ao desenvolvimento da personalidade humana e nesta medida tutelados. Nesse sentido, a maior valorização pela funcionalização do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>, expresso no texto constitucional.

<sup>11</sup> “Na esteira desta superação da percepção meramente individualista do princípio de feição kantiano, parcela da doutrina na qual se destaca, neste ponto, Perez Luño e Maihofer, enfatiza o aspecto comunitário da dignidade da pessoa humana. Deste modo, a concepção de dignidade da pessoa humana cambia seu foco: não apenas em função do indivíduo singular, mas das relações deste com os demais (intersubjetiva).” FACHIN, Melina Girardi. Direitos Humanos e Fundamentais. Do discurso teórico à prática efetiva. Nuria Fabris Ed.

<sup>12</sup> Essa releitura é observada em diversos julgados: “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (Constituição Federal, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-02, DJ de 23-4-04); “A garantia da função social da propriedade (art. 5º, XXIII da Constituição) não afeta as normas de composição de conflito de vizinhança insertas no Código Civil (art. 573 e seus parágrafos), para impor gratuitamente, ao proprietário, a ingerência de outro particular em seu poder de uso, pela circunstância de exercer este último atividade reconhecida como de utilidade pública.” (RE 211.385, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 20-4-99, DJ de 24-9-99)

<sup>13</sup> “A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.” FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2ª Ed. Renovar.

Esse aspecto distintivo do comunitarismo fica claro nas palavras de Gisele Cittadino:

*“Os representantes deste constitucionalismo comunitário se contrapõem, portanto, à idéia de que a tarefa primordial da constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo através da criação de um sistema fechado de garantias da vida pública. Não há como, contemporaneamente, defender, segundo estes autores, uma tal concepção, de vez que os direitos fundamentais possuem hoje uma dimensão objetiva em função da integração os indivíduos no processo político comunitário e da ampliação do chamado espaço público.*

(...)

*O constitucionalismo comunitário, calcado no binômio dignidade humana-solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual.”<sup>14</sup>*

O modelo clássico de contrato, por exemplo, de cunho individualista e voluntarista, dá lugar a um modelo novo, que privilegia a concretização material de princípios e valores constitucionais voltados, em uma última análise, à efetivação da dignidade da pessoa humana, rompendo-se com aquela idéia de ser o contrato apenas um instrumento da realização da autonomia da vontade privada, para desenvolver uma função social.

O Código Civil de 2002 estabeleceu no seu art. 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Desta maneira, percebe-se que, em verdade, se funcionalizou a liberdade contratual, como expressão de toda esta valoração constitucional que foi sendo transmitida ao direito civil. Nesse sentido, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

*“Direito Civil e Agrário. Compra e venda de safra futura a preço certo. Alteração do valor do produto no mercado. Circunstância previsível. Onerosidade excessiva. Inexistência. Violação aos princípios da Função social do contrato, boa-fé objetiva e probidade. Inexistência.*

*- A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.*

*- Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.*

<sup>14</sup> CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro, 3ª Ed. Lúmen Júris. 2004.

- O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

- A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.

- A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal.

Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 803.481/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.06.2007, DJ 01.08.2007 p. 462)

Importante destacar ainda que o comunitarismo advém de uma superação de premissas liberais. Entretanto, essa diferenciação com o modelo liberal não ofende nem aproxima essas correntes dogmáticas da funcionalização, a qual continua a guardar suas peculiaridades e conseqüências próprias.

Na comparação com o liberalismo, podemos “individualizar” ainda mais o comunitarismo. O primeiro preocupa-se com a observância de tramites procedimentais, que assegurariam a justiça de determinada deliberação. Assim, para o liberalismo há uma preocupação exarcebada com as formas sem tanto se orientar a tutela de direitos pelo seu conteúdo em si.

Já o comunitarismo preocupa-se com a adequação do resultado da deliberação a finalidades comunitárias. Como visto, o comunitarismo pressupõe a participação de pessoas na deliberação de modo a privilegiar instrumentos jurídicos que tutelem esses interesses comunitários. Assim, são valorizados mecanismos como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão presentes no ordenamento brasileiro.

Gisele Cittadino aponta esse afastamento entre o liberalismo e o comunitarismo<sup>15</sup>:

*“Com efeito, recusando a concepção de direitos públicos subjetivos, que constituiriam um conceito técnico-jurídico do Estado liberal preso à concepção individualista o homem, os constitucionalistas comunitários preferem adotar a expressão direitos fundamentais do homem, que designa, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em*

<sup>15</sup> CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro, 3ª Ed. Lumen Juris. 2004.

*garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas. A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.”*

A funcionalização implica a verificação de valores existenciais *per se*, sem necessitar da realocação no indivíduo face a uma comunidade.

Esse aspecto do trabalho dos valores existenciais e das premissas axiológicas da funcionalização serão objeto do próximo ponto.

#### IV - A Funcionalização de Direitos Existenciais

Este tópico procura se debruçar sobre uma diferenciação que recai sobre o objeto da funcionalização. Ela será diversa conforme se trate de direitos patrimoniais ou de direitos existenciais.

Os Direitos Patrimoniais consistem no conjunto de bens, direitos e obrigações de uma pessoa natural ou jurídica. Os direitos patrimoniais dividem-se entre Direito Real, que é aquele que recai diretamente sobre a coisa, e Direito Pessoal, ao qual se refere o Direito das Obrigações, tratadas as relações entre os sujeitos ativos e passivos.

Os direitos existenciais estão ligados diretamente à pessoa humana. Não recaem sobre relações que o indivíduo tenha com determinada coisa ou com outra pessoa, física ou jurídica. A concepção de direitos existenciais está diretamente ligada às normas constitucionais estabelecedoras dos direitos fundamentais e à norma constitucional que determina o respeito à dignidade da pessoa humana. Melina G. Fachin explicita essa relação entre o texto constitucional e a dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>:

*“Reflexa e concomitantemente, nos sistemas constitucionais ocidentais, abroham textos constitucionais abertos, dotados de elevada carga axiológica. Estas densas alterações ensejaram uma reconstrução basilar da idéia e percepção do próprio ramo constitucional e do papel da Constituição. (...) Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana avulta no ordenamento jurídico constitucional a partir de sua centralidade que privilegia a posição do sujeito concreto e suas necessidades, passando a incidir de forma especial e diversa sobre os demais princípios constitucionais.”*

Essa análise da funcionalização, colocando frente a frente direitos patrimoniais e existenciais, nos leva à verificação de que, em sede de tutelas existenciais, estas não podem ser condicionadas ao atendimento da função social, uma vez que seu exercício, em si, é um valor absoluto.

O condicionamento das tutelas dos direitos à observância de sua função social ocorre em situações patrimoniais, e não nas existenciais. Rose Melo Vencelau ao tratar dessa funcionalização, no âmbito do direito de família, reconhece a modificação de

<sup>16</sup> FACHIN, Melina Girardi. Direitos Humanos e Fundamentais. Do discurso teórico à prática efetiva. Nuvia Fabris Ed.

paradigma quando se tem em foco direitos patrimoniais para quando se focaliza direitos existenciais<sup>17</sup>:

*“Toda essa diversidade de situações jurídicas encontrava justificativa na proteção da família legítima, como instituição a favor a continuidade do patrimônio. O Direito Civil do Código de 1916 tinha como base central a proteção do patrimônio, conseqüentemente o Direito de Família codificado também conferia destaque ao aspecto patrimonial.*

*(...)*

*A nova ordem constitucional trouxe para o centro das preocupações, a proteção da família e não do patrimônio, como outrora. Com efeito, a família não mais decorre apenas do casamento, quanto menos, a filiação.”*

Assim, em decorrência da própria aplicação direta dos direitos fundamentais não é possível pensar em uma aplicação condicionada dos direitos existenciais.

#### V - Conclusão:

Demonstrou-se, desta forma, que não há qualquer aproximação possível entre a doutrina comunitarista e o Direito Civil Constitucional, uma vez que a tutela individual por este propugnada, e fundamentada na Constituição da República de 1988, prescinde da valoração da comunidade em que se insere o indivíduo. A idéia é inversa: instituições, como a família por exemplo, só merecerão a tutela do ordenamento jurídico enquanto e na medida em que propiciarem o melhor desenvolvimento da pessoa humana. A prioridade constitucionalmente estabelecida afigura-se condicionante da validade do exercício dos direitos de natureza patrimonial. Aos direitos de natureza existencial aplica-se lógica diversa, seu exercício, por si só, é suficiente à avocação da tutela porque realiza efetivação da axiologia constitucional.

<sup>17</sup> VENCELAU, Rose Melo. O Elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

## A DISCIPLINA JURÍDICA DO AMIANTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Arnoldo Wald\*  
Donald Armelin\*\*

**Sumário** - I - Introdução: o amianto e sua nocividade. II - O tratamento jurídico do amianto em outros Estados. III - A disciplina do Amianto no Brasil. A Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995. IV - Antecedentes legislativos da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995. V - Alteração do estado da técnica. VI - Leis Estaduais vedando o amianto crisotila. VII - Preponderância de interesses econômicos. A posição do Supremo Tribunal Federal. VIII - Normas Gerais na Constituição. IX - Prevalência de direitos individuais que respaldam a dignidade humana. X - Competência concorrente. XI - Inconstitucionalização do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 e demais dispositivos legais correlatos. XII - Do art. 9º § 1º da Lei n.º 9868, de 10 de novembro de 1999. XIII - Da constitucionalidade das leis estaduais proscritoras do amianto. XIV - Das técnicas de inconstitucionalização. XV - Conclusões.

#### I - Introdução

1. Em uma época em que a questão da preservação do meio ambiente tornou-se crucial para a preservação e melhoria da vida humana no planeta, passou-se a examinar a nocividade de diversos produtos que vinham e continuam sendo utilizados para diversos misteres da atividade humana. Assim, nesse mister, foram detectados vários produtos, outrora havidos como inofensivos à vida, saúde e ao próprio meio ambiente, que podem afetá-los detrimentalmente.

2. Um desses produtos é o amianto ou asbesto, mineral de larga utilização na construção civil e, até mesmo, naval, bem como na indústria tal como sucede com a de auto peças, dentre outras. A excelência de suas propriedades para tais fins desenvolveu-se indiscutível o que fez a sua utilização ampliar-se consideravelmente, principalmente em tais campos. Conseqüentemente alargou-se o risco que o seu emprego oferece.

3. O reconhecimento dessa nocividade fez emergir conflito entre interesses decorrentes da posição dos produtores do amianto e daqueles comerciantes ou industriais que o utilizam e aquelas defendidas pelos defensores da vida e saúde públicas bem como da manutenção de um meio ambiente suficientemente adequados a estes bens humanos e naturais acabou por se refletir nas Casas Legislativas dos vários países em que tal questão foi suscitada, bem como nos respectivos judiciários.

4. Entretanto, relativamente há pouco tempo, emergiu consistentemente a certeza de ser o amianto um risco para a vida, a saúde humana, bem como para o meio ambiente. Suas propriedades lesivas são aptas a gerar fibrose pulmonar, eventualmente o mesotelioma e, conseqüentemente, o câncer pulmonar. Estatísticas de países com a França e Estados Unidos demonstram a letalidade decorrente do seu uso, o que vem gerando pleitos consideráveis para a indenização dos danos por ele provocados.

\* Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro – Advogado. Professor catedrático da UERJ. Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

\*\* Advogado, Professor e Desembargador Aposentado.