TARSO MENEZES DE MELO

DIREITO E EXISTÊNCIA CONCRETA
a ideologia jurídica e a *função social da propriedade rural*

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ORIENTADOR: PROF. DR. ALAÔR CAFFÉ ALVES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – 2007

TARSO MENEZES DE MELO

DIREITO E EXISTÊNCIA CONCRETA
a ideologia jurídica e a *função social da propriedade rural*

Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Associado Dr. Alaôr Caffé Alves.

SÃO PAULO – 2007

EXAMINADORES

AGRADECIMENTOS

É inevitável – e indispensável – que um trabalho desenvolvido durante vários anos de cursos, debates, estudos e saudáveis horas de distração, seja precedido de uma longa lista de agradecimentos às pessoas que, de alguma forma, foram importantes para sua elaboração. Mas é também inevitável que esta lista, por mais longa que seja, deixe escapar alguns nomes de pessoas que dela deveriam constar. Portanto, antes de fazer a minha lista de agradecimentos, desculpo-me por suas eventuais faltas.

Agradeço ao Prof. Alaôr Caffé Alves, pela orientação cuidadosa do presente trabalho e, ainda mais, pela orientação que ultrapassa este trabalho.

Aos Profs. Gilberto Bercovici, pelas valiosíssimas indicações bibliográficas, e Sérgio Resende de Barros, pelas questões suscitadas durante o exame de qualificação.

Aos meus colegas de escritório, pelo vivo interesse na dissertação e pelo apoio irrestrito às necessidades mais diversas que uma pesquisa acentua ou faz nascer.

Aos colegas do grupo de estudos de Direito do Trabalho, em especial ao Prof. Jorge Luiz Souto Maior, pelo esforço em expandir os limites do possível.

A todo o pessoal que trabalha na Faculdade, em especial a Ana e a Beatriz, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, pela ajuda constante.

Aos amigos do Alpharrabio, Direito São Bernardo, SabaDoni, Bomboniére, Urca e outras turmas, porque é a amizade que mantém a sanidade.

Aos camaradas Edu, Miya, Renan e Vinicius, pela orientação mútua e incansável.

Aos camaradas Guilherme e Kleber, pelas inestimáveis conversas sem fim.

Aos meus pais, meus irmãos e demais familiares, pela compreensão de sempre.

E a Marli e ao Henrique, que merecem bem mais!

“...não é surpreendente o contínuo aumento do notório ‘abismo entre ricos e pobres’, acompanhando a concentração e centralização do capital e acentuando absurdamente a dominação da riqueza sobre a sociedade, ao passo que o único avanço significativo deveria ser medido em termos do estágio do processo de instituição do domínio da sociedade sobre a riqueza...”.

ISTVÁN MÉSZÁROS

“Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome ‘política’”.

GIORGIO AGAMBEN

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	
1.1. o direito em perspectiva crítica	14
1.2. da necessidade (crescente) de crítica	16
1.3. direito e ideologia	19
1.4. Estado, direito, política	24
1.5. leituras do direito constitucional	28
1.6. leituras do direito civil	34
2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL	
2.1. da posse à propriedade	36
2.2. sobre o conceito de propriedade	37
2.3. origens da função social da propriedade	44
2.4. leituras da função social da propriedade	47
2.5. a questão agrária no Brasil	55
2.6. o que esperar da reforma agrária	58
3. A <i>TERRA</i> E O DIREITO: ASPECTOS DA LUTA	
3.1. MST: um movimento para efetivar a Constituição?	62
3.2. tratamento judiciário das ocupações de terra	64
3.3. supremacia da Constituição ou das soluções civis-penais?	68
3.4. de que lado da cerca está o direito?	69
4. A <i>TERRA</i> E AS FUNÇÕES IDEOLÓGICAS DO DIREITO	
4.1. as lições da função social da propriedade rural	71
4.2. sentido do “social” para o direito	75
4.3. individualismo intrínseco do direito	78
4.4. a sociedade entre inquietude e apatia	80
4.5. a “ordem” e as reivindicações sociais	82
5. DIREITO E EXISTÊNCIA CONCRETA	
5.1. ver a realidade através do direito?	86
5.2. ver o direito através da realidade	91
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
ANEXO: DECISÕES EXEMPLARES	98
BIBLIOGRAFIA	120
RESUMO, <i>ABSTRACT</i>	128

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar os aspectos ideológicos que se revelam no discurso jurídico quanto ao poder transformador do direito sobre a realidade social. Para tanto, será utilizado como principal exemplo o preceito constitucional da *função social da propriedade rural*, a fim de revelar o modo ambíguo como previsões de transformação social participam da função que o direito, por sua vez, exerce na sociedade, a um só tempo estimulando e limitando as reivindicações.

Os problemas causados pela concentração da propriedade fundiária no Brasil têm origem já nas primeiras décadas de colonização. É de se notar, neste sentido, que nossa primeira “reforma agrária” data do século XVI, com a aplicação de um distorcido regime de sesmarias¹. Sem poder arcar com os altos custos da guarda e da exploração econômica do imenso território brasileiro, Portugal iniciou por aqui, já na década de 1530, o processo de distribuição das terras sob a forma de capitâneas, entregando longas faixas de território, a partir do litoral, aos cuidados de *capitães* escolhidos pela Coroa. Os capitães eram responsáveis pela administração do território, em que se incluía o dever de conceder sesmarias a quem as cultivasse – é neste momento que se abre o caminho para os *cinco séculos de latifúndio*² que constituem a história territorial brasileira.

A configuração territorial que as capitâneas e sesmarias forjaram, por mais que tenha sido alterada por várias razões a partir do século XIX, ajuda a explicar o estado atual da estrutura fundiária do Brasil: em 2003, dados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) revelaram que 43,5% da área cadastrada são ocupados por 1,6%

¹ Originalmente, no século XIV em Portugal, o regime de sesmarias previa, de certo modo, a expropriação de terras por não cumprimento da função social (cultivo), bem como sua doação a quem pudesse cultivá-las, a fim de incentivar a produção de gêneros alimentícios. Carmen Alveal e Márcia Motta, estudando as origens do instituto, afirmam que “todos aqueles que possuísem terras, mas não as cultivassem, estavam obrigados a lavrá-las. Caso não fosse possível, por parte do titular da terra, lavrá-las, ele deveria arrendá-las ou fazer com que outro as tornasse produtivas, sob pena de ter suas terras tomadas pelos órgãos responsáveis e entregues a quem pudesse cultivá-las” – verbete “Sesmarias”, in Márcia MOTTA (org.), *Dicionário da terra*, p. 428. No caso brasileiro, o citado regime não foi implantado nos mesmos moldes, tampouco com a mesma finalidade, nas palavras das estudosas: “Na colônia brasileira, a intenção legislativa de promover o cultivo das terras se relacionou à necessidade de colonizar o novo mundo então descoberto. A implantação do sistema de sesmarias significou, portanto, que cabia à Coroa Portuguesa doar terras aos pleiteantes, contanto que tivessem condições de cumprir a exigência do cultivo, além de medir e demarcar terras doadas. No Brasil, as tentativas da Coroa em regularizar o sistema de sesmarias foram em vão” – ob. cit., p. 429.

² *Quatro séculos de latifúndio* é o título do estudo fundamental de Alberto Passos de GUIMARÃES, de 1963. De lá para cá, o Brasil já completou cinco séculos e a caracterização, infelizmente, continua válida.

das propriedades rurais, das quais apenas 30% são consideradas produtivas. É contra este quadro que se depara a previsão constitucional de reforma agrária.

Dito isto, surge uma questão: o que pode a Constituição, por meio da exigência de *função social da propriedade rural*³, fazer contra uma situação que lança suas raízes no distante momento da colonização do Brasil e que, desde então, tem sofrido as mutações necessárias para permanecer exatamente como sempre foi? Não são muito otimistas as respostas fornecidas pela história recente da *luta pela terra* (dentro do qual está situada a *luta pela reforma agrária*), repleta de episódios bastante significativos dos limites que as previsões constitucionais encontram na realidade concreta.

Este é, portanto, o terreno apropriado para receber as indagações que o presente trabalho pretende lançar, pois as múltiplas feições assumidas – no texto da legislação, da doutrina ou da prática judiciária – pela *função social da propriedade rural* são suficientemente instigantes para realizar um estudo que, tendo-as como objeto, enfrente várias das principais preocupações atuais da Filosofia e da Teoria do Direito.

Não é de hoje que a reforma agrária é unânime⁴ nas promessas de campanha política; a Constituição Federal dedica todo um capítulo à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (cap. III do título VII, arts. 184 a 191), seguido em diversos níveis por um farto repertório de legislação específica; a mesma Constituição inclui a *função social da propriedade* entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, XXIII) e entre os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, III), além de prever a criação de varas judiciárias especializadas sobre questões agrárias (art. 126). Há um grande número de instituições governamentais e organizações não-governamentais dedicadas à realização da reforma agrária, entre aquelas o recente Ministério do Desenvolvimento Agrário e entre estas o famoso Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).

Este é, ao que parece, um cenário totalmente favorável à mudança dos padrões quinhocentenários de concentração da propriedade fundiária. Contudo, os caminhos da realidade são bem mais tortuosos do que o direito faz supor. É o que se constata quando

³ Diz o texto constitucional: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

⁴ Exceção seja feita a Ronaldo Caiado, que, em entrevista à *Folha de S. Paulo* em 12.11.89, então candidato à presidência da República (defendendo primeiramente a fazenda de sua família e esquecendo que não é função presidencial pôr ou tirar bandidos da cadeia), prometeu: “*Se eu for eleito, vou colocar todos esses bandidos do Movimento Sem-Terra na cadeia*” – citado por Jadir de Moraes Pessoa, “O direito achado do lado de fora da cerca”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 262.

princípios e normas são colocados em face das situações concretas que se propõem a transformar e, ainda mais, quando se considera o emaranhado de ideologias com que se depara a vontade constitucional no percurso entre o texto e a realidade.

Tais constatações não são, em absoluto, novidade, pois a relação entre direito e realidade sempre esteve, de diversos modos, no debate jurídico. É, ainda, necessário dedicar-se a demonstrar, quanto ao objeto aqui destacado (a *função social da propriedade*), que ele não se apresenta como tal na realidade, ou mesmo que não se pode realizar completamente. Mas, por mais que seja importante denunciar, o quanto possível, tais características do direito, o presente trabalho julga mais relevante indagar sobre os *efeitos concretos* que surtem as normas que apontam para certas mudanças sociais.

Tudo no direito surte efeitos na realidade, mas não necessariamente aquele efeito que é prescrito no texto das normas. Mesmo uma norma, por exemplo, como a que define as características do salário-mínimo (CF, art. 7.º, IV), por mais que esteja distante da realidade (da que existe e da que a Constituição pode ajudar a construir), tem um *efeito concreto*, este que já recebeu diversos nomes e explicações teóricas, mas que, de uma maneira geral, pode ser compreendido como uma *indicação* do direito que será recebida pelas diversas classes sociais de modo diverso quanto a seu efeito prescrito.

Desse modo, não se pode afirmar que seja irrelevante a existência ou inexistência de previsões legais de transformação social. É forçoso reconhecer que a existência das previsões estimula e legitima reivindicações de mudança. Mas, por outro lado, não se pode também deixar de reconhecer a ambigüidade com que se dão tais estímulo e legitimação. É sobre esta ambigüidade e sua carga ideológica que o presente trabalho falará.

No tocante à *função social da propriedade rural* é possível flagrar um momento especialmente complexo da ambigüidade própria do direito. A luta pela reforma agrária encontra um aliado no direito, particularmente nos citados artigos constitucionais, mas, ao mesmo tempo, o seu grande adversário é o próprio direito. É esta contradição, a ser devidamente demonstrada neste trabalho, que a ideologia jurídica faz com que desapareça aos olhos de todos, contribuindo, de maneira determinante, para que o direito permaneça como um horizonte de esperança, ainda que se agravem as injustiças reais.

No caso da reforma agrária, por mais significativos que sejam os movimentos sociais reivindicantes (entre os quais está o MST⁵), a situação não é diferente. A Constituição brasileira promove, ao menos *textualmente*, a reforma agrária, ou seja, uma reforma a ser

⁵ Sobre a história das questões agrárias no Brasil desde 1500 até a atualidade, consultar a coleção *A questão agrária no Brasil*, organizada por João Pedro STÉDILE (6 volumes, com previsão de um sétimo).

feita com os instrumentos convencionais do direito. Entretanto, quando se estuda a questão agrária em termos mais amplos, com as contribuições da história, da economia, da sociologia, surge uma dúvida: até que ponto o direito é capaz de submeter o instituto da propriedade a *interesses sociais* (em oposição a *interesses individuais*), considerada a sua importância intrínseca para o funcionamento do capitalismo?

Para chegar a uma resposta, o presente trabalho investigará o direito lançado nas relações complexas da realidade. Na contracorrente, portanto, dos estudos tradicionais, que evitam a contradição e os aspectos ideológicos do direito, bem como as contribuições interdisciplinares, preferindo observá-lo como um ente isolado, explicável por sua razão específica, *pura*, e negligenciando tudo que o cerca e determina. Os efeitos perversos dessa postura, que se auto-declara *técnica* e se quer fazer crer *isenta*, já foram denunciados por vários autores, mas o direito continua na sua trilha tradicional.

Se não é habitual para as normas jurídicas em geral serem efetivadas, “saírem do papel”, para as normas que propõem mudanças sociais profundas (até *revolucionárias* se considerado o estado de coisas adverso contra o qual se opõem, como é o caso da reforma agrária e do princípio da *função social da propriedade*), por sua vez, os obstáculos são ainda maiores, porque tais institutos dependem de uma ampla reformulação da abordagem jurídica tradicional e enfrentam concepções nucleares do direito.

A partir da Constituição Federal de 1988, tornou-se recorrente a inclusão do princípio da *função social* na legislação brasileira, e, conseqüentemente, espalhou-se pelo discurso da dogmática jurídica e da jurisprudência a idéia de que, assim, o direito se abria para uma tendência de conformação dos princípios liberais a necessidades da sociedade como um todo, ou seja, submetendo os interesses individuais ao benefício coletivo, de modo a estimular o equilíbrio entre as classes sociais pela relativização do individualismo que preside as práticas sociais no modo de produção capitalista.

Por outro lado, verifica-se que a submissão legal das garantias particulares ao cumprimento de *função social* é ainda uma tímida “boa intenção” no confronto com a realidade – não obstante se reconheça que, por vezes, ela possibilite, somada à coragem de alguns movimentos sociais e a força de autoridades mais progressistas, resultados práticos que são de grande importância para problemas prementes da sociedade. Contudo, o fato de que, por meio do princípio da *função social*, a sociedade seja beneficiada, de fato, em alguns casos excepcionais, não pode ocultar o que é a regra: por mais que se opere, com a exigência de *função social*, a anexação de obrigações coletivistas aos direitos individuais, não se altera substancialmente a realidade social do país.

O que se defende com este trabalho é que a funcionalização dos direitos é apenas superficial, isto é, que esse discurso apenas encobre que, na realidade, as “regras do jogo” são mantidas. E também que esse discurso do *social* é indispensável para manter tudo como está: a realidade do país é a concentração de riqueza e a ordem jurídica, por mais que incorpore um discurso no sentido de transformar essa realidade, não é capaz de alterar as relações desiguais que são estabelecidas em níveis muito mais profundos e complexos da vida social, o que se vê reproduzido no âmbito do direito.

Deve-se indagar: se juízes⁶, membros do Ministério Público⁷, ministros⁸, juristas⁹ e altas autoridades¹⁰ estão de acordo com a necessidade de reforma agrária, se até mesmo a constituinte manifestou com alguma clareza sua postura favorável à redistribuição da terra no Brasil, o que emperra que ela ocorra? Em termos dogmáticos, se a Constituição prevê os mecanismos para sua efetivação, por que as reivindicações de reforma agrária são tratadas como questões possessórias ou policiais, ou seja, apenas nos quadrantes do direito civil e do direito penal? O direito não tem respostas para isso.

Sem dúvida, o condicionamento textual da propriedade ao cumprimento de *função social* comporta interpretações bastante diversas, desde aquelas que buscam, na linha conservadora, justificar a superioridade dos interesses individuais com fundamento na

⁶ Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, é um exemplo: “Ora, enfrentar a questão social, que inclui a questão agrária, exige menos reformas à Constituição que imediata aplicação de seus preceitos. O desenvolvimento precisa estar ligado ao processo de eliminação das desigualdades, historicamente vinculadas à concentração da propriedade” – “Direitos humanos e função social da propriedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 297.

⁷ Entre as conclusões dos membros dos Ministérios Públicos Estadual e Federal no seminário “Meio ambiente e reforma agrária”, frise-se: “O padrão produtivo da agricultura moderna – baseado na grande propriedade, na monocultura, na agroquímica e na redução de mão-de-obra –, hegemônico no Brasil, é antidemocrático e inconstitucional. A propriedade rural que produz observando esse modelo descumpra a função social e é passível de desapropriação por interesse social, para fins de Reforma Agrária” – “Carta de Ribeirão Preto: pela reforma agrária, em defesa do meio ambiente”, 13.12.1999, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 361.

⁸ É de se destacar o posicionamento de Eros Roberto Grau, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, de que, segundo a Constituição vigente, apenas a propriedade que cumpre sua função social é garantida: “No Brasil, sob a égide da Constituição de 1988 – salvo a hipótese de admitirmos que inexistente Estado Democrático de Direito, mas uma releitura ditadura, na qual a Constituição é múltipla e escancaradamente violada – a propriedade rural é concebida como prolongamento do ser social (vale dizer, do homem socializado), e não do indivíduo tocado e motivado pelo indivíduo egoísta” – “Parecer”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 200.

⁹ Ler, a propósito, de Fabio Konder Comparato, o ensaio “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, pp. 130-147.

¹⁰ Cláudio Fonteles, Procurador-Geral da República (2003-05), afirmou: “A terra improdutiva, por não cumprir exigência constitucional, tem na sua ocupação pelos sem-terra a legal e legítima, repetimos, resposta ao preceito constitucional” – “As ocupações de terras e o direito penal”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 308.

tradição liberal do direito, até uma postura verdadeiramente progressista, que interpreta o texto normativo com intenção substantivamente *social*.

Portanto, é necessário deixar claro que há uma diferença muito grande entre as interpretações dadas à *função social da propriedade*, e o presente trabalho não pretende englobá-las sob um único rótulo. Pelo contrário, o que se pretende é demonstrar o lastro que a tradição jurídica e a própria forma do direito, de orientação liberal, oferece para as interpretações conservadoras e, também, ao averiguar a importância efetiva que têm os intérpretes progressistas para as mudanças sociais efetivas, verificar quais os limites objetivos que suas interpretações enfrentam no plano da efetivação.

Se o que há é o “direito como obstáculo à transformação social” (Eduardo Novoa Monreal), impõe-se que seja feito um duplo movimento de investigação: o das razões diversas que impedem a efetivação de políticas sociais previstas na Constituição e, a um só tempo, quais as práticas interpretativas e argumentativas que, reproduzindo o discurso ideológico que interessa à classe dominante, encobrem a dominação que está implicada na ordem jurídica em que aquelas políticas sociais são previstas.

A hipótese a ser investigada é de que esse discurso *socializante* das leis, da jurisprudência e da dogmática tem um papel importante contra a efetiva distribuição da riqueza no país. Do mesmo modo, investigar-se-á, nas práticas jurídicas, como é necessário que esse interesse conflitante com os reais interesses do capital sejam declarados pelo direito a fim de que o capitalismo se legitime ideologicamente¹¹, por trás de relações sociais pautadas pelo individualismo e por interesses mercantis.

O aumento do número de referências à *função social* na legislação brasileira, num momento em que a sociedade brasileira passa a apresentar, em graus sempre mais elevados, os efeitos perversos da desigualdade social, pode receber duas justificações: pelo lado otimista, dir-se-ia que a realidade exigiu o enfraquecimento dos interesses individuais, e, do lado mais realista, que a lei precisa garantir, *por escrito e somente por escrito*, o “projeto” de deixar a vida mais suportável – uma promessa de redenção? – justamente no momento em que o tecido social esteja mais sujeito a rupturas!

O que se demonstrará, enfim, é como as formalizações jurídicas participam, constitutivamente, dessa tarefa de conformação ideológica da sociedade, por meio da qual a parcela dominada introjeta os valores que só interessam à classe dominante. Nessa trama

¹¹ Quanto ao papel constitutivo da ideologia no processo de dominação, Alaôr Caffê ALVES afirma: “As relações de produção, na sociedade dominada pelo capital, pressupõem a trama ideológica não como mero momento imaginário que pudesse aparecer após sua instauração, mas como elemento constitutivo de sua própria estrutura objetiva” – in *Estado e ideologia*, p. 173.

ideológica, o discurso jurídico se mostra capaz de inverter, aos olhos da sociedade, a relação que há, em seu seio, entre a parte e o todo: o que se apresenta no direito como vontade do todo é, na verdade, a vontade de uma parte da sociedade.

E é justamente essa inversão, num direito formal e substancialmente refratário a mudanças, que aplaca a sociedade – ou melhor, sua majoritária e ainda crescente parcela dominada – aos moldes da desigualdade e da exploração. Por mais inegável que seja a importância de todo esforço no sentido da justiça social, acreditar na melhoria profunda dessas condições *por dentro do direito* não implica acreditar na falsa possibilidade de “humanizar o que é essencialmente desumano”¹²? É o que será investigado.

Para tanto, o trabalho foi estruturado de modo a cobrir todo o arco de preocupações relativas ao tema, desde a perspectiva adotada para a fundamentação teórica e formulação de questões até desvendar, por força da própria investigação, as conclusões que se imponham ao tema. Desse modo, a estrutura obedece à lógica de exposição necessária para a abordagem do problema, pois encaminha o raciocínio desde o ponto mais elementar (a discussão do instrumental teórico indispensável e da perspectiva escolhida para ingressar na análise), penetra nos detalhamentos do problema (diretamente as questões relativas à propriedade e à aplicação da *função social*) e, assim, recolhe subsídios para a compreensão mais global da relação entre direito e existência concreta.

¹² Alaôr Caffê Alves, “Fundamentos dos direito e meio ambiente”, in Arlindo PHILIPPI JR. e Alaôr Caffê ALVES (orgs.), *Curso interdisciplinar de direito ambiental*, p. 352.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. o direito em perspectiva crítica

Já há quase 150 anos desde que Karl Marx afirmou, na base de sua crítica da economia política, que “relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida”¹³. Passado tanto tempo, não obstante, as pesquisas jurídicas orientadas por essa constatação nunca ocuparam, por assim dizer, o “centro das atenções”¹⁴.

A teoria jurídica em geral, da época de Marx até nossos dias, sempre se mostrou mais orientada por uma lógica de *especialização* do conhecimento jurídico, isto é, tratar as relações jurídicas, o direito como um todo em “si mesmo”, até a radicalização que se consagra no normativismo de Kelsen, cuja influência se faz sentir na maioria esmagadora do que se diz sobre o direito. Do outro lado do sucesso positivista – que, quando possui disputas, deixa claro que elas são *internas*, ou seja, compartilham, no geral, dos mesmos pressupostos científicos –, entretanto, há vozes dissonantes.

Ainda que não se possa afirmar, com precisão, que haja uma corrente crítica do pensamento jurídico, a história revela pelo mundo afora diversos autores que se ocuparam de pensar o direito no conjunto das *condições materiais de existência* e que, assim, formam uma espécie heterogênea de “escola”, distinguível da tradicional.

Marx e Engels, ainda que sem pretensão sistemática, deixaram em seus escritos várias pistas importantes para orientar a pesquisa jurídica num sentido materialista¹⁵; Marx, mais ainda do que na *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, tratou do direito em partes fundamentais de suas obras sobre economia política. Já os juristas propriamente ditos, estes

¹³ “Prefácio” de *Para a crítica da economia política*, in Karl MARX, *Textos escolhidos*, p. 129. A obra foi escrita em 1857 e publicada em 1859.

¹⁴ Como diz, a propósito do caso brasileiro, Luis Roberto Barroso: “O pensamento crítico no país alçou vôos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público” – “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”, in Eros Roberto GRAU e Sérgio Sérulo da CUNHA (coords.), *Estudos de direito constitucional*, p. 35.

¹⁵ Por mais que se concorde com Eros Roberto GRAU a respeito de que “Não se confunda [...] *crítica do direito* com *marxismo*, ainda que os marxistas pensem criticamente” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 149), é relevante notar o fato de que as mais diversas entonações dos *críticos do direito* sempre tiveram um acento marcadamente *marxista*, em sentido lato, pelo assumido viés materialista das investigações.

apenas episodicamente estiveram concentrados sob a orientação crítica¹⁶. Mas a regra, em se tratando de crítica do direito, é a dispersão: os autores divulgam suas investigações críticas em obras particulares ou participando como vozes dissonantes em obras, escolas e eventos maciçamente conformados a visões tradicionais.

Desse contexto teórico, que permanece atualmente, surge a primeira justificativa para a pesquisa aqui proposta: é necessário manter vivo o esforço para confrontar o direito e a realidade, aperfeiçoando-o a partir da constatação dos problemas que se apresentam na sua aplicação, na sua efetivação, com vistas à melhoria das condições de vida da sociedade como um todo, e não apenas de parcelas privilegiadas. É neste sentido que a visão crítica a ser explorada neste trabalho encaminhará a discussão.

É lugar-comum que, da simples previsão normativa, não decorrem *naturalmente* as alterações previstas para o mundo dos fatos, isto é, o caminho entre a norma e sua aplicação é longo e tortuoso¹⁷, condicionado ao uso desejado e possível da força – que é real. No caso da *funcionalização da propriedade*¹⁸, obviamente, além de não fugir à regra, o texto normativo é, como já dito, quase *revolucionário* se considerado o estágio atual das relações sócio-econômicas sobre as quais ele deve ser aplicado.

Sobre a realidade rural, é fácil constatar diariamente na imprensa que não são nada pacíficos os avanços da reforma agrária e, mesmo, da exigência de *função social* aos latifundiários. Por exemplo, o respeito à legislação trabalhista, que é um de seus requisitos constitucionais, mesmo quando é acintosamente afrontado pela prática do trabalho escravo, não chega a implicar alterações significativas no quadro de irregularidades: ativistas políticos, integrantes dos movimentos sociais e até fiscais do Ministério do Trabalho são assassinados; a repressão policial é instantaneamente violenta e juízes mais sensíveis à causa do campo são processados em seus Tribunais!

Ganha sentido, assim, investigar as práticas jurídicas que se colocam no meio dessa luta: pensar sobre como elas são constituídas; qual o papel que assumem na reprodução (ou, em alguns casos, na transformação) das relações sociais; investigar a coerência entre as relações sociais desiguais e as posturas teóricas hegemônicas. Enfim, pensar em termos globais a relação entre direito e realidade a partir de um exemplo concreto, este que, como

¹⁶ Para um levantamento mais detalhado dos movimentos, tendências e autores críticos, ver *Introdução à crítica do direito* e *Teoria crítica do direito*, ambos de Luiz Fernando COELHO. No mesmo sentido, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, de Antonio Carlos WOLKMER, e “A crítica do direito e o ‘direito alternativo’”, in *O direito posto e o direito pressuposto*, de Eros Roberto GRAU.

¹⁷ “Como entre a linguagem e o mundo, também entre a norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra” – Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 63.

¹⁸ Assim, também, será feita referência à aplicação do princípio da *função social da propriedade*.

se demonstrará, depende do embate com um dos principais, se não o principal pilar do modo de produção vigente: a propriedade privada.

É neste momento, em que os movimentos sociais exigem fortemente as mudanças legitimadas pelo direito, mas que, a um só tempo, relativizam as garantias jurídicas mais absolutas e estratégicas para a manutenção do sistema, que o direito enfrenta o desafio de tentar impedir que se rasgue seu manto de neutralidade ideológica que tantos e tantos juristas se empenharam em produzir. Significa, também, que a teoria jurídica não é mais capaz de encobrir o abismo que separa o direito da realidade e, ainda mais, a demonstração de que é o próprio direito que amplia esse abismo.

Desse modo, a importância de um trabalho de investigação crítica do direito reside principalmente na necessidade de demover as formulações teóricas que colaboram na reprodução dos problemas sociais, a fim de construir alternativas de efetiva (e urgente) distribuição da riqueza neste país. A propósito, deve chamar a atenção o fato de que, por mais que cresça nossa miséria, a teoria jurídica brasileira se alterne, em sua maioria, entre preocupações de ordem puramente técnica e outras que, contentes com soluções formais, dão respostas rápidas (e inócuas) para problemas que são históricos. Agir – e crítica é ação – contra esse estado de coisas é sempre justificado.

1.2. da necessidade (crescente) de crítica

Ainda faz sentido criticar os mecanismos do capitalismo, neste momento em que, por mais que sofra a imensa maioria da população mundial, é quase maciça a sua defesa como única, inevitável e triunfante alternativa? Aqui, contra os prognósticos otimistas, assume-se a tarefa de “manter viva a crítica do capitalismo como sistema injusto que não pode resolver as contradições estruturais que geram suas injustiças (falta de trabalho, miséria, mercantilização crescentes, destruição da natureza e, sobretudo, aquilo que Marx já denunciava nos *Manuscritos de 1844*: a transformação do homem em meio, instrumento ou mercadoria)”, nas palavras de Adolfo Sánchez Vázquez¹⁹.

No presente momento histórico, em que continuam a avançar tais injustiças próprias do sistema capitalista, não é raro constatar o correlato surgimento de perspectivas teóricas voltadas a *explicar* o mundo contemporâneo sem levar em conta tais injustiças. Os padrões liberais de individualismo e competitividade, por mais que a história guarde exemplos de

¹⁹ Adolfo Sánchez VÁZQUEZ, *Filosofia e circunstâncias*, p. 211.

que não será por meio deles que a humanidade alcançará condições mais dignas de vida para todos, continuam sendo o norte ideológico do *desenvolvimento econômico*. E o discurso jurídico tem participação marcante nesse processo.

O discurso jurídico, com seu apelo para a cientificidade e, ainda mais, para uma suposta *justiça intrínseca ao texto normativo*²⁰, exerce o papel fundamental de individualizar os conflitos que são, no fundo, sociais. Quando os fatos são tomados pela ótica viciada das categorias jurídicas e, assim, interpretados segundo dogmas consagrados, em que se cristalizam as ideologias dominantes, o direito encobre a problemática real em que se inserem os problemas tratados separadamente. Assim, ao menos provisoriamente, evita-se que se revelem as dimensões sociais dos conflitos, para impedir um avanço que inviabilize o sistema como um todo, na sua relação com a sociedade.

A quem interessa tal estado de coisas? A quem interessa que o sistema mantenha seu aparente poder de regular e pacificar a vida social? A quem interessa ser tratado *igualmente* perante as leis? A quem interessa concorrer num *livre mercado*? A quem interessa viver sob direitos sociais mais flexíveis (ou seja, ter menos direitos sociais)? Por óbvio, àqueles que conseguem contornar os efeitos mais perversos do sistema, isto é, uma parcela mínima (e que diminui assustadoramente) da população mundial.

Diante desse estado de coisas, e numa sociedade em que o direito é determinante²¹, “a atitude crítica começa com a recusa de tomar o direito pelo que ele diz ser, ou seja, a recusa de aderir sem reexaminar radicalmente o discurso – tão difundido em todos os países – que apresenta o Estado como a encarnação ou o instrumento exclusivo de um ‘bem comum’ (ou do ‘interesse geral’) e faz do direito a realização tendencial, sob forma normativa, de ideais universais e a-históricos de justiça”²².

Decorre daí, portanto, a necessidade básica de colocar em xeque os limites das pretensas cientificidade e neutralidade jurídicas²³, tanto das leis, quanto de seus intérpretes.

²⁰ Alaôr Caffê ALVES fala em “*justiça da lei*, visto que esta é criada de conformidade com *procedimentos ‘corretos’*, prefixados segundo um cerimonial reconhecido por todos indistintamente. Nesse sentido, ninguém se sente dirigido senão por uma *ratio* governativa e administrativa, que se traduz por *comandos impessoais* dotados de uma lógica imperativa racionalmente incontestável” – in *Estado e ideologia*, p. 303.

²¹ Segundo Antoine Jeammaud, “a sociedade capitalista é essencialmente jurídica, ou seja, [que] o direito aparece como a *mediação específica e necessária* das relações de produção que a caracterizam” – “Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do direito”, in Carlos Alberto PLASTINO (org.), *Crítica do direito e do estado*, p. 79.

²² Antoine Jeammaud, “Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do direito”, in Carlos Alberto PLASTINO (org.), *Crítica do direito e do estado*, p. 73.

²³ Como afirma Michel MIAILLE, “De facto, o positivismo – sobretudo no ensino superior jurídico – conduziu a um certo ‘fetichismo’ da lei e a uma atitude que, sob pretexto de neutralidade científica, conduzia frequentemente à aceitação da ordem em vigor, contanto que esta ordem esteja ‘correctamente’ estabelecida,

Mais do que isso: à crítica do direito caberá a tarefa de afrontar os critérios milenares com que se conforma, em regra, a teoria jurídica, demonstrando como eles são determinados por razões específicas dos momentos em que surgiram e, o que é o principal, qual a exata função que assumem na sua aplicação reiterada e irrefletida.

Foi-se o tempo em que as faculdades de direito eram exclusividade das elites mais restritas do país (ainda que, numa análise detida, o alcance do ensino superior ainda seja muito tímido face à população nacional), mas não houve, por conta disso, uma mudança substancial de consciência no meio acadêmico e jurídico. Se aqueles que, provindo das mais diversas classes sociais, por força da ideologia jurídica em que são mergulhados durante o curso, formam-se todos *pensando* de um mesmo modo (um modo que, sem exagero, poder-se-ia dizer *jurídico* de ver o mundo e as pessoas, imune à realidade), perde-se a oportunidade de redefinir os *usos do direito* pela influência das experiências e necessidades concretas desses estudantes, futuros “operadores do direito”²⁴.

Assim, as tendências críticas, malgrado seu *insucesso de público*, e justamente por acreditar que algo, por insuficiente que seja, é possível de ser feito com os instrumentos jurídicos disponíveis e outros que venha a instituir, devem persistir no ataque cerrado às ilusões jurídicas. Afinal, “consentir em *não* questionar o quadro estrutural fundamental da ordem estabelecida é *radicalmente* diferente conforme seja feito por algum beneficiário dessa ordem ou do ponto de vista daqueles que sofrem suas conseqüências, explorados e oprimidos pelas determinações gerais (e não apenas por algum detalhe limitado e mais ou menos facilmente corrigível) dessa mesma ordem”²⁵.

Com todo o respeito pelas obras que enfrentaram a citada problemática (várias das quais serão citadas ao longo deste trabalho, como reconhecimento pela importância que

quer dizer, de acordo com os processos legais em vigor”, in *Introdução crítica ao direito*, pp. 277-278. É sabido, neste sentido, que “todas as aparências de neutralidade ideológica só podem agravar nossos problemas quando a necessidade da ideologia é inevitável, como acontece hoje e deverá continuar no futuro previsível” – in István MÉSZÁROS, *O poder da ideologia*, p. 13.

²⁴ Vai entre aspas a expressão “operadores do direito” para frisar o sentido *técnico* e *maquinal* que ela carrega. Pelo contrário, o que aqui se propõe é uma atividade comprometida, em tudo distante da atitude *neutra* tradicional: “É tempo que se diga, alto e bom som, que o trabalho dos juristas, no trato das questões jurídicas de modo geral e na sua solução judicial em particular, deve ter preocupação e engajamento social, buscando a realização da justiça no inter-relacionamento entre os homens, mediante o resgate e a constante afirmação da sua dignidade” – Plauto Faraco de AZEVEDO, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 62.

²⁵ István MÉSZÁROS, *O poder da ideologia*, p. 302. Neste sentido, a interessante explicação de Marilena CHAUI: “Esse fenômeno da conservação da validade das idéias e valores dos dominantes, mesmo quando se percebe a dominação e mesmo quando se luta contra a classe dominante mantendo sua ideologia, é que Gramsci denomina de *hegemonia*. Uma classe é hegemônica não só porque detém a propriedade dos meios de produção e o poder do Estado (isto é, o controle jurídico, político e policial da sociedade), mas ela é hegemônica sobretudo porque suas idéias e valores são dominantes e mantidos pelos dominados até mesmo quando lutam contra essa dominação” – *O que é ideologia*, p. 127.

suas idéias têm para ele), vale lembrar o que afirma Michel Mialle: “em matéria de ciência jurídica está ainda tudo por fazer, não obstante a abundância de obras, de tratados, de teses e de artigos”²⁶. Convém complementar: justamente por conta dos tratados, teses e artigos, que mormente reiteram e reafirmam a trilha hegemônica do conservadorismo, a crítica do direito está diariamente diante de novas tarefas.

1.3. direito e ideologia

Para tratar das relações entre direito e ideologia, que serão centrais neste trabalho, convém relatar, antes mesmo de ingressar na conceituação básica²⁷, o caso paradigmático

²⁶ Michel MIALLE, *Introdução crítica ao direito*, p. 323.

²⁷ É indispensável trazer aqui, de início, dois trechos longos, mas absolutamente proveitosos, da concepção de ideologia que orientará, em linhas gerais, esta investigação: “A estrutura social e o Estado nascem constantemente do processo de vida de indivíduos determinados, mas destes indivíduos não como podem aparecer na imaginação própria ou alheia, mas tal e como realmente são, isto é, tal e como atuam e produzem materialmente e, portanto, tal e como desenvolvem suas atividades sob determinados limites, pressupostos e condições materiais, independentes de sua vontade.

‘A produção de idéias, de representações, da consciência, está, de início, diretamente entrelaçada com a atividade material e com o intercâmbio material dos homens, como a linguagem da vida real. O representar, o pensar, o intercâmbio espiritual dos homens, aparecem aqui como emanção direta de seu comportamento material. O mesmo ocorre com a produção espiritual, tal como aparece na linguagem da política, das leis, da moral, da religião, da metafísica etc. de um povo. Os homens são os produtores de suas representações, de suas idéias etc., mas os homens reais e ativos, tal como se acham condicionados por um determinado desenvolvimento de suas forças produtivas e pelo intercâmbio que a ele corresponde até chegar às suas formações mais amplas. A consciência jamais pode ser outra coisa do que o ser consciente, e o ser dos homens é o seu processo de vida real. E se, em toda ideologia, os homens e suas relações aparecem invertidos como numa câmara escura, tal fenômeno decorre de seu processo histórico de vida, do mesmo modo por que a inversão dos objetos na retina decorre de seu processo de vida diretamente físico.

‘Totalmente ao contrário do que ocorre na filosofia alemã, que desce do céu à terra, aqui se ascende da terra ao céu. Ou, em outras palavras: não se parte daquilo que os homens dizem, imaginam ou representam, e tampouco dos homens pensados, imaginados e representados para, a partir daí, chegar aos homens em carne e osso; parte-se dos homens realmente ativos e, a partir de seu processo de vida real, expõe-se também o desenvolvimento dos reflexos ideológicos e dos ecos desse processo de vida. E mesmo as formações nebulosas no cérebro dos homens são sublimações necessárias do seu processo de vida material, empiricamente constatável e ligado a pressupostos materiais. A moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ideologia, assim como as formas da consciência que a elas correspondem, perdem toda a aparência de autonomia. Não têm história, nem desenvolvimento; mas os homens, ao desenvolverem sua produção material e seu intercâmbio material, transformam também, com esta sua realidade, seu pensar e os produtos de seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência” – Karl MARX e Friedrich ENGELS, *A ideologia alemã (Feuerbach)*, pp. 36-37.

“As idéias (*Gedanken*) da classe dominante são, em cada época, as idéias dominantes; isto é, a classe que é a força *material* dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força *espiritual* dominante. A classe que tem à sua disposição os meios de produção material dispõe, ao mesmo tempo, dos meios de produção espiritual, o que faz com que a ela sejam submetidas, ao mesmo tempo e em média, as idéias daqueles aos quais faltam os meios de produção espiritual. As idéias dominantes nada mais são do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, as relações materiais dominantes concebidas como idéias; portanto, a expressão das relações que tornam uma classe a classe dominante; portanto, as idéias de sua dominação. Os indivíduos que constituem a classe dominante possuem, entre outras coisas, também consciência e, por isso, pensam; na medida em que dominam como classe e determinam todo o âmbito de uma época histórica, é evidente que o façam em toda sua extensão e, conseqüentemente, entre outras coisas, dominem também como pensadores,

do juiz português Celso Dengucho. Segundo António Manuel Hespanha, Dengucho pretendeu “introduzir uma prática de justiça menos distante da vida, mais comprometida com as realidades quotidianas e mais aberta à consideração dos projectos de mudança social estabelecidos pela revolução”²⁸. Com tal intuito, Dengucho “criou no tribunal um comité de apoio à reforma agrária e, depois da promulgação da Constituição de 1976, começou a indeferir *in limine* as acções de despejo, considerando-as contrárias à garantia do direito à habitação consagrado na Constituição”²⁹.

Obviamente, esta interpretação de Dengucho, se era autorizada pela supremacia da Constituição e, em termos de dogmática jurídica, pela não-hierarquização dos princípios constitucionais (no caso, entre direito de propriedade e direito de moradia), por outro lado sua decisão ia de encontro a interesses particulares bastante cristalizados. E não demorou muito para os interesses dominantes mostrarem sua força *real*:

“Acusado por sectores conservadores na imprensa e nos meios judiciais de politicamente comprometido, Celso Dengucho acaba por ser punido pela sua ‘ousadia’ ao ser demitido pelo Conselho Superior da Magistratura (apesar do reconhecimento da sua inteligência, saber e honestidade) por falta de ‘idoneidade moral’, bem como do ‘bom senso, equilíbrio e sensatez’ necessários para o exercício da magistratura”³⁰.

O caso Dengucho é exemplar do que se investigará neste trabalho, de que os limites que normalmente são apontados *dentro do texto da norma*, num caso como este, em que o texto, por assim dizer, comportaria a interpretação dada pelo magistrado, estão na verdade *fora do texto da norma*. Ou seja, não importa que se declare a moradia e a propriedade num mesmo plano de influência constitucional sobre o sistema e, assim, sobre a sociedade; o que determina a hierarquização de tais direitos é o fato de eles estarem hierarquizados na realidade, em razão das relações de poder que os sustentam.

Tal constatação é determinante para compreendermos a ideologia jurídica (e, também, a ideologia em geral). Pode-se afirmar, com razão, que ao senso comum e à imensa maioria dos juristas (que do senso comum pouco se afastam) a decisão de Dengucho é

como produtores de idéias; que regulem a produção e a distribuição das idéias de seu tempo e que suas idéias sejam, por isso mesmo, as idéias dominantes da época” – ob. cit., p. 72.

²⁸ António Manuel HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, p. 235. Do mesmo autor, a este respeito, ver “Discours juridique et changement politique: l'exemple de la revolution portugaise de 1974”, in *Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* [3/99], Lisboa, 1999.

²⁹ António Manuel HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, p. 235.

³⁰ António Manuel HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, p. 235.

ideológica, ou seja, marcada pelo ideário político da revolução em que o juiz se envolvera, o que, para o direito, é inadmissível, aparecendo como uma indevida (e insustentável) subversão da ordem. Por outro lado, é certo que as decisões convencionalmente exaradas em casos de despejo, em que prevalece o interesse proprietário sobre o direito à moradia, não precisam argumentar muito para serem aceitas como *neutras*.

Somente o estudo da ideologia jurídica é capaz de demonstrar por que a decisão de Dengucho aparece como o que ela realmente é – uma *decisão* –, enquanto a decisão judicial tradicional, justamente por ser *judicial* e *tradicional*, deixa encoberto seu caráter decisório, aparentando ser emanada de uma razão inquestionável. E, ao demonstrá-lo, revelar qual a real função das instituições jurídicas na sociedade³¹.

Chama-se ideologia jurídica, comumente, o “conjunto dos valores e das regras que justificam e/ou dirigem a criação e a aplicação ou a interpretação do direito”³². Também é definição corrente a de que “*ideologia jurídica* [é] a ideologia expressada no discurso jurídico, ou seja, no discurso que acompanha o direito como no discurso de quem dele fala”³³. Aqui, entretanto, a concepção de ideologia jurídica será radicalizada no sentido da domina-

³¹ Quanto aos limites entre ciência e ideologia no direito, que pontuou, de certo modo, o debate entre juristas positivistas e marxistas na primeira metade do século XX, encontramos a percuciente reflexão de Vladímir TUMÁNOV: “Quando os autores burgueses opõem a ciência à ideologia, ou então o espírito de partido à objectividade da ciência, o único fim que visam (como por exemplo H. Kelsen) é denegrir o caráter científico do marxismo e da teoria marxista do Estado e do Direito, que reconhecem abertamente o seu caráter ideológico e de classe. O marxismo não tem necessidade de métodos tão primitivos para poder apreciar as doutrinas burguesas. Ao falar delas na qualidade de ideologia jurídica, não lhes nega de modo algum o caráter de ciência. Mas sublinha não obstante a sua orientação social e os limites que esta implica na via do desenvolvimento da teoria científica do Direito. Além disso, insiste sobre o papel que essas doutrinas desempenham na elaboração das idéias teóricas que a ideologia política não poderia dispensar como sistema de opiniões e de opções fundamentais da burguesia” – in *O pensamento jurídico burguês contemporâneo*, p. 21.

³² Jerzy Wróblewski, verbete “Ideologia”, in André-Jean ARNAUD (org.), *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, p. 382.

³³ Óscar CORREAS, *Crítica da ideologia jurídica*, p. 118. O autor distingue, na citada obra, entre *ideologia do direito* e *ideologia jurídica*, distinção que, para o presente trabalho, não terá relevância. Contudo, é interessante notar como o exemplo de “*ideologia ‘não prevista’*” dado por Correias remete nossa lembrança ao caso Dengucho: “Chamaremos *ideologia do direito* ao sentido ideológico do discurso do direito, ou seja, o que não constitui seu sentido deontico.

‘Denominaremos, em troca, *ideologia jurídica* a ideologia expressada no discurso jurídico, ou seja, no discurso que acompanha o direito como no discurso de quem dele fala. Tal como o direito, também o discurso jurídico possui ideologias. Trata-se, por exemplo, do discurso que descreve normas, supostamente discurso ‘científico’, mas também do discurso que, referindo-se ao direito, o avalia como justo ou injusto, conveniente ou não conveniente, ajustado ou não ‘a realidade’, como costumam dizer os juristas. Igualmente se trata do discurso que, acompanhando o direito, o explica, o fundamenta, ajuda a interpretá-lo, o maquia ou, inclusive, prescreve condutas que o poder espera que se acredite que se produzem e não que efetivamente se produzam. Isto não impede que, às vezes, de fato fundamente as resoluções de funcionários de ideologia ‘não prevista’, como os poucos juízes que, fundamentando-se na ideologia do direito presente em alguns textos constitucionais como o ‘direito à moradia’, produziram sentenças rechaçando a pretensão de desalojar os ocupantes pobres de imóveis pertencentes a ricos investidores em bem de raiz” – ob. cit., pp. 118-119.

ção, pois a “ideologia é o processo pelo qual as idéias da classe dominante se tornam idéias de todas as classes sociais, se tornam idéias dominantes”.³⁴

Significa dizer, assim, que não se considera como propriamente ideológica toda e qualquer manifestação (valores, regras, discursos etc.) sobre o direito, mas apenas aquela que, de modo efetivo, participe da reprodução das relações sociais, gozando de uma base real que sustenta sua *atuação*. Desse modo, por exemplo, pode-se dizer que, na decisão do juiz Dengucho, por mais interesse que nela exista para compreender a ideologia jurídica, o que há de mais relevante é seu *fracasso prático*, sua ineficácia.

Ao fracassar no seu intento de transformar a realidade por meio do direito, apenas com base numa interpretação inovadora, o caso Dengucho denuncia, claramente, os limites que as posturas progressistas encontram na realidade e, assim, permite que elas conheçam cada vez melhor seu *adversário*, para não subestimá-lo: a hermenêutica jurídica, quando demonstra a abertura que os textos normativos comportam para interpretações diversas, deixa de revelar que, salvo em casos excepcionais, as decisões jurídicas que se sustentam são aquelas a que correspondem fatores reais de poder.

A razão para tanto está no que István Mészáros chama de “supremacia da mistificação”, de que os interesses progressistas não estão investidos:

“Deve-se enfatizar que o poder da ideologia dominante é indubitavelmente enorme, não só pelo esmagador poder material e por um equivalente arsenal político-cultural à disposição das classes dominantes, mas, sim, porque esse poder ideológico só pode prevalecer graças à posição de supremacia da *mistificação*, através da qual os receptores potenciais podem ser induzidos a endossar, ‘consensualmente’, valores e diretrizes práticas que são, na realidade, totalmente adversos a seus interesses vitais.

A esse respeito, a posição das ideologias conflitantes é decididamente *assimétrica*. As ideologias críticas, que procuram negar a ordem estabelecida, não podem sequer mistificar seus adversários, pela simples razão de não terem nada a oferecer – nem mesmo subornos ou recompensas pela aceitação – àqueles já bem estabelecidos em suas posições de comando, conscientes de seus interesses imediatos palpáveis. Portanto, *o poder de mistificação sobre o adversário é privilégio exclusivo da ideologia dominante*”.³⁵

Compreende-se, dessa forma, que não será nos exemplos de atuação de “ideologias críticas” (como a de Dengucho) que se encontrará o sentido da ideologia jurídica, mas sim na atuação cotidiana dos órgãos judiciais, das instituições correlatas, das posturas majoritá-

³⁴ Marilena CHAUI, *O que é ideologia*, p. 117.

³⁵ István MÉSZÁROS, *Filosofia, ideologia e ciência social*, p. 10.

rias da jurisprudência e da doutrina. Não onde há o ímpeto de mudança, mas onde reina a *segurança da ordem* é que o direito aparece “precisamente como aquilo que ele próprio não é, como um todo sistemático, coerente, pleno e objetivo”³⁶.

Daí não se pode concluir, contudo, que *direito e ideologia jurídica* são uma única e mesma coisa. A prova disso é que há uma margem, nos instrumentos jurídicos oficiais, para a reivindicação progressista, pelo simples fato de que o direito não pode se fechar como um bloco dos interesses dominantes; nele devem conviver, ao menos estrategicamente, as aspirações sociais mais diversas, apontando para o “bem comum”³⁷. O direito, enfim, não é uma absoluta “falsa consciência”, uma perfeita *irrealidade*³⁸.

Da mesma forma que a ideologia em geral está “diretamente entrelaçada com a atividade material” e a ela não se reduz, a ideologia jurídica, por mais entrelaçada que esteja com a realidade do direito, com ele não se confunde completamente. Há, entre ideologia e direito, uma relação *fetichizada*³⁹, como a que Marx identificou na relação dos homens com o produto do seu trabalho: o direito existe, surte efeitos, está dialeticamente implicado na realidade, mas é visto como algo ideal, imposto pela razão.

O trabalho da crítica jurídica vai desafiar, justamente, o carácter absoluto dessas concepções jurídicas, que separam o direito das relações globais em que ele está lançado e

³⁶ Alaôr Caffê Alves, “A função ideológica do direito”, in Alysson Leandro MASCARO (org.), *Fronteiras do direito contemporâneo*, p. 19.

³⁷ Ao falar do abstratíssimo “bem comum” a que o direito tanto se refere, importa lembrar o seguinte: “cada nova classe que toma o lugar da que dominava antes dela é obrigada, para alcançar os fins a que se propõe, a apresentar seus interesses como sendo o interesse comum de todos os membros da sociedade, isto é, para expressar isso mesmo em termos ideais: é obrigada a emprestar às suas idéias a forma da universalidade, a apresentá-las como sendo as únicas racionais, as únicas universalmente válidas” – Karl MARX e Friedrich ENGELS, *A ideologia alemã (Feuerbach)*, p. 74.

³⁸ “A constatação da natureza ideológica de um conceito não nos dispensa, de forma alguma, da obrigação de estudar a realidade objetiva, quer dizer, a realidade existente no mundo exterior e não apenas na consciência. [...] A natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações das quais ele é expressão” – E. B. PASUKANIS, *A teoria geral do direito e o marxismo*, p. 43.

³⁹ “Com efeito, o fetichismo da mercadoria faz esquecer que a produção e a circulação dos objectos chamados mercadorias escondem na realidade relações sociais entre os indivíduos. No plano económico tudo aparece como colocado sob o signo da matéria e da riqueza: o económico seria o lugar da produção e da distribuição das riquezas. Estas seriam extraídas da natureza, para serem o objecto de trocas, mas jamais aparecem realmente as relações entre os homens que permitem a organização desta produção e desta circulação. Tudo se passa num mundo totalmente coisificado.

‘É exactamente o contrário aquilo a que chega a noção de norma. *O fetichismo da norma e da pessoa, unidos doravante sob o vocábulo único de direito, faz esquecer que a circulação, a troca e as relações entre pessoas são na realidade relações entre coisas*, entre objectos, que são exactamente os mesmos da produção e da circulação capitalistas. E, de facto, no mundo do direito tudo parece passar-se entre pessoas: as que mandam e as que obedecem, as que possuem, as que trocam, as que dão, etc. Tudo parece ser objecto de decisão, de vontade, numa palavra, de Razão. Jamais aparece a densidade de relações que não são queridas, de coisas às quais os homens estariam ligados, de estruturas constrangedoras mais invisíveis” – Michel MIAILLE, *Introdução crítica ao direito*, p. 94.

explicam-no por sua aparência mais superficial. É função da crítica à ideologia jurídica revelar em que se fundamentam, de fato, as relações jurídicas, evitando *mistificações* e resistindo às perspectivas convencionais e, assim, viciadas de análise do direito. Como diz Pasukanis, “não é que os conceitos jurídicos gerais possam entrar, a título de elementos constitutivos, nos processos e sistemas ideológicos – o que não é de forma alguma contestável –, mas que a realidade social, mascarada, em certa medida, por um véu místico, não pode ser descoberta através desses conceitos”⁴⁰.

Consciente dessa mistificação, consciente de que “sob proposições aparentemente científicas, com pretensões objetivas e universais, escondem-se diretivas que representam inconfessáveis interesses parciais”⁴¹, o profissional jurídico (juízes, advogados, promotores, juristas etc.) é capaz de aproveitar a margem de manobra existente nas formulações jurídicas. Desse modo, a não ser por uma também consciente dedicação à manutenção da ordem (ou uma inconsciente submissão a esta), os profissionais podem exercer papel relevante na melhoria (pontual, ao menos) das condições sociais⁴²:

“A un mismo tiempo, el derecho legitima y constituye tanto a través del ejercicio legal de la violencia monopolizada por el Estado, como mediante los múltiples mecanismos productores de consenso, sumisión y aceptación.

Quienes manejan ese peculiar saber, quienes conocen de la lógica interna con que el discurso del derecho se organiza y se enuncia, disponen por ello de un poder específico.

Son los magistrados, los abogados, los profesores de derecho, los juristas. Son los modernos ‘brujos’, en un mundo donde la autoridad y Dios ya no se confunden”⁴³.

1.4. Estado, direito, política

Na investigação do poder transformador do direito, é inevitável deparar-se com as questões relativas à implicação entre Estado, direito e política. Para a concepção crítica

⁴⁰ E. B. PASUKANIS, *A teoria geral do direito e o marxismo*, p. 42.

⁴¹ Alaôr Caffê ALVES, *Estado e ideologia*, p. 43.

⁴² “O caráter mais ou menos verossímil do pensamento jurídico depende, em boa parte, da capacidade que demonstre de, incorporando a ideologia, ser capaz de filtrá-la, ajuizando-a e adaptando-a às mutáveis exigências do quadro histórico. Sendo a ideologia particularmente sensível no pensamento veiculado pelas ciências sociais, tudo está em controlar os limites de sua atuação, tendo-se consciência daquilo que, desde a *Ideologia alemã*, foi patenteado por Marx – seu caráter deformante, capaz de conduzir à desconformidade entre a situação social real e a respectiva imagem mental, restringindo, desta forma, a liberdade e a ação humanas” – Plauto Faraco de AZEVEDO, *Direito, justiça social e neoliberalismo*, p. 54.

⁴³ Alicia E. C. Ruiz, “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, in Enrique E. MARÍ e outros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, p. 173.

aqui adotada, “o Estado aparece, no mundo fenomênico, precisamente como aquilo que ele não é; porém, esse modo negativo de aparecer, esse modo de não-ser, é fundamental e necessário para que o Estado seja o que ele realmente é; ao ocultar sua essência, ele perfaz sua própria realidade na exata medida em que a oculta”⁴⁴.

Com isso, o que se afirma é que a função do Estado no capitalismo é bem mais complexa do que se depreende da afirmação, por um lado, de que funcione como gestor isento da “coisa pública” ou, de outro lado, de que é um instrumento de dominação usado verticalmente pela burguesia contra o povo. O Estado surge e é mantido dentro de relações sociais entre partes desiguais, contudo, tais partes influenciam a configuração que esse Estado terá por meio da pressão que exercem concretamente⁴⁵.

Por haver uma classe hegemônica, que acaba por se beneficiar da atuação do Estado em quase todas as frentes, costuma-se tomar o Estado como representante exclusivo desta classe, mas a análise mais detida revela os elementos conflitivos incorporados pelo Estado, não apenas sob o manto da *neutralidade*, mas também por trás do rótulo de “comitê para gerir os negócios da burguesia” (Marx e Engels).

Uma primeira razão para esta forma de atuação do Estado está no fato de que alguns interesses da classe dominada devem ser satisfeitos a fim de que se mantenha a situação de dominação⁴⁶, mas não é plausível reduzir toda a complexidade da estrutura estatal a esta estratégia, pois as lutas sociais contribuíram (e contribuem) para que aspectos favoráveis a diversas classes sociais se incorporassem ao perfil do Estado. Neste sentido, aliás, a Constituição prevê, por exemplo, a reforma agrária.

Ao atacar a idéia de que o Estado representa *igualmente* os interesses da sociedade, o que deve ser visado, principalmente, é o conhecimento mais exato possível da realidade do Estado, de suas instituições, de seus agentes, bem como da legislação por ele produzida,

⁴⁴ Alaôr Caffê ALVES, *Estado e ideologia*, p. 19.

⁴⁵ “É preciso, entretanto, notar que o Estado não é uma ‘coisa’ totalmente dominada pela burguesia. Ele é uma relação dinâmica entre o poder hegemônico e o poder dominado, em que se pode observar sua maior ou menor inclinação para os programas sociais, dependendo do grau de luta e pressão entre as classes sociais. Assim, não existe um poder único e excludente do poder dominado. E este último não é nulo; ele tem certa densidade e é apenas um poder subordinado” – Alaôr Caffê ALVES, “Fundamentos do direito e meio ambiente”, p. 341.

⁴⁶ Com o espírito revolucionário que o inspirou, o *Manifesto do Partido Comunista*, de 1848, afirma: “para se oprimir uma classe, é necessário assegurar-lhe condições para que possa, no mínimo, prolongar sua existência servil [...] a burguesia é incapaz de permanecer por mais tempo como classe dominante da sociedade e de impor-lhe, como lei e como regra, as condições de vida de sua classe. É incapaz de dominar, pois é incapaz de assegurar a seu escravo a própria existência no âmbito da escravidão, porquanto é compelida a precipitá-lo numa situação em que tem que alimentá-lo em vez de ser por ele alimentada” – Karl MARX e Friedrich ENGELS, *Manifesto do Partido Comunista*, p. 44.

a fim de fornecer, inclusive, melhores condições de luta e reivindicação àqueles que, em regra, estão alijados das decisões políticas fundamentais.

Não se deve desconsiderar, contudo, na compreensão das relações que a sociedade mantém com o Estado, as implicações entre *base* e *superestrutura*⁴⁷, pois, em última análise, a consciência que os homens têm das instituições públicas, em sentido lato, é determinada por suas condições reais de existência. Afinal, convém perguntar, “será necessário um exame mais profundo para compreender que, ao mudarem as relações de vida dos homens, suas relações sociais, sua existência social, mudam também suas representações, suas opiniões e suas idéias, em suma, sua consciência?”⁴⁸

O Estado de Direito, tanto em sua configuração estrutural quanto em sua atuação concreta, da forma como previsto na Constituição brasileira, tem como uma de suas mais fortes características o discurso de defesa dos interesses *públicos, sociais, coletivos*, em que se fundamenta, em grande parte, a sua legitimidade social:

“o Estado passa a ter, como fundamento de sua própria legitimidade, um caráter de representação social *aparentemente dissociado dos antagonismos de classe*, refletindo, de forma ideológica, o *lugar público ideal* que orienta e limita a ação dos indivíduos para permitir a conciliação entre os *interesses coletivos*, necessários à continuidade da produção material da vida social, e os *interesses particulares de caráter estrutural*, indispensáveis à permanência das relações de exploração do homem pelo homem. Entretanto, como o Estado não pode revelar com clareza a *sociabilidade real* existente no plano da produção ou das forças produtivas, sob pena de revelar igualmente as *contradições emergentes das*

⁴⁷ A propósito, leia-se: “na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência” – Karl MARX, “Para a crítica da economia política”, in *Textos escolhidos*, pp. 129-130.

⁴⁸ Karl MARX e Friedrich ENGELS, *Manifesto do Partido Comunista*, p. 57. E Marx estudará com mais profundidade a vinculação necessária entre o modo de produção e as idéias, na sua obra maior, ao avaliar as categorias da economia burguesa: “São formas de pensamento socialmente válidas e, portanto, objetivas para as condições de produção desse modo social de produção, historicamente determinado, a produção de mercadorias. Todo o misticismo do mundo das mercadorias, toda magia e fantasmagoria que enevoa os produtos de trabalho na base da produção de mercadorias, desaparece, por isso, imediatamente, tão logo nos refugiemos em outras formas de produção” – Karl MARX, *O capital*, v. 1, p. 73. E ainda esta outra passagem sobre o “fetichismo da mercadoria”: “O reflexo religioso do mundo real somente pode desaparecer quando as circunstâncias cotidianas, da vida prática, representarem para os homens relações transparentes e racionais entre si e com a natureza. A figura do processo social da vida, isto é, do processo da produção material, apenas se desprenderá do seu místico véu nebuloso quando, como produto de homens livremente socializados, ela ficar sob seu controle consciente e planejado. Para tanto, porém, se requer uma base material da sociedade ou uma série de condições materiais de existência, que, por sua vez, são o produto natural de uma evolução histórica longa e perversa” – ob. cit., p. 76.

relações de produção inerentes àquelas mesmas forças produtivas, e como também não pode, o Estado, proteger *plenamente* a socialidade com exclusão dos fatores que a negam estruturalmente, sob pena de destruir as bases da sociedade burguesa e também a si próprio, *ele se apresenta exatamente como uma instância que resgata o público ao nível do imaginário*”.⁴⁹

Ou ainda:

“Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ‘Estado de direito’. O papel do direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o *legal apareça para os homens como legítimo*, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela *idéia do Estado* – ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela idéia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do direito pela *idéia do direito* – ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos”.⁵⁰

É inegável, assim, o sentido político assumido pela forma *Estado de Direito* no processo de reprodução das relações sociais capitalistas, pois nela se consagram ideais como o da *legalidade* e o do *acesso ao direito*. E ainda, nos resquícios de *Estado Social*, acena com a disposição de buscar *equilíbrio social efetivo* ou, ao menos, que não se radicalizem os efeitos perversos do desequilíbrio existente.

Na realidade atual do Brasil, em razão dos avanços da política neoliberal de “minimização do Estado”,⁵¹ assiste-se a uma correspondente maximização do discurso *público e social* em diversas áreas, no sentido da *regulação* das atividades privadas segundo interesses públicos. Surgem, assim, instituições com poderes insuficientes para regular, de fato, a

⁴⁹ Alaôr Caffê ALVES, *Estado e ideologia*, p. 250.

⁵⁰ Marilena CHAUÍ, *O que é ideologia*, p. 116.

⁵¹ Lenio Luiz Streck, “A constituição e o constituir da sociedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 35. Ressalte-se toda a advertência do autor: “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*”.

liberdade do mercado, mas que, em contrapartida, surtem um efeito importante: sinalizam para a sociedade com a (falsa) idéia de que o Estado ainda tem sob controle atividades estratégicas para a realização da “sociedade livre, justa e solidária”, que está entre os objetivos da República Federativa do Brasil em sua Constituição (art. 3.º, I). É o que será melhor demonstrado quanto à *função social da propriedade rural*.

1.5. leituras do direito constitucional

O ponto de vista radical a respeito da negação de efetividade às constituições ainda pode ser representado por Ferdinand Lassalle, na sua famosa conferência de 1862, para quem a constituição escrita era um simples “pedaço de papel” e a verdadeira constituição de um país era a somatória dos “fatores reais de poder” vigentes na sociedade. Para Lassalle, a constituição escrita nada poderia mudar na realidade e seria eficaz apenas naquilo que correspondesse às relações reais de poder: “Claro está que não se escreve, sem rodeios: o senhor Borsig, fabricante, é um fragmento da Constituição; o senhor Mendelssohn, banqueiro, é outro pedaço da Constituição, e assim sucessivamente; não, a coisa se expressa de modo *muito mais belo*, muito mais refinado”⁵².

Um texto escrito quase 100 anos depois, em contraposição às idéias de Lassalle, *A força normativa da constituição*, de Konrad Hesse, é, por sua vez, o melhor representante da linha que afirma que as constituições têm *normatividade* e que, portanto, no embate com a realidade, não são um simples “pedaço de papel”. Para tanto, Hesse não se utiliza do artifício, comum à teoria jurídica, de virar as costas para a realidade quando ali não se confirmam suas teses. Pelo contrário, reconhece que “a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta força tem limites”⁵³, bem como que “A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”⁵⁴.

O esforço de Konrad Hesse é no sentido de romper o *isolamento entre norma e realidade*, pois, como afirma Gilberto Bercovici, “O pensamento constitucional tradicional está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, dando-se ênfase em uma ou outra direção. Assim, chega-se a uma norma despida de elementos de realidade ou a uma reali-

⁵² Ferdinand LASSALLE, *O que é uma constituição?*, p. 48.

⁵³ Konrad HESSE, *A força normativa da constituição*, p. 26.

⁵⁴ Konrad HESSE, *A força normativa da constituição*, p. 18.

dade sem elementos normativos. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”⁵⁵. Para Hesse, tal isolamento⁵⁶ era inadmissível:

“Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional”⁵⁷.

Desse modo, se para Lassalle a Constituição nada pode fazer para mudar o real, para Hesse o papel da Constituição se amplia consideravelmente, desde que se tenha consciência de suas próprias limitações e dos limites que a realidade impõe. Acompanhando, por exemplo, a vida da atual Constituição brasileira, o que se confere é que, por mais distante que esteja o país real de seu perfil constitucional, há certa razão na leitura de Hesse: o texto constitucional muitas vezes logra transformar-se em *força ativa*.

A partir dessa constatação, desenvolveu-se uma forte corrente na teoria constitucional voltada a desfazer a imagem das constituições como “mero ideário sem eficácia jurídica”⁵⁸, consciente de que “a força normativa da Constituição e das leis é, indiscutivelmente, uma das forças que influenciam a realidade política, mas não é a única, nem pode ser concebida sem sintonia com outros elementos”⁵⁹.

Com tal intento, o direito constitucional passa a incorporar, em suas investigações, a confrontação com aspectos determinantes da realidade, não para demonstrar sua ineficácia, mas para ampliar suas chances de ser eficaz. Se “Constituição *normativa* é aquela não apenas juridicamente válida, mas que está, além disso, vivamente integrada na socie-

⁵⁵ Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, p. 300.

⁵⁶ Para uma aproximação geral ao problema na teoria constitucional, remete-se ao já clássico *Direito constitucional e teoria da constituição*, de J. J. Gomes CANOTILHO, principalmente pp. 1315-1345. Do mesmo autor, também, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, principalmente pp. 81-130.

⁵⁷ Konrad HESSE, *A força normativa da constituição*, p. 24.

⁵⁸ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 288.

⁵⁹ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 128.

dade”⁶⁰, impõe-se uma mudança substancial na teorias sobre eficácia constitucional, habitualmente limitadas a tratar as normas em sua própria (ir)realidade:

“dedicaram-se, substancialmente, à *eficácia jurídica*, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem, em maior ou menor intensidade, e que são aplicáveis nos limites de seu teor objetivo. Por opção metodológica ou por acreditar estar a matéria fora do plano jurídico, a doutrina não deu atenção especial a um problema diverso e vital: o de saber se os efeitos potenciais da norma *efetivamente* se produzem. O Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo”.⁶¹

Esta mudança de preocupação – da efetividade em sentido abstrato para o seu sentido concreto⁶² – determina muito do que de mais interessante tem sido feito pelos estudiosos da Constituição no Brasil (e, de certo modo, surte efeitos na aplicação constitucional). Forte influência sobre o constitucionalismo brasileiro tem sido exercida, igualmente, pelos debates a respeito da teoria da *constituição dirigente*, em que as questões relativas à *força normativa* e à *programaticidade* constitucional estão em relevo.

Para o autor da obra mais referida quanto ao tema da *constituição dirigente*, a “constituição tem sempre como tarefa a ‘realidade’”⁶³, mais especificamente, mudar a realidade⁶⁴, tratando-se, portanto, de uma constituição *engajada*, pois “a constituição dirigente não se pode divorciar da ‘diferença ideológica’ entre os preceitos jurídicos que apontam para uma alteração do *status quo* social e a ‘consciência social’ que aprova esse *status quo* e reconhece ao direito apenas a função de ‘direito-situação’”⁶⁵.

A Constituição brasileira, estão de acordo os diversos autores, é uma *constituição dirigente*, dado seu caráter prefigurador da realidade econômica e social a ser construída

⁶⁰ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 64.

⁶¹ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 287.

⁶² “A efetividade significa, portanto, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” – Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 82.

⁶³ J. J. Gomes CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 70.

⁶⁴ “Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social. No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. Seu sentido, seu objetivo é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade” – Gilberto BERCOVICI, *Constituição econômica e desenvolvimento*, p. 35.

⁶⁵ J. J. Gomes CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 457.

por meio de sua própria aplicação. É neste sentido que ela, nos pontos em que é mais progressista, pode servir de “cavalo de batalha” para que a sociedade busque a melhoria de suas condições de vida, organizando-se politicamente de modo a constituir novas relações de poder capazes de sustentar *faticamente* a concretização dos programas constitucionais. É neste sentido a advertência crítica de Gilberto Bercovici:

“A batalha ideológica em torno da Constituição de 1988 é cada vez mais acirrada. As críticas conservadoras todas podem ser solucionadas, formalmente, por uma hermenêutica constitucional leal à Constituição. Mas só isto não basta. Para resistir às críticas e às tentativas de enfraquecimento e desfiguração da Constituição de 1988 é necessário sair do instrumentalismo constitucional a que fomos jogados pela adoção exageradamente acrítica da Teoria da Constituição Dirigente, que é uma teoria da Constituição auto-centrada em si mesma. Ela é uma teoria ‘auto-suficiente’ da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada”.⁶⁶

Somente por meio da pressão social concreta os programas constitucionais evitam revelar-se como simples “compromissos dilatórios”⁶⁷, como denominava Carl Schmitt. Para Schmitt, a constituição (em seu caso, a de Weimar) acabara por incorporar vários compromissos apenas para tornar possível, no âmbito constituinte, o acordo quanto ao texto constitucional entre conservadores e progressistas, sendo que aqueles se fiavam na previsível falta de concretização das normas que previam tais compromissos.

Esta pode ser, sem dúvida, uma *verdade*, mas é parcial, porque dependente do que venha a ocorrer na realidade futura, pois lutas sociais e políticas podem desmentir aquela previsível falta de concretização e impor à realidade mudanças previstas na constituição, que, se não são revolucionárias, ao menos representam grandes alterações do *status quo* com a urgência possível. Neste sentido, e apenas neste sentido, é que Canotilho defende a sobrevivência da idéia de constituição dirigente no famoso prefácio que escreveu à segunda edição de sua tese: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for

⁶⁶ Gilberto BERCOVICI, *Constituição econômica e desenvolvimento*, pp. 40-41.

⁶⁷ Ver, a respeito, Marcelo NEVES, *A constitucionalização simbólica*, p. 41. E ainda Gilberto BERCOVICI, *Constituição e estado de exceção permanente*, p. 31.

entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias [...] Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional [...] acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”.⁶⁸

Merece ainda destaque, quanto aos estudos da efetividade constitucional, a teoria da *constitucionalização simbólica*, estudada por Marcelo Neves. O autor propõe, em chave crítica, uma leitura das *normas programáticas* por dentro da “relação entre ineficácia normativo-jurídica e função político-ideológica da Constituição”:

“A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a ‘culpa’ para a sociedade desorganizada, ‘descarregando-se’ de ‘responsabilidade’ o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. Ao nível da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute ideologicamente, quando se afirma que a constituição de 1988 é ‘a mais programática’ entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro: ‘a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização’. Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional”.⁶⁹

Desse modo, onde algumas leituras da constituição identificam programas mais ou menos realizáveis, aberturas para reivindicações sociais, possibilidades, enfim, de mudança da realidade, Neves diagnostica, não sem pessimismo, a constitucionalização de diversas questões com intuito apenas simbólico, *letra* que só não é completamente *morta* porque funciona ideologicamente⁷⁰ (também junto à teoria constitucional), seja como *promessa*,

⁶⁸ J. J. Gomes CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. XXIX.

⁶⁹ Marcelo NEVES, *A constitucionalização simbólica*, pp. 160-161.

⁷⁰ “Sem desconhecer, portanto, que o sistema jurídico inclui programas finalísticos, parece-nos, porém, que não cabe atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático. [...] As disposições programáticas não respondem, então, a tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional. Ao contrário, a realização do conteúdo dos dispositivos programáticos importaria uma transformação radical da estrutura social e política. [...] Mas é através das chamadas ‘normas programáticas de fins sociais’ que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional vai apresentar-se de forma mais marcante. Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* previsto no texto da Constituição, invocam na retórica política os

seja como *álibi*, e afirma que a “legislação-álibi [Kindermann] decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador”⁷¹.

A idéia de *constitucionalização simbólica*, se não chega às conclusões de Lassalle quanto à constituição como “pedaço de papel”, partilha da visão que está na base da crítica lassalliana: a principal função da constituição não é mudar, mas manter a realidade, manter as relações desiguais de poder na mesma proporção ou agravá-las, mas não pode simplesmente afirmá-lo, então se expressa de “modo muito mais belo, muito mais refinado” (Lassalle), prevendo também o que é profundamente contrário a tal *ordem*.

A partir dessas considerações, já é possível visualizar o campo disputado das perspectivas teóricas constitucionais. Entretanto, não se deve subestimar outro grave obstáculo para efetivação das previsões constitucionais, relativo à consciência dos aplicadores da lei. Se a eficácia de normas constitucionais que dependem de prestações concretas do Estado, como a reforma agrária, nosso exemplo privilegiado, tem obstáculos *concretos* (por exemplo, o enfretamento com a classe proprietária, o custo das desapropriações e assentamentos, entre outros), nem por isso são menos relevantes os desafios que as normas constitucionais encontram na chamada *cultura jurídica*, visto que:

“são raros os juízes que ‘decidem os conflitos aplicando a Constituição ou lembrando-se da existência dela’ [Dalmo de Abreu Dallari]... Basta observar que, em pleno Estado Democrático de Direito, setores importantes da dogmática jurídica continuam (des)classificando as normas em programáticas, de eficácia plena, etc., com o que os dispositivos denominados como programáticos *são destituídos de eficácia*. Ademais, o ensino jurídico continua privilegiando o direito ‘dito privado’, ao ponto de, na expressiva maioria dos cursos jurídicos, o direito civil ‘merecer’ o dobro ou o triplo da carga horária destinada ao direito constitucional... Isto para dizer pouco do problema do ensino jurídico... É assim, pois, que se formam os pré-juízos (a pré-compreensão) do operador do Direito, horizonte do qual falará do e sobre o Direito. Esse horizonte (de sentido) é uma espécie de ‘teto hermenêutico’ do jurista”.⁷²

respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no texto constitucional. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um álibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem ‘letra morta’ num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social” – Marcelo NEVES, *A constitucionalização simbólica*, pp. 102-104.

⁷¹ Marcelo NEVES, *A constitucionalização simbólica*, p. 39. Noutra parte, prossegue o autor: “A legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Como já enfatizamos acima, descarrega o sistema de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras de confiança” – ob. cit., p. 52.

⁷² Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 221.

O tema da presente dissertação exigirá um retorno mais profundo a essa problemática, diretamente relacionada à ideologia jurídica, pois a *função social da propriedade rural* atinge noção fundamental da cultura jurídica – a propriedade.

1.6. leituras do direito civil

“Com a Constituição de 1988, síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade brasileira contemporânea, consagra-se uma nova tábua axiológica, alterando o fundamento de validade de institutos tradicionais do direito civil”⁷³ – esta frase, que resume o espírito de uma certa corrente do direito civil brasileiro atual, soa bastante otimista quando lida para além dos limites do direito positivo, sob o qual, de fato, houve uma redefinição do conteúdo essencial do direito privado no nível constitucional.

Contudo, se, quanto ao direito positivo, é possível afirmar que o Código Civil perde “o seu papel de Constituição do direito privado”⁷⁴, na realidade a situação é bem mais indefinida, porque, como afirma Gustavo Tepedino, há forte resistência dos civilistas, em razão de “graves preconceitos”, a repensar *seus* institutos clássicos e “sagrados” pela *nova* ótica constitucional, mantendo-se “refém do legislador ordinário”:

“O civilista, em regra, imagina como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses –patológicas e extremas–de controle de constitucionalidade. Tal preconceito o faz refém do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição”.⁷⁵

Talvez a explicação para tal fenômeno não esteja exatamente no fato de o civilista *imaginar* que a constituição limita apenas a atuação do legislador ordinário. É histórica a resistência a quaisquer alterações no direito privado, principalmente nos seus aspectos

⁷³ Gustavo TEPEDINO, “Apresentação”, in *Temas de direito civil*, p. s/n.

⁷⁴ “O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes” – Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”, in *Temas de direito civil*, p. 7.

⁷⁵ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”, in *Temas de direito civil*, pp. 17-18.

nucleares, como as relações de propriedade, a sucessão hereditária etc. E tais *preconceitos* não são exclusivos dos civilistas, mas toda a sociedade, em razão das suas próprias condições concretas de vida, está mergulhada numa *razão privatista*.

Portanto, é grande o desafio da chamada *despatrimonialização*, porque seu enfrentamento não é apenas no âmbito do direito, da *cultura jurídica*, mas da cultura capitalista como um todo, que está enraizada nas profundezas do modo de produção.

Perlingieri define a *despatrimonialização* como “uma tendência normativo-cultural”, mediante a qual “se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”⁷⁶. É preciso repisar, no entanto, que esta é uma tendência que foi dar na Constituição, mas não na realidade.

Se já começa a aparecer na jurisprudência, na sua ainda pequena parcela progressista, um esforço de *publicização* dos institutos do direito privado, de modo a redefinir a aplicação da legislação civil ordinária pelos valores constitucionalmente garantidos, a manualística adotada pelas faculdades de direito, em regra, não coloca o direito civil em nova perspectiva, mas, pelo contrário, reafirma a visão tradicional⁷⁷.

⁷⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 33.

⁷⁷ “Em um ensino jurídico descontextualizado, dogmático e unidisciplinar – como é o ensino do direito no Brasil – o princípio proprietário e o modelo proprietário ganham longa vida, e superam suas próprias rupturas. O ensino jurídico, feito em discurso, assimila e oculta as rupturas do discurso proprietário. As possibilidades abertas pela Constituição Federal são desconstruídas por um ensino que impede a renovação do discurso proprietário.

‘A manutenção do discurso proprietário pelo ensino jurídico faz-se através de vários procedimentos, visualizáveis: trata-se de um ensino interditado a outros saberes e outros falares, afastado da pesquisa e da extensão, exposto de forma dogmática, avaliativa e manualizada, cuja circulação é limitada e que pretende tudo juridicizar. É um ensino insular, que recusa diálogos.

‘Nessa ordem de idéias, o direito de propriedade é acessado – pelo professor e pelo aluno – por meio de um ensino especializado, que não deixa de ser uma forma de abstração, já que afasta aquilo que vem *tecido junto*. O ensino faz-se distante do real, longe da vida, despreocupado do concreto” – Eroulths CORTIANO JUNIOR, *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, p. 260.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL

2.1. da posse à propriedade

A distinção entre posse e propriedade, normalmente tratada de modo superficial pela dogmática do direito civil, como simples distinção entre um fato e um direito, é na verdade uma das questões mais controversas da teoria jurídica. Não são poucas – e são bem pouco pacíficas – as versões dos historiadores sobre o momento em que a relação do homem com os bens passa a ser configurada como propriedade⁷⁸.

A propriedade é encontrada, pelos historiadores, como a garantia que é dada aos homens sobre determinados bens. Primitivamente, confunde-se propriedade e posse porque a propriedade costumava apresentar-se como a garantia de que pertencem ao homem os bens sob sua posse, quase no sentido de *extensões do seu corpo*. Portanto, as primeiras *propriedades* são os bens necessários para a subsistência individual e familiar (suas ferramentas, a fração de terra em que habita e planta, seus utensílios pessoais e domésticos; posteriormente, também seus escravos e o local de sua sepultura).

Contudo, para o presente trabalho não é fundamental a questão, de caráter histórico, sobre o momento em que o fato *posse* passa a conviver com o direito *propriedade*. Mais importante, aqui, é indagar sobre a propriedade em seu perfil moderno, quando passa a ser determinante para o sistema econômico um tipo de garantia da propriedade que independe da posse, isto é, uma propriedade desvinculada da posse do objeto.

É esta modalidade de propriedade que vai compreender o homem que é capaz de ser proprietário de bem mais coisas do que aquelas sobre as quais pode exercer, efetivamente, posse. Esta é a propriedade capitalista, em que o trinômio “uso, gozo e disposição” pende fatalmente para a possibilidade de disposição, ou seja, para o caráter de *valor de troca*, não para o de *valor de uso* dos bens sob apropriação individual.

De certo modo, o princípio da *função social da propriedade rural* significa um esforço no sentido de fazer coincidir propriedade e posse, para que, segundo os critérios

⁷⁸ Um resumo relativamente detalhado da história da propriedade está em Norberto BOBBIO..., *Dicionário de política*, verbete “Propriedade”, pp. 1021-1035. Ver, neste sentido, complementarmente, John GILISSEN, *Introdução histórica ao direito privado*, pp. 635-640; Pierre-Joseph PROUDHON, *A propriedade é um roubo*, em especial pp. 20-24; e o clássico de Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, in Karl MARX e Friedrich ENGELS, *Obras escolhidas em três tomos*, pp. 213-374. De grande interesse são ainda os estudos sobre propriedade em Karl MARX, *Grundrisse*, pp. 491-498.

fixados, as propriedades rurais sejam efetivamente utilizadas, a fim de impedir o simples exercício da propriedade, que, em regra, é apenas especulatório.

Desse modo, quando aqui se fala em propriedade é no sentido do direito moderno, com o instituto já marcado pela desvinculação em relação à posse efetiva do bem e, assim, pelo caráter de *valor de troca* por ele assumido na modernidade, com fundamental importância para a configuração do modo de produção capitalista.

2.2. sobre o conceito de propriedade

“Perguntai a este mercador de carne humana o que é propriedade: ele dir-vos-á, mostrando esse grande esquife a que chama barco, e onde encerrou e pôs a ferros homens com aparência de vida: ‘Eis as minhas propriedades, comprei-as a tanto por cabeça!’ Interrogai este nobre, que tem terras e vassalos, ou que crê que o universo ruirá desde que ele não tenha nem uma coisa nem outra; ele dar-vos-á da propriedade ideias mais ou menos iguais”⁷⁹.

Por mais que soe exagerado afirmar que todo o direito existe para garantir relações de propriedade, tal afirmação, contudo, não seria completamente equivocada⁸⁰. O capitalismo, sob o qual se consolidou o positivismo jurídico, depende profundamente da noção de propriedade para existir. Não à toa, o direito surgido na União Soviética após a revolução tinha seu principal traço distintivo no tocante à propriedade⁸¹.

⁷⁹ Robespierre, “Discurso pronunciado perante a Convenção, em 24 de Abril de 1793”, citado por John GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 647.

⁸⁰ “il regime di utilizzazione dei beni assume sempre, quale che sia il suo contenuto positivo, il ruolo di regime qualificante del sistema giuridico, de principio, cioè, a partire dal quale un sistema giuridico può essere qualificato e distinto. [...] Proprio negli ordinamenti moderni anzi, la proprietà che si presenta come proprietà privata, assume un carattere più che determinante: un carattere fondativo del sistema, tale da consentirci fin d’ora di affermare che non c’è società moderna senza proprietà privata. La società borghese nasce come società dei proprietari, ma il principio proprietario assume – come si è già detto – sin da questo momento quei connotati che lo porteranno ad essere da principio sorto storicamente a garanzia di un ceto, a principio di organizzazione e funzionamento dell’intero sistema. Nel principio proprietario, infatti, si condensano e si riassumono tutte le istanze costitutive della società moderna, fondata sul libero scambio e sulla appropriazione privata della ricchezza”– Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, p. 252. (tradução livre: “o regime de utilização dos bens assume sempre, seja qual for o seu conteúdo positivo, o papel de regime qualificante do sistema jurídico, isto é, de princípio a partir do qual um sistema jurídico pode ser qualificado e distinto. [...] Própria dos ordenamentos modernos, a propriedade que se apresenta como propriedade privada assume um caráter mais que determinante: um caráter fundante do sistema, ao ponto de consertir-se até mesmo afirmar que não há sociedade moderna sem propriedade privada. A sociedade burguesa nasce como sociedade de proprietários, mas o princípio proprietário assume – como já se disse – neste momento aquelas características que lhe possibilitam ser o princípio eleito historicamente como garantia de uma classe social, como princípio de organização e funcionamento de todo o sistema. No princípio proprietário, de fato, se condensam e se resumem todas as instâncias constitutivas da sociedade moderna, fundada sobre o livre mercado e sobre a apropriação privada da riqueza”).

⁸¹ “A noção central do direito soviético – aquela que os juristas soviéticos orgulhosamente afirmam ter recriado completamente – é a noção de propriedade. O jurista ocidental surpreende-se pela ênfase dada a uma noção que, em direito francês pelo menos, ocupa um lugar restrito entre as suas preocupações.

O capitalismo, como Marx se dedicou a demonstrar, logra transformar tudo, absolutamente tudo em mercadoria, desde a terra até a força de trabalho, e tudo que saia da terra ou seja feito pelo trabalho. Assim, a noção de propriedade, que até então, na história, incidia sobre setores reduzidos da sociedade, difundiu-se por todas as relações sociais. O proprietário usa, goza e dispõe dos *seus* bens; conseqüentemente, só usa, goza e dispõe dos bens quem os tem como propriedade, mesmo que seja comida!⁸²

Deve-se afirmar, então, que “o regime jurídico da propriedade é o regime da exclusão: exclusão de uns em relação às coisas e aos produtos das coisas e do trabalho”⁸³. E a propriedade opera a sua importante função no direito e, em última análise, na sociedade como um simples instituto *sem conteúdo*, um instituto absolutamente abstrato, uma *relação* estabelecida e garantida *legalmente* entre os homens e os bens (e não vai muito longe o tempo em que entre esses *bens* estavam outros homens...). Como diz Paolo Grossi, “A sua abstração é total: abstrato é seu sujeito titular e abstrata é a sua linha mestra com uma capacidade ilimitada de tolerar os conteúdos mais variados”.⁸⁴ Por sua configuração *vazia* e *tolerante*, este era, sem dúvida, o instituto perfeito para o capital:

“Uma relação pura, não aviltada pelos fatos, mesmo que normalmente disponível aos fatos, em virtude da carga de extroversão que lhe é própria, sem referência ao conteúdo, perfeitamente congenial àquele indivíduo abstrato, sem carne e osso, que vem paralelamente se definindo como momento determinante da interpretação burguesa do mundo social. E se delineia como idéia suprema um *dominium sine usu*, versão invertida do velho domínio útil, em que um *dominium* acolhido como vontade, como *animus*, pode tranquilamente separar-se dos fatos da vida quotidiana e ser imune a eles.

O projeto jurídico revela finalmente a sua urdidura sapiente e refinada: no plano do direito era consignado ao novo *homo oeconomicus* – personagem, repetimos, abstrato – um instrumento ágil e fungível, legitimado nos valores supremos e inatacáveis a partir do exterior, ideologicamente não aproximável das precedentes soluções medievais porque fruto daquele complexo de forças sincrônicas que constituem a cultura moderna e a experiência jurídica moderna.

‘Contudo, é absolutamente natural que o regime da propriedade seja colocado em primeiro plano pelos juristas soviéticos. A doutrina marxista considera que o direito é, antes de tudo, condicionado pela estrutura econômica da sociedade: o essencial, para esta, reside na forma como os bens são apropriados. É no que se refere ao regime da propriedade que o marxismo exige uma mutação total das idéias, uma revolução que fará sentir os seus efeitos, por conseqüência, sobre todos os ramos do direito e na própria consciência dos homens” – René DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, pp. 267-268.

⁸² Isto explica o fato de que pesquisas recentes concluam que a produção mundial de alimentos é suficiente para duas vezes a população mundial e que, ainda assim, muitas pessoas morram de fome diariamente.

⁸³ José Reinaldo de Lima LOPES, *O direito na história*, p. 401.

⁸⁴ Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 82.

A propriedade: um instituto bem no centro do projeto; ela mesma coração e substância do projeto”.⁸⁵

A propriedade é o principal direito de que precisa o *homo oeconomicus*⁸⁶ enquanto tal, pois, seguindo a lição de Paolo Grossi, “Como a afirmação de uma liberdade e de uma igualdade formais tinham sido os instrumentos mais idôneos para garantir ao *homo oeconomicus* a desigualdade de fato das fortunas, assim essa propriedade ‘espiritualizada’ teria se concretizado, por graça das suas ilimitadas possibilidades transformistas, na pedra filosófica da civilização capitalista: a mais pobre, a mais desencarnada das construções jurídicas ter-se-ia demonstrado um meio efficientíssimo para transformar tudo em ouro, instrumento pontual para todo tipo de mercantilização”⁸⁷.

Vem daí, portanto, da consciência quanto à centralidade da propriedade na ordem social do capitalismo, a desconfiança com relação ao verdadeiro papel que a funcionalização da propriedade é capaz de exercer, pois a propriedade não é um elemento casual ou substituível do sistema, mas a sua própria *fundação*.

A propriedade, como *visão de mundo* e instituto jurídico, está “no centro do projeto” desde a Revolução Francesa, a partir da qual é a propriedade que vai definir as classes sociais⁸⁸; ela estava entre as principais bandeiras dos revolucionários⁸⁹, tanto que posteriormente o *Code civil* de 1804 se tornaria a “Bíblia da burguesia”⁹⁰.

⁸⁵ Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 71.

⁸⁶ “Aqui a propriedade se torna a criatura jurídica congenial ao *homo oeconomicus* de uma sociedade capitalista evoluída: um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo, caracterizado por simplicidade e abstração. Simples como é o sujeito, realidade unilinear sobre a qual se modela e da qual é como que a sombra no âmbito dos bens; abstrata como o indivíduo liberado da nova cultura, do qual quer ser uma manifestação e um meio validíssimo de defesa e de ofensa. É nesta transcrição ao sujeito que ela reclama a sua unidade e a sua indivisibilidade: uma e indivisível como ele, porque como ele é síntese de virtude, capacidade e poderes. Uma transcrição tão aderente a ponto de parecer quase uma fusão: a propriedade é somente o sujeito em ação, o sujeito à conquista do mundo. Idealmente, as barreiras entre *mim* e *meu* caem” – Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 81.

⁸⁷ Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 83.

⁸⁸ “No hay duda de que, inicialmente, en la fase que podríamos llamar fundadora del Estado moderno y luego del Estado de derecho, la garantía jurídica viene dada a los propietarios como clase y la propiedad se presenta como algo propio de los pertenecientes a esa clase, como una cualidad suya, hasta el punto de aparecer como un criterio de identificación, especialmente cuando se trata de propiedad de la tierra. Las familias propietarias son a menudo conocidas por el nombre de los fundos o de las tierras que les pertenecen. La garantía que los estatutos, los códigos y las primeras constituciones suministran a la propiedad son esencialmente garantías a la clase propietaria y están esencialmente dirigidas a la propiedad de la tierra” – Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 115.

⁸⁹ “La Rivoluzione era stata soprattutto l’emancipazione della proprietà del suolo. Il Codice, sanzionando le norme relative alla proprietà, coronava quella che era stata l’opera specifica della Rivoluzione. Tutti coloro che per speciali condizioni di fatto erano posti nella impossibilità di divenire proprietari di terre, erano per questo solo esclusi o non contemplati dal Codice Civile. Con ciò non vuol dirsi che il Codice Civile sia stato redatto coll’intenzione che fosse una legge di privilegio, poichè le norme di esso non sono ristrette espressamente a una classe ma si estendono a tutti senza distinzione di classe. Ma non si pose mente al gran

Quando as definições convencionais de propriedade, na doutrina jurídica, afirmam que ela é “o mais amplo dos direitos reais, abrangendo a coisa em todos os seus aspectos. É o direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinado bem, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência no mesmo”⁹¹, dizem ainda muito pouco.

Na verdade, não se discute no direito civil o que é a propriedade; ela é tida, como afirmou Rodotà, como um *a priori*⁹²; o que se estuda, em geral, são características jurídico-formais da vida desse *dado*: como adquirir, como alienar, como gerir etc. A propriedade, enquanto instituto histórico, é ainda hoje o mais sagrado dos institutos, e sua *sacralidade* implica *dogmaticidade*, no sentido de que não se deve questioná-lo.

Como afirma Michel Miaille, “Embora o direito de propriedade seja um dos pilares do direito privado contemporâneo, ele não surge claramente como tal nas introduções ao direito. Ou a introdução se atém a um programa bastante geral: não se ocupa senão da

numero di quelli che mancavano di proprietà, ossia della condizione necessaria per valersi del Codice. Tanto la *Dichiarazione* quanto il Codice Civile ponevano dei principi in apparenza generali, ma di fatto limitati a una classe ristretta di persone” – Gioele SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, p. 28. (tradução livre: “*A Revolução era sobretudo a emancipação da propriedade do solo. O Código, sancionando as normas relativas à propriedade, coroava aquela que era a obra específica da Revolução. Todos aqueles que por condições especiais de fato estavam impossibilitados de tornar-se proprietários de terra, eram apenas por isto excluídos ou não contemplados pelo Código Civil. Com isso não se quer dizer que o Código Civil tenha sido redigido com a intenção de ser uma lei de privilégio, porque as suas normas não são restritas expressamente a uma classe, mas se estendem a todos sem distinção de classe. Mas não se considerou o grande número dos que careciam de propriedade, ou seja, das condições necessárias para valer-se do Código. Tanto a Declaração quanto o Código Civil expunham os princípios aparentemente gerais, mas de fato limitados a uma classe restrita de pessoas*”).

⁹⁰ “Como se sabe, a grande revolução francesa começou com a triunfal proclamação da Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Realmente este direito da grande revolução francesa, *este direito para toda a humanidade*, foi somente um direito do cidadão como classe, um código da burguesia (o Código Civil). Esse Código de Napoleão, o grande contra-revolucionário, constitui efetivamente a formulação sintética da própria natureza da grande revolução francesa e, podemos acrescentar, de toda revolução burguesa. Trata-se do texto predileto, ou, se se preferir, quase da Bíblia da classe burguesa, uma vez que contém a base da verdadeira natureza da burguesia, do seu sagrado direito de propriedade. Assim, aquilo que constitui atualmente um direito natural e inato da burguesia (um direito ‘hereditário’) foi, na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, proclamado como direito natural. A razão disso está baseada no fato de que como na ordem social feudal o proprietário feudal considera que apenas ele é homem, também no mundo burguês só o cidadão, quer dizer, aquele que é proprietário, o titular de uma propriedade privada, é reconhecido como homem no verdadeiro sentido da palavra” – Piotr Ivanovich STUCKA, *Direito e luta de classes*, p. 13.

⁹¹ Arnold Wald, citado (a partir da edição de 1995 da obra *Direito das Coisas*) por Ricardo ARONNE, *Propriedade e domínio*, p. 56.

⁹² “In altri termini, provenga dal legislatori o dall’interprete, quasi sempre la definizione della proprietà non si presenta né come una abbreviazione convenzionale, né come la formula riassuntiva di una normativa, ma come un *a priori* o un dato arbitrariamente sovrapposto alla disciplina positiva, espressione dell’ideologia del suo autore piuttosto che descrizione dell’essenza di un concetto quale risulta dalla normativa o prescrizione dell’uso del termine definito” – Stefano RODOTÀ, *Il terribile diritto*, p. 263. (tradução livre: “*Em outros termos, provinha dos legisladores ou dos intérpretes, quase sempre a definição da propriedade não se apresenta nem como uma abreviação convencional, nem como a fórmula resumida de uma legislação, mas como um a priori ou um dado arbitrariamente sobreposto à disciplina positiva, expressão da ideologia de seus autores mais do que descrição da essência de um conceito que resulta da legislação ou prescrição de uso do termo definido*”).

teoria jurídica dos direitos subjectivos; ou então o problema da propriedade é verdadeiramente afogado nas considerações respeitantes aos direitos reais”.⁹³

Somente isso já justificaria uma certa descrença quanto a alterações no padrão de aplicação do instituto proprietário, como aquela que se consubstancia na função social da propriedade. Desde a Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919, com sua clássica proclamação de que “a propriedade obriga”⁹⁴, identifica-se uma *mudança de tom* no discurso jurídico (inclusive no plano constitucional) sobre a propriedade, mas não houve mudanças substantivas para além do discurso.

Pacificou-se, de certo modo, entre os juristas, a idéia de que “Com o passar dos tempos e a própria evolução da sociedade, o direito de propriedade foi perdendo seu caráter absoluto, tornando-se um encargo social, que tem por fim a busca do bem-estar da coletividade, como meio de produção que representa”⁹⁵. Mas, mesmo aceitando a relativização do instituto, soa excessivamente otimista (e pouco realista) tratar a propriedade como um *encargo social*, ainda mais a propriedade dos meios de produção!

Numa chave menos otimista, contudo, a constitucionalização dos direitos sociais, em sentido lato, também é vista como uma grande mudança dos padrões patrimonialistas, pois “Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual”⁹⁶.

Há autores contemporâneos que vêem a situação por uma perspectiva bem diversa. O espanhol José Luiz de Los Mozos, por exemplo, partindo do fato de “que, en los países

⁹³ Michel MIAILLE, *Introdução crítica ao direito*, p. 165. E ainda: “Assim, a descrição com que o direito de propriedade é normalmente apresentado numa introdução ao direito não deve iludir-nos: na realidade, este continua a ser um pilar da ordem social actual. Isso prova-se com a maneira como, à semelhança da natureza, a legislação capitalista tem horror do vazio – quero dizer, dos bens não apropriados” – *idem*, p. 169.

⁹⁴ “No hay definición más exacta y concisa que la que se contiene en las tres palabras: ‘La propiedad obliga’ (*Eigentun verpflichtet*) [Const. Weimar, § 153]. Con ellas se indica que la propiedad no es tenida únicamente como un derecho, sino que envuelve al mismo tiempo um deber para el propietario. Esto significa que el titular del dominio tiene siempre una esfera en la cual puede imponer su voluntad, pero que está en la necesidad de respetar determinadas limitaciones en interés de otros em cuyo favor la función está instituída. De esta manera se procura evitar que la propiedad se transforme en un instrumento de privilegio para su titular” – Eduardo Novoa MONREAL, *El derecho de propiedad privada*, p. 61.

⁹⁵ Marcelo Dias VARELLA, *Introdução ao direito à reforma agrária*, p. 200.

⁹⁶ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 97. É bastante importante ainda, para este trabalho, a seguinte reflexão do constitucionalista: “Com o desenvolvimento das idéias socialistas, o constitucionalismo ocidental dá início à tentativa de juridicização do processo económico e social, nas experiências pioneiras da Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919. Seria exagero proclamar o êxito dessas Cartas e de outras que lhes seguiram a inspiração, a despeito da grande evolução havida. É que os direitos individuais e políticos, consolidados pelo liberalismo, impunham ao Estado, basicamente, deveres de abstenção, ao passo que os novos direitos económico-sociais exigem prestações concretas para serem satisfeitos, e, portanto, são de realização muito mais difícil” – *ob. cit.*, p. 69.

del socialismo real, ya se ha iniciado la restauración de la propiedad privada”⁹⁷, convoca um “retorno à tradição do direito de propriedade”, pois “cualquier referencia o utilización de la idea de la ‘función social de la propiedad’ tiene el indudable sabor de um ‘retorno’”⁹⁸ – retorno, não à tradição romana, que lhe apraz, mas ao debate socialista.

Entretanto, afora os casos mais gritantes de *restauração da ordem*, o que se percebe é que há uma empolgação teórica correlata ao otimismo dos programas constitucionais. Não há propriamente algo de negativo em ser otimista, a não ser que – com perdão da metáfora – isto implique caminhar com os olhos muito fixados nas virtuais conquistas do futuro sem cuidar dos riscos de tropeçar em obstáculos do presente.

A proposta deste trabalho é de que o aperfeiçoamento da função social da propriedade depende de um conhecimento profundo do sentido da propriedade, não apenas em acepção jurídica, mas como fundamento societal⁹⁹, a fim de, inclusive, melhor aproveitar a possibilidade aberta pelo texto constitucional para a mudança social.

A noção de propriedade está incorporada à sociedade capitalista como uma *visão de mundo*, daí que Paolo Grossi afirme que ela é “mentalidade”: “nela, talvez mais do que em qualquer outro instituto do direito, exalta-se e se exaspera o que se está dizendo agora do jurídico, porque ela, rompendo a trama superficial das formas, liga-se necessariamente, por um lado, a uma antropologia, a uma visão do homem no mundo, por outro, em graça de seu vínculo estreitíssimo com interesses vitais de indivíduos e de classes, a uma ideologia. A propriedade é, por essas insuprimíveis raízes, mais do que qualquer outro instituto, mentalidade, aliás mentalidade profunda”.¹⁰⁰ E há toda razão aí.

Reportando-se ao que foi dito quanto à relação entre ideologia e condições materiais de existência, afigura-se como é gigantesca a tarefa da *função social da propriedade*, pois ela se defronta com um complexo de relações – *concretas e mentais*.

⁹⁷ Jose Luis de LOS MOZOS, *El derecho de propiedad*, p. 96.

⁹⁸ Jose Luis de LOS MOZOS, *El derecho de propiedad*, p. 124.

⁹⁹ “El concepto de ‘propiedad privada’ como forma general de la disponibilidad de las cosas a ser poseídas, transformadas y consumidas, se convierte en norma de funcionamiento de toda la sociedad y de las relaciones humanas, que de este modo quedan entregadas definitivamente a la abstracción constituyente, a la extrema artificialidad de la autonomía de la esfera económica. La individualidad concreta se confía a la subjetividad jurídica abstracta y a la calculabilidad monetaria de los valores de cambio de los productos del trabajo humano: la individualidad viviente, material y empírica es ‘formalizada’ por la extrema artificialidad del orden jurídico, de la igualdad de derechos y del intercambio de equivalentes” – Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 21.

¹⁰⁰ Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 31. E a “propriedade é sobretudo mentalidade. Ou seja, não se reduz nunca a uma pura forma e a um puro conceito mas é sempre uma ordem substancial, um nó de convicções, sentimentos, certezas especulativas, interesses rudes, tanto que seria imprudentíssimo – e até mesmo risível – quem tentasse seguir, nesse terreno, uma história de termos, de palavras” – ob. cit., p. 38.

E não é tarefa fácil alterar a *mentalidade proprietária* e, conseqüentemente, as relações por ela garantidas, pois a “tradição jurídica e o costume social, para serem comprometidos na sua urdidura compactíssima e na sua comprovada impermeabilidade, precisam que um inteiro complexo de forças incida continuamente sobre a mentalidade coletiva”.¹⁰¹ Grossi propõe, como saída, a “historicização da propriedade”, por meio da qual se opere a “recuperação ao devir das coisas mortais daquilo que uma refinada ideologia havia projetado sobre o pináculo mais alto de um templo sacro”¹⁰². Mas é o próprio Grossi que, páginas depois, mostra as adversidades profundas de sua proposta:

“Talvez nenhum discurso jurídico seja talvez tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homem-bens. Porque são tão grandes os interesses em jogo que inevitavelmente as escolhas econômico-jurídicas são defendidas pelas couraças não deterioráveis das conotações éticas e religiosas. A solução histórica tende a tornar-se ideologia fazendo um clamoroso salto de nível, e o modesto instituto jurídico, que é conveniente tutor de determinados interesses de ordem e de classe, é subtraído à relatividade do devir e conotado de caráter absoluto. O instituto, de coágulo social, corre sempre o risco de tornar-se um modelo, a representação da validade suprema, o ápice expressivo de uma busca do bem social”.¹⁰³

Não obstante, é válido o esforço de historicização da propriedade. Ele serve, por exemplo, para revelar as raízes daquela *mentalidade proprietária*, quando ela começa a se instalar e quais as *revoluções* que processou na relação do homem com os bens, com a natureza, com os outros homens e consigo mesmo. Conhecendo melhor todo este complexo de implicações, as chances de alterá-lo aumentam. Todos os aspectos da vida ganham um novo sentido sob o capitalismo. Ganham um *sentido capitalista*.

É o que ocorreu, com o avanço do capitalismo, à propriedade fundiária. Antes ligada à pessoa de seu *senhor*, a terra se torna uma mercadoria como qualquer outra e, assim, objeto de especulação: “uma vez lançada na concorrência” – é o que afirma Marx – “ela segue as leis da concorrência como qualquer outra mercadoria a esta submetida. Ela na verdade torna-se muito instável, diminuindo e aumentando, voando de uma mão para outra, e nenhuma lei pode conservá-la mais em poucas mãos predestinadas”.¹⁰⁴

¹⁰¹ Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 24.

¹⁰² Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 5.

¹⁰³ Paolo GROSSI, *História da propriedade e outros ensaios*, p. 10.

¹⁰⁴ Karl MARX, *Manuscritos econômico-filosóficos*, p. 77. Ainda sobre a perda do caráter familiar da propriedade fundiária no capitalismo: “É necessário que esta aparência seja supra-sumida (*aufgehoben*), que a propriedade fundiária, a raiz da propriedade privada, seja completamente arrastada para dentro do movimento

Resta anotar, por fim, que ela acabou retornando (e é conservada) “em poucas mãos predestinadas”; se não mais predestinadas por alguma divindade, predestinadas pelos caprichos da competição selvagem. Portanto, a historicização da propriedade é o empenho no sentido de evitar a conclusão – que se impõe fortemente – de que “onde houver propriedade privada não pode haver interesse social comum”.¹⁰⁵

2.3. origens da função social da propriedade

A *função social da propriedade* passa a fazer parte do debate jurídico, de uma vez por todas, a partir da Constituição de Weimar, de 1919. Antes dela, as referências teóricas esparsas e a Constituição Mexicana, de 1917, não haviam sido suficientes para lançar luz forte o bastante sobre o tema da funcionalização dos institutos e instituições privados. Com a Constituição de Weimar, porém, o tema repercute internacionalmente, com toda a carga do debate entre “esquerda” e “direita” em que foi suscitado.¹⁰⁶

As primeiras referências à função social da propriedade são apontadas nas obras de Otto von Gierke (*Die soziale Aufgabe des Privatrecht*, de 1889), Karl Renner (*Die soziale Funktion des Rechtsinstitute*, de 1904) e de Leon Duguit¹⁰⁷ (*Les transformations générales*

da propriedade privada e se torne mercadoria; que a dominação do proprietário apareça como a pura dominação da propriedade privada, do capital, dissociado de toda a coloração política; que a relação entre proprietário e trabalhador se reduza à relação nacional-econômica de explorador e explorado; que toda a relação pessoal do proprietário com sua propriedade termine, e esta se torne, ela mesma, apenas riqueza material *coisal*; que no lugar do casamento de honra com a terra se instale o casamento por interesse, e a terra, tal como o homem, baixe do mesmo modo a valor de regateio. É necessário que aquilo que é a raiz da propriedade fundiária, o sórdido interesse pessoal, apareça também na sua cínica figura. É necessário que o monopólio inerte se transmute em monopólio em movimento e inquieto – a concorrência; [que] a fruição ociosa do suor e do sangue alheios se transmute num comércio multiativo com os mesmos. Finalmente, é necessário que nesta concorrência a propriedade fundiária mostre, sob a figura do capital, a sua dominação tanto sobre a classe trabalhadora, quanto sobre os próprios proprietários, na medida em que as leis do movimento do capital os arruinem ou promovam. Assim, entra no lugar do provérbio medieval: *nenhuma terra sem senhor (nulle terre sans seigneur)*, o provérbio moderno: *o dinheiro não tem dono (l'argent n'a pas de maître)*, no qual é exprimida a completa dominação da matéria morta sobre o homem” – *Idem*, p. 75.

¹⁰⁵ Marilena CHAUI, *O que é ideologia*, p. 103.

¹⁰⁶ “Filosoficamente, a corrente dominante foge às idéias socialistas propostas por Marx e Engels e das extremamente liberalizantes, idealizadas por Locke e mesmo das modernas correntes neo-liberais, mas sim, aproxima-se de um ideal social-democrata ou ainda liberal-social, onde o ordenamento jurídico deve favorecer as concepções mais benéficas ao desenvolvimento social, sem cercear os direitos fundamentais do cidadão. O direito de propriedade, agora limitada pela necessidade do cumprimento da função social, não é uma fuga do capitalismo moderno, do neoliberalismo, mas sim um meio, talvez o mais importante meio, de continuar sustentando estas teorias” – Marcelo Dias VARELLA, *Introdução ao direito à reforma agrária*, p. 209.

¹⁰⁷ “Pela influência que a sua obra do começo do século exerceu nos autores latinos, Leon Duguit pode ser considerado o pai da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário se deve comportar e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. Tornou-se clássico o seu texto explicativo da função social da propriedade. Vale a pena transcrevê-lo: ‘A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obri-

du droit privé depuis le Code Napoléon, de 1912), mas é, de fato, a paradigmática Constituição de Weimar, ao elevar ao *status* constitucional diversas relações antes tratadas em âmbito privado, que exercerá fundamental influência sobre os textos constitucionais posteriores. Dela provém a proposição-síntese em matéria de função social da propriedade: “A propriedade obriga” (art. 153). Sua recepção, todavia, não é pacífica.

Vindo de diversos pontos de vista, as críticas são sempre pesadas. Resumindo, *grosso modo*, as principais entre elas, pode-se dizer que a função social da propriedade é atacada, à “direita”, por *tocar* no sagrado direito de propriedade e, à “esquerda”, por *fingir tocar* no sagrado direito de propriedade. Várias delas serão apresentadas e debatidas ao longo do trabalho, mas, por ora, é relevante transcrever aquela que talvez tenha sido a mais aguda crítica recebida pela funcionalização da propriedade, escrita por Pasukanis no seu *A teoria geral do direito e o marxismo*, de 1927. Para o autor soviético, “a apresentação do direito de propriedade burguês como uma obrigação social não passa de uma hipocrisia”. É valioso acompanhar os detalhes do seu raciocínio:

“Em comentário ao Código Civil da Rússia, Gojchbarg assinala que os juristas burgueses progressistas já começam a não considerar mais a propriedade privada como um direito subjetivo arbitrário, mas como um bem posto à disposição da pessoa. Gojchbarg refere-se, principalmente, a Duguit, o qual afirma que o possuidor do capital só deve estar protegido juridicamente quando dá ao seu capital uma destinação compatível com funções socialmente úteis.

Estas considerações dos juristas burgueses são certamente interessantes, pois significam um sintoma do declínio da época capitalista. Mas a burguesia, de outra parte, somente tolera tais considerações acerca das funções sociais da propriedade porque elas não a comprometem em nada. A antítese real da propriedade, com efeito, não é propriedade concebida como uma função social, mas a economia planificada socialista, quer dizer, a supressão da propriedade privada, o seu subjetivismo, não consiste em que ‘cada um coma o seu próprio pão’, ou seja, não é o ato de consumo individual, ainda que seja igualmente produtivo, mas na circulação, no ato de apropriação e alienação, na troca de mercadorias onde a finalidade econômico-social não é nada além do que o resultado de fins privados e de decisões privadas autônomas.

A explicação de Duguit, segundo a qual o proprietário não deve ser protegido senão quando cumpra as suas obrigações sociais, não possui nenhum significado quando posta nestes termos gerais. No Estado burguês é uma hipocrisia, no Estado proletário é uma dissimulação dos fatos. Pois se o Estado proletário pudesse deixar que cada proprietário, diretamente, cumprisse sua função social, ele o faria privando dos proprietários o direito de dispor de sua propriedade. Porém,

gação de empregá-la para o crescimento da riqueza social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder” – Orlando GOMES, “A função social da propriedade”, pp. 425-426.

se, *economicamente*, ele é incapaz disso, ele tem de proteger o interesse privado enquanto tal e fixar-lhe, apenas, os limites. Seria uma ilusão afirmar que todo indivíduo que, no interior das fronteiras da União Soviética, acumulou uma quantidade de dinheiro está protegido pelas nossas leis e por nossos tribunais apenas porque encontrou, para o dinheiro acumulado, uma utilização socialmente útil. Aliás, Gojchbarg parece ter esquecido a propriedade do capital, sob a sua forma mais abstrata, monetária, e raciocina como se o capital só existisse sob a forma concreta de capital produtivo. Os aspectos anti-sociais da propriedade só podem ser paralisados *de fato*, ou seja, pelo desenvolvimento da economia planificada socialista em detrimento da economia de mercado. Mas nenhuma espécie de fórmula, mesmo se for extraída das obras dos juristas os mais progressistas da Europa Ocidental, pode tornar socialmente úteis os contratos firmados sob a égide do nosso Código Civil e transformar cada proprietário em uma pessoa exercente de uma função social. Uma tal supressão verbal da economia privada e do direito privado só pode obscurecer a perspectiva de sua supressão real”.¹⁰⁸

Como se vê, em Pasukanis é radicalizado o caráter ideológico da função social da propriedade, pois, mais do que não alterar substancialmente as relações sociais fundadas no patrimônio, a funcionalização fortalece seu caráter privado. Neste sentido, Pasukanis identifica na funcionalização justamente um esforço de sobrevivência do sistema capitalista, a fim de prolongar seu “declínio”, o que faz lembrar as conclusões de Marx quanto à contradição entre *as necessidades do capital para se reproduzir enquanto sistema e os interesses dos capitalistas individuais*, o que se verifica, por exemplo, na destrutividade própria da competição capitalista, com tendência ao monopólio. Na linha de Pasukanis, é lícito concluir que a função social da propriedade integraria justamente o conjunto de medidas estatais para conter as crises que advêm da referida contradição.

Tal perspectiva, no Brasil, foi explorada por Orlando Gomes. Para ele, “Apesar da imprecisão da expressão *função social* e, sobretudo, da dificuldade de convertê-la num *conceito jurídico*, tornou-se corrente o seu uso na lei, preferencialmente nas Constituições, sem univocidade mas com expressiva carga psicológica, recebida, sem precauções, pelos juristas em geral”¹⁰⁹. E Gomes conclui seu estudo afirmando que “As *limitações*, os *vínculos*, os *ônus* e a própria *relativização* do direito de propriedade constituem dados autônomos que atestam suas transformações no direito contemporâneo, mas que não consubstanciam um princípio geral que domine a nova *função do direito* com reflexos na sua estrutura e no seu significado e que seja a razão pela qual se assegura ao proprietário a titularidade

¹⁰⁸ E. B. PASUKANIS, *A teoria geral do direito e o marxismo*, p. 69.

¹⁰⁹ Orlando GOMES, “Função social da propriedade”, p. 425.

do *domínio*”¹¹⁰. Inevitavelmente, este caminho levou Orlando Gomes a fazer eco a algumas afirmações de Pasukanis, quanto à *hipocrisia* da função social.¹¹¹

2.4. leituras da função social da propriedade

Nos quadrantes da dogmática jurídica, as interpretações dadas à função social da propriedade – e aos institutos que a ela se vinculam – não são menos variadas. Discute-se o caráter das normas constitucionais em que é prevista a funcionalização da propriedade; o sentido que elas têm no conjunto da Constituição; a relação entre as citadas normas constitucionais e a legislação infraconstitucional; qual a regulamentação constitucionalmente correta para os referidos dispositivos, e assim por diante.

Pelo caráter progressista da função social da propriedade, não há tanta importância em refletir sobre as interpretações que tentam *inutilizá-la* (dogmatizando-a ao extremo, ou seja, cortando completamente seus vínculos com a realidade)¹¹² quanto há nas que se esforçam em buscar sua realização concreta. É nestas que se encontram em efervescência os conflitos que o direito enfrenta para transformar a realidade.

É nesta linha que se depara com a idéia de que a propriedade agora é função social, ou ainda, *propriedade-função social*¹¹³. Eros Roberto Grau, por exemplo, afirma que “O princípio da *função social da propriedade* [...] passa a integrar o conceito jurídico-positivo de *propriedade* [...], de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade”¹¹⁴. E esta não é, de modo algum, uma posição isolada.

Estão de acordo diversos estudiosos do direito civil, agrário e constitucional que “A ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”¹¹⁵. A partir desta convicção, tem sido construído

¹¹⁰ Orlando GOMES, “Função social da propriedade”, p. 425.

¹¹¹ “Se não chega a ser uma *mentira convencional*, é um conceito ancilar do regime capitalista, por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula *função social*, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois ‘mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística’. É que *legitima o lucro*, ao configurar a actividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua *privada*, isto é, exclusiva e transmissível livremente. Do facto de poder ser *desapropriada* com maior facilidade e de poder ser *nacionalizada* com maior desenvoltura não resulta que a sua substância se estaria deteriorando” – Orlando GOMES, “Função social da propriedade”, pp. 425-427.

¹¹² Por todos, o já citado exemplo de José Luiz de Los Mozos, *El derecho de propiedad*.

¹¹³ Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 215.

¹¹⁴ Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 214.

¹¹⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 229. E ainda: “Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social

um conjunto de interpretações *da e a partir da* função social da propriedade que impressiona não só pela qualidade, mas pelo engajamento que empenha na ampliação das possibilidades jurídicas a fim de reduzir as desigualdades sociais.¹¹⁶

Tais interpretações espalham o sentido da funcionalização por diversos setores do ordenamento que sejam correlatos à problemática da reforma agrária, revendo à luz da Constituição – ou seja, subordinando-as aos objetivos constitucionais do Estado – práticas jurídicas que tradicionalmente se fazem à margem das disposições constitucionais, negando-lhes, ademais, eficácia concreta. Desse modo, empenham-se em desvincular os *movimentos sociais* da imagem de *quadrilhas*, em diferenciar as figuras da *ocupação de terra improdutiva* e do *esbulho possessório*, e, assim por diante, até impedir a criminalização das ações que objetivam a reforma constitucionalmente prevista.

Noutras palavras, a função social da propriedade é tomada como princípio orientador para a interpretação da constituição e da legislação infraconstitucional. Segundo Pietro Perlingieri, “A função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais. A função social é operante também à falta de uma expressa disposição que a ela faça referência”.¹¹⁷

Justamente por essa razão, por ser critério de interpretação e, assim, também dependente, por sua vez, de interpretação, é que a função social da propriedade, como, ademais, todo e qualquer princípio constitucional, é muito vaga. O que vai torná-la mais ou menos vaga, o que vai fazer com que ela seja concretizada de uma ou outra maneira, é o sentido que se atribua a ela na sociedade em questão. Depende, como já foi dito, de uma profunda mudança cultural, axiológica, numa palavra: ideológica. Tal mudança, de certo modo, como demonstram os juristas citados, já pode ser identificada no texto constitucional, mas sua

assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada, mas torna-se ‘a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito’, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular” – ob. cit., p. 226.

¹¹⁶ Obras que aqui serão bastante citadas – como *A questão agrária e a justiça* e *Questões Agrárias*, organizadas por Juvelino José STROZAKE; *O direito agrário em debate*, organizada por Domingos Sávio Dresch da SILVEIRA e Flávio Sant’Anna XAVIER; e *Introdução crítica ao direito agrário*, organizada por Mônica Castagna MOLINA dentro do projeto “O direito achado na rua” – dão a impressão de que a literatura jurídica no Brasil está muito melhor do que, no geral, realmente se encontra.

¹¹⁷ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 227.

interpretação vai ser determinada pela ideologia hegemônica nesta sociedade. E, como afirma Paolo Grossi, a propriedade é “mentalidade profunda”.

Reverberando a afirmação de Grossi, a teoria sobre a função social da propriedade no Brasil reconhece nos “operadores do direito” que “o conceito absoluto de propriedade, a que em geral prestam culto, persiste apenas como uma projeção mental”¹¹⁸. Entretanto, não se dá, a seguir, o devido valor a tal *projeção mental*, considerando-a muito mais superficial do que, de fato, é, ao entender que a propriedade *absoluta* não guarda “relação com a realidade social”, tampouco é “funcional no sistema”. Somente é possível concordar com tal afirmação se se projetar – como projetam diversos autores – uma *sociedade futura melhor que a atual*, mas o fato é que a aplicação de tais princípios será tanto mais útil (justamente para esse futuro melhor) quanto mais for consciente das profundas limitações presentes, ou seja, da grave discrepância entre texto e realidade.

A crença excessiva no poder transformador do direito pode, às vezes, ser exatamente um fator contrário, de diminuição deste poder¹¹⁹. Deve-se lembrar, a propósito, que “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”¹²⁰ – e muito menos recortado da realidade, distante das suas múltiplas determinações, obstáculos e limitações.

O otimismo com o poder transformador do direito consagrou, quanto à função social da propriedade, a visão de que “a riqueza advém da sociedade e, portanto, há de ter uma função social, o que é alcançável no sistema jurídico atual, na medida em que o conteúdo normativo dessa função social é jurídico e não meramente moral”¹²¹. Mas, diante disso, diversas perguntas se apresentam: é possível a riqueza, enquanto riqueza *proprietary*, ter uma função social? Simplesmente por meio do “sistema jurídico atual” é possível submeter a riqueza a tal função? Ter conteúdo jurídico, e não moral, deixa a norma mais forte diante da realidade? E existe, de fato, na tão intrincada questão da propriedade privada, entre outras, esse corte tão claro entre o *jurídico* e o *moral*?

São dúvidas que assaltam – e devem assaltar – o intérprete da função social da propriedade, principalmente aquele que pretenda concretizá-la, tirando proveito de sua

¹¹⁸ Domingos Sávio Dresch da Silveira, “A propriedade agrária e suas funções sociais”, in Domingos Sávio Dresch da SILVEIRA e Flávio Sant’Anna XAVIER (orgs.), *O direito agrário em debate*, p. 11.

¹¹⁹ Fala-se, até mesmo, alegórica mas sintomaticamente, em caráter *sagrado* da função social: “Ouve-se, com grande frequência, que a propriedade não é mais um direito absoluto. Tal afirmação costuma preceder, sobretudo, argumentações doutrinárias ou jurisprudenciais que pretendem com-ferir, contraditoriamente, proteção absoluta à propriedade. Talvez seja o momento de se afirmar o contrário. *A propriedade tem algo de absoluto*. Algo de sagrado. E o sagrado (o que move as montanhas, como quer o poeta), o absoluto da propriedade é a sua função social, que constitui, em síntese, o seu perfil constitucional” – *idem*, p. 13.

¹²⁰ Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 40.

¹²¹ Ricardo ARONNE, *Propriedade e domínio*, p. 206.

característica ambigüidade, pois, como afirma Pietro Barcellona, “se si tiene presente che il riconoscimento della proprietà privata e del principio proprietario equivale al riconoscimento del carattere privato del processo di produzione e di consumo; e se si tiene presente ancora la connessione, già illustrata nei suoi termini essenziali, tra proprietà, potere di impresa e mercato, appare chiaro quali siano i termini di riferimento reali della funzione sociale e quest’ultima appare nella sua reale ‘ambiguità’”.¹²² Afinal, “Rispetto alla proprietà della terra, dunque, la funzione sociale assume un significato solo *apparentemente* in contrasto con la logica del principio proprietario”.¹²³

A realidade, contrária em quase todos os aspectos, não permite conclusões pacíficas do tipo: “como a funcionalização da propriedade é o esforço sistêmico de despatrimonialização do estatuto proprietário, longe do conteúdo teleológico do sistema jurídico vigente repousa a concepção clássica civilista, ainda arraigada nos direitos reais”¹²⁴. A alteração profunda da realidade para que aponta a função social da propriedade requer também uma alteração profunda na teoria que a defende. Por exemplo:

“A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito de uma ampla reforma de ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista. Todavia, os civilistas não se deram conta de tais modificações em toda a sua amplitude, mantendo-se condicionados à disciplina da propriedade pré-vigente. Uma confirmação dessa constatação obtém-se do exame dos manuais, cujas novas edições, após 1988, não trouxeram alterações substanciais. Os autores limitaram-se a incluir nos antigos textos mudanças pontuais ou supressões de simples preceitos não recebidos pela Constituição”.¹²⁵

A não ser que se tome como irônica a afirmação de que “os civilistas não se deram conta”, é necessário objetar a tal interpretação as razões ideológicas para o fato de a Constituição não ser devidamente considerada pelo direito civil, porque não há dúvida de que *os civilistas se deram conta* das modificações (as obras aqui referidas são, ademais, bastante conhecidas e, se o tema da *constitucionalização do direito civil* é recente no Brasil, grandes

¹²² Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, p. 291. (tradução livre: “se se tem presente que o reconhecimento da propriedade privada e do princípio proprietário equivale ao reconhecimento do caráter privado do processo de produção e de consumo; e se se tem presente ainda a conexão, já demonstrada em seus termos essenciais, entre proprietário, poder de empresa e mercado, revela-se claramente quais são os termos reais de referência da função social e esta revela a sua real ‘ambigüidade’”).

¹²³ Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, p. 296. (tradução livre: “Quanto à propriedade da terra, portanto, a função social assume um significado aparentemente em contraste com a lógica do princípio proprietário”).

¹²⁴ Ricardo ARONNE, *Propriedade e domínio*, p. 55.

¹²⁵ Gustavo TEPEDINO, “Contornos constitucionais da propriedade privada”, in *Temas de direito civil*, p. 268.

civilistas europeus já se dedicavam a ele há mais de meio século, pelo menos), mas, outra vez citando Grossi, se a propriedade é “mentalidade profunda” para toda a sociedade, mais profunda se apresenta nos manuais de direito civil¹²⁶, limitados, em regra, pelo que Jacques Távora Alfonsin chamou de “hermenêutica patrimonialista e privatista”.¹²⁷

O que se afirma é que, segundo a Constituição, o proprietário *pode não mais ser* o “árbitro absoluto”¹²⁸ do uso de sua(s) propriedade(s), mas para que isto se concretize, para que de *possibilidade* venha a ser *realidade*, deve enfrentar um emaranhado de fatores, contra os quais, normalmente, a legislação é frágil se não convergirem outros “elementos da realidade política”, como na lição de Konrad Hesse.

É indispensável, portanto, que o intérprete reconheça que “A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, co-

¹²⁶ “No ensino de direito a doutrina serve aos fins de manutenção do discurso proprietário à medida que, reconhecendo-se a propriedade como problema jurídico, abandonam-se diálogos com outras disciplinas e saberes. Mais: a juridicização da sociedade moderna leva à idéia que todos os problemas – sociais, políticos e econômicos – podem ser solucionados pelo direito, mais especialmente pelo direito positivo. O absoluto legalismo é a solução para todas as panacéias. Assim, diante da questão fundiária nacional, basta ao acadêmico compreender o que o direito positivo diz, e estará presente a solução” – Eroulths CORTIANO JUNIOR, *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, p. 255.

¹²⁷ “O que se está sugerindo é que a ineficácia histórica da função social da propriedade pode estar presa àquela hermenêutica patrimonialista e privatista do direito que, ao tentar tirar desse princípio constitucional os seus efeitos, *apropria* a função à propriedade (função *da* propriedade...), numa relação de pertinência que, no fundo, somente pode ser cobrada do titular da propriedade, segundo o arbítrio dele próprio... A atribuição de eficácia desse direito ‘*contra todos*’, interrompe o trabalho hermenêutico do intérprete na conjunção ‘*contra*’ e deixa de ver que a sujeição passiva de ‘*todos*’ tem uma extensão subjetiva universal e indeterminada na qual, justamente, preenche-se todo o sentido do ‘social’” – Jacques Távora Alfonsin, “A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 21.

¹²⁸ “il soggetto dovrà rendere conto dell’uso del bene, perché l’attribuzione è condizionata alla realizzazione delle funzioni, dei fini che sono assegnati a ciascuno nell’ambito della collettività. La funzione sociale della proprietà si rifletterebbe, quindi, sulla determinazione dei comportamenti possibili; il proprietario non può essere considerato arbitro assoluto delle scelte relative alla utilizzazione del bene; egli può esercitare in qualche misura la sua autonomia non tra un numero indefinito di possibilità, ma all’interno di una serie definita di possibilità. Fra tutti i comportamenti che il proprietario può astrattamente tenere, è da considerare meritevole e legittimo quello che, oltre a realizzare il suo interesse, realizza contemporaneamente le esigenze di socialità indicate dalla Costituzione. Il proprietario può scegliere tra i vari usi del bene, può perseguire in questa scelta il proprio interesse, ma fra i vari moduli di utilizzazione del bene è protetto soltanto quello che contemporaneamente sia socialmente accettabile” – Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, p. 300. (tradução livre: “o indivíduo deverá prestar conta do uso do bem, porque a atribuição é condicionada à realização das funções, dos fins que são determinados a cada um no âmbito da coletividade. A função social da propriedade repercute, ainda, sobre a especificação dos comportamentos possíveis; o proprietário não pode ser considerado árbitro absoluto das decisões relativas à utilização do bem; ele pode exercer em qualquer medida a sua autonomia não entre um número indefinido de possibilidades, mas dentro de uma série definida de possibilidades. Entre todos os comportamentos que o proprietário pode abstratamente ter, considera-se meritório e legítimo aquele que, além de realizar o seu interesse, realiza ao mesmo tempo as exigências de socialidade indicadas na Constituição. O proprietário pode escolher entre os vários usos do bem, pode perseguir nesta escolha seu próprio interesse, mas entre as várias formas de utilização do bem é garantida apenas aquela que ao mesmo tempo seja socialmente aceitável”).

mo exercida dentro do interesse geral”¹²⁹. Conhecendo a realidade do instituto no seu contexto normativo, bem como a realidade social, o direito se fortalece.

No capitalismo, não se pode esquecer, “a propriedade é o grande campo de batalha” entre “os que têm e os que não têm”, como previu Tocqueville ao analisar a democracia na América¹³⁰. Então, a “vida” da função social da propriedade não foi, não é, nem será fácil. No caso rural, sobretudo, em que a função social da propriedade é um capítulo da *luta pela terra*, que caracteriza a humanidade desde as eras mais remotas, a concretização do princípio enfrenta desafios cada vez maiores e mais perversos.

Na própria Constituição brasileira, aliás, já está o primeiro desafio da funcionalização da propriedade rural. Por mais absurdo que pareça, a Constituição de 1988 foi promulgada com um artigo afirmando que será objeto de desapropriação, para fins de reforma agrária, a propriedade que não cumpra sua função social (art. 184) e outro, em seguida, que exclui da desapropriação a “propriedade produtiva” (art. 185, II).

Aparentemente, não há qualquer antinomia aí, tampouco há dúvida de que produtiva é apenas aquela propriedade que cumpre a função social detalhada no art. 186 da mesma Constituição. Ou seja, as duas normas poderiam conviver tranquilamente. Mas não é bem assim. Por obra do dogmatismo jurídico, a serviço da ideologia dominante, há autores e, o que é pior, há juízes que consideram tais artigos como autônomos e admitem critérios de produtividade outros que não os previstos na própria Constituição!

Carlos Frederico Marés, tratando do tema, vai direto ao ponto:

“O artigo 185 dispõe que o imóvel que seja produtivo é insuscetível de desapropriação, isto tem sido interpretado como: mesmo que não cumpra a função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, o que inverte toda a lógica do sistema constitucional [...] É verdade que apesar da habilidade dos autores, estas armadilhas não teriam êxito, e até seriam toscas, não estivesse coerente com a ideologia dominante”.¹³¹

À produtividade no sentido da função social (aproveitamento racional e adequado, respeito ao meio ambiente, à legislação trabalhista e ao bem-estar dos funcionários) opõe-se uma produtividade em sentido estritamente econômico, ou seja, especulativo (valorização da propriedade), de modo a dar sentido próprio ao art. 185, independente da função social e, mais, mesmo contra a função social. Como diz José Afonso da Silva, comentando

¹²⁹ Gilberto BERCOVICI, *Constituição econômica e desenvolvimento*, p. 147.

¹³⁰ Citado em Stefano RODOTÀ, *Il terribile diritto*, pp. 189-190.

¹³¹ Carlos Frederico MARÉS, *A função social da terra*, p. 119.

referido artigo, “A produtividade é um elemento da função social da propriedade rural. Não basta, porém, ser produtiva para que ela seja tida como cumpridora do princípio. Se ela produz, mas de modo irracional, inadequado, descumprindo a legislação trabalhista em relação a seus trabalhadores, evidentemente que está longe de atender à sua função social”¹³². Contudo, ver suscitado um debate a este respeito, por si só, já deve ser motivo de preocupação para quem defende a reforma agrária, pois a interpretação no sentido da produtividade *sem função social* certamente interessa mais de perto às classes proprietárias, que sempre são efetivamente *mais representadas* nos “três poderes”.

A importância das barreiras ideológicas que a concretização constitucional enfrenta não pode ser subestimada. Por mais auspicioso que seja ver, na geração atual da teoria jurídica brasileira, um esforço para que “não se interprete a Constituição em tiras” (Grau), a fim de subsidiar ao menos teoricamente aquela concretização dentro dos “objetivos da República” (CF, art. 3.º), não é – e nunca foi – pequena a força da *mentalidade proprietária* por meio do Legislativo, do Judiciário e do Executivo, inclusive de órgãos relacionados à reforma agrária (e também ministérios públicos e polícias). E, sem dúvida, também em outras esferas igualmente estratégicas (imprensa, universidades etc.).

É desse modo que se constitui uma “segurança jurídica” muito mais forte e efetiva do que a garantida na lei (ademaís, é esta “segurança jurídica” *fora da lei* que garante a “segurança jurídica” *dentro da lei*). Uma “segurança jurídica” que pode advir (e advém) da providencial inércia do Legislativo em regulamentar a Constituição; da morosidade e do conservadorismo judiciários; do emperramento burocrático no Executivo; e, até mesmo, da apatia social diante de seus problemas. E se, por acaso, aparecer um juiz como o citado

¹³² José Afonso da SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, p. 747. Assim, a opinião de Gustavo TEPEDINO: “Afirmou-se que tal dispositivo constituiria um grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação, em favor dos proprietários rurais e dos latifundiários, da tutela constitucional contra a desapropriação desde que a propriedade se apresentasse acrescida de qualquer forma de produtividade.

‘À luz, todavia, dos princípios constitucionais e ‘dos objetivos da República’, a objeção não colhe. A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos – constitucionalmente estabelecidos – da República. Em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária” – “Contornos constitucionais da propriedade privada”, in *Temas de direito civil*, p. 274.

Dengucho, que subverta essa *previsibilidade*, ou a sociedade se movimente mais do que o *previsível*, surgem soluções que retomam o sentido da *ordem*¹³³.

É por conta dessa *previsibilidade* quanto à (não) concretização que as constituições e leis podem existir como “álibi”, como “programas” quase revolucionários, como “simbólico”, e outras formas semelhantes. Exemplo disso é que o momento histórico em que se editou, no Brasil, a legislação mais favorável à reforma agrária foi justamente quando ela não tinha chances de ocorrer – o regime militar dos anos 1960-80:

“A ditadura militar instalada então assumiu e incorporou ao Estatuto da Terra todas as bandeiras do trabalhador na luta pela Reforma Agrária. Não evidentemente para realizá-las, mas para, congelando-as numa lei que nunca seria executada, imobilizar e desorganizar a luta. O Estatuto deu adequado tratamento jurídico à questão agrária, criando mecanismos importantes como indenização em títulos da dívida pública e prazo longo e o rito sumaríssimo, mas transferiu para controle militar, a cargo do Exército, a prevenção dos eventuais enfrentamentos. Enquanto se integrava à legislação, que não saiu do papel, o tratamento do processo de Reforma Agrária impedia, algumas vezes duramente, que na prática se realizasse. Além dessa característica limitativa da ação política, o Estatuto transformou-se em mero instrumento de remoção de eventuais conflitos no campo. Mas os conflitos ocorriam e a violência contra os trabalhadores redobrava”.¹³⁴

O conhecimento desta experiência deve fazer parte da análise da função social da propriedade mesmo sob governos democráticos, pois a lógica da repressão violenta aos movimentos sociais, somada agora à de assentamentos na medida dos conflitos no campo, ainda está mantida. Não se trata, portanto, ontem como hoje, de reforma agrária, mas de política de assentamentos. Como afirmam Ivo Lesbaupin e Adhemar Mineiro, “o mapa dos assentamentos [...] recobre a geografia dos conflitos: onde o movimento social se manifesta, onde há luta pela terra, é aí que se dão mais de 90% dos assentamentos. Não é a realiza-

¹³³ Não é demais lembrar que, atualmente, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei, resultado de CPMI em que houve forte influência latifundiária, para considerar as “invasões de terra” como “atos terroristas” e para aplicar à hipótese as previsões da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).

¹³⁴ Miguel Lanzellotti Baldez, “A terra no campo: a questão agrária”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 99. No mesmo sentido: “Mesmo após o golpe militar, pode-se verificar uma continuidade de esforços no sentido de absorver as demandas que emergiram das lutas no pré-64, trazendo para a esfera institucional a regulação da luta pela terra. Referimo-nos especificamente à aprovação do Estatuto da Terra, que regulamentava as condições e as possibilidades de acesso à terra, desapropriações etc.

‘No entanto, não só o Estatuto da Terra não foi aplicado na sua face desapropriatória como recrudescceu a repressão sobre os trabalhadores. Ou seja, apesar da continuidade das tensões sociais no campo, da existência de mecanismos institucionais para enquadrá-las e da necessidade sempre reafirmada de reconhecimento político dos conflitos, na maior parte dos casos as lutas pela terra continuaram a ser resolvidas na esfera privada, tendo por coadjuvante, em diversos momentos, instâncias do poder de Estado, como é o caso das polícias” – Leonilde Sérvolo de Medeiros, “Dimensões políticas da violência no campo”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 192.

ção de um programa de reforma agrária, que visaria oferecer terra e condições para as famílias trabalharem e viverem. O que está em ação é um processo de resolução de conflitos”¹³⁵. Portanto, daí já se percebe que as mudanças na ordem latifundiária não seguem exatamente *da Constituição para a terra*, mas, antes, em sentido contrário. Não se despreze, contudo, a importância da legitimação constitucional para as reivindicações.

Sem dúvida, é fundamental para os movimentos que lutam pela reforma agrária que a Constituição determine, mesmo imprecisa ou contraditoriamente, o “programa” para sua realização, *relativizando*¹³⁶, também, o direito de propriedade com o princípio da função social. Obviamente, ainda que se considere que a *supressão verbal* impede a *supressão real* (Pasukanis), se não houvesse a *margem de manobra* da Constituição atual para um mínimo de organização política para as reivindicações sociais, é de se crer que esta outra *supressão verbal* (da reforma agrária do texto constitucional) implicaria a *supressão real* da luta organizada, que sucumbiria sob as tipificações penais de costume.

Não é à toa que a função social da propriedade, com seu sentido propulsor da reforma agrária, foi um dos temas mais controvertidos da constituinte dos anos 1980. Neste sentido, vale lembrar a atuação da *bancada ruralista*, dedicada a injetar o “vírus da ineficácia em cada afirmação” (como o citado art. 185, II):

“Quando a Constituição foi escrita, porém, os chamados ruralistas, nome gentil dado aos latifundiários, foram construindo dificuldades no texto constitucional para que ele não pudesse ser aplicado. Como não podiam desaproveitar claramente o texto cidadão, ardiloso e habilmente introduziram senões, imprecisões, exceções que, contando com a interpretação dos Juizes, Tribunais e do próprio Poder Executivo, fariam do texto letra morta, transportando a esperança anunciada na Constituição para o velho enfrentamento diário das classes dominadas, onde a lei sempre é contra”.¹³⁷

2.5. a questão agrária no Brasil

Há algumas décadas, no seu clássico *Quatro séculos de latifúndio*, Alberto Passos de Guimarães descrevia a situação do campo brasileiro nestes termos:

¹³⁵ Ivo LESPAUBIN e Adhemar MINEIRO, *O desmonte da nação em dados*, pp. 51-52.

¹³⁶ “Essa espécie de relativização do direito de propriedade imobiliária, entretanto, ao contrário do que pode parecer, não implicou qualquer enfraquecimento da propriedade privada. Antes a reforçou, chamando atenção para a importância do seu exercício pleno e adequado, útil que é não apenas para o seu titular como para toda a sociedade” – Leandro Paulsen, “O direito de propriedade e os limites à desapropriação”, in Domingos Sávio Dresch da SILVEIRA e Flávio Sant’Anna XAVIER (orgs.), *O direito agrário em debate*, p. 133.

¹³⁷ Carlos Frederico MARÉS, *A função social da terra*, p. 118.

“No Brasil dos dias em que vivemos, o processo de desenvolvimento intensivo da agricultura não foi iniciado em larga escala, as mudanças na estrutura da propriedade ainda não se fazem em ritmo acelerado, o sistema latifundiário mantém rigidamente sua ordem de valores, as relações de trabalho, mesmo quando sua aparência se assemelhe às relações do tipo capitalista, guardam em geral no seu conteúdo as marcas de feudalismo e de escravismo. Por tôdas essas razões, as remunerações rurais são ínfimas e vis; e de tal modo ínfimas e vis que, na maioria das vezes, se uma máquina moderna pode fazer o trabalho de vinte ou trinta homens, ainda assim sai mais barato remunerar vinte ou trinta homens do que custear o trabalho dessa máquina”.¹³⁸

De lá para cá, os diagnósticos não são muito mais positivos. “Hoje somos o país com o segundo maior índice de concentração de terras do mundo. Perdemos apenas para o Paraguai”¹³⁹. Os estudiosos da questão agrária demonstram a continuidade entre o processo de formação do país, com a distribuição de terras a partir de Portugal, e o atual quadro de concentração fundiária. Desde então, a lógica do “mudar para manter” rege a propriedade de terras no país, e assim se passaram cinco séculos de manobras para sustentar a situação latifundiária, alternando-se entre soluções mais ou menos violentas.

Em linha de síntese, pode-se afirmar que tal lógica começa com o regime de sesmarias, quando a Coroa precisa mudar a forma de administração de suas terras além-mar para manter o poder sobre elas. Depois, os próprios capitães precisam mudar o modo de administrar suas terras, bem maiores, também, do que poderiam cuidar. Daí em diante começa o processo de repartição das terras entre seus parentes e parceiros políticos, também para mantê-las sob controle. Mas é no início do século XIX que se agravam as questões territoriais brasileiras, com o avanço da exploração agrária dissociado de um regime jurídico específico para garantir as propriedades. Começa, então, o debate político que redundaria na Lei de Terras, de 1850, por meio da qual, mais uma vez, se operava a manutenção das terras nas mesmas poucas mãos. E posteriormente foi por meio de alterações legislativas, sempre respaldadas em relações concretas de poder e pelo uso da violência diretamente pelos grandes proprietários ou indiretamente através dos aparelhos estatais, sob seu domínio, que se manteve a concentração fundiária no Brasil.

É dentro dessa mesma lógica que surge o Estatuto da Terra, já em 1964, “um instrumento estratégico e contraditório para controlar as lutas sociais, desarticulando os conflitos

¹³⁸ Alberto Passos GUIMARÃES, *Quatro séculos de latifúndio*, p. 249.

¹³⁹ Bernardo Mançano Fernandes, “O MST no contexto da formação camponesa no Brasil”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 28.

por terra, porque tinha um projeto de reforma agrária como argumento para resolver os conflitos fundiários, mas, como esse projeto não se realizava, a luta pela terra se intensificava”¹⁴⁰. Neste momento, aliás, já havia entrado em campo outro fator, o interesse do capital estrangeiro pelas terras brasileiras, que, ao invés de mudar a situação, foi determinante para mantê-la no essencial, como relata Alberto Passos de Guimarães:

“Agora, o poder latifundiário conta com forças novas que não são mais nacionais mas estrangeiras, desde que, como sinal dos tempos, foram abertas tôdas as facilidades à aquisição, por emprêsas dedicadas à especulação internacional, de faixas imensas de nosso território agrícola. É um fato nôvo em nossa História, pois não tem nenhuma semelhança a atual corrida aos vastos latifúndios do interior brasileiro com a ocupação de lotes coloniais que se processou no século passado, decorrência da vinda para o Brasil de imigrantes europeus, que aqui se fixaram, constituíram família e cooperaram no desenvolvimento da nossa economia agrícola.

Hoje, o que se verifica é uma simples desnacionalização territorial, perigosa por todos os motivos para a nossa soberania e o futuro aproveitamento tanto do solo quanto da riqueza de nosso subsolo. [...] Essas terras, que passaram ao domínio de emprêsas norte-americanas e de outras nacionalidades, alcançam dimensões colossais, somando muitos milhões de hectares, adquiridos, em muitos casos, por meios que, segundo os primeiros resultados dos inquéritos, vão da violência (espancamento de posseiros, incêndio de suas lavouras, etc.) até a falsificação de documentos (alteração dos registros, simulação de escrituras, etc.).

O Brasil, que levou séculos exportando a fertilidade de seu solo, ao transformar em renda para a classe latifundiária o esgotamento de léguas sôbre léguas de terra, exporta agora, com a desnacionalização da propriedade agrária, o próprio domínio de seu território. E o faz da maneira mais nociva aos interesses sociais, pois permite um tipo de comércio dos imóveis rurais que, além de ser inacessível ao cultivador nativo, não tem sequer o atenuante de que é feito para aumentar a produção e a produtividade agrícola.

Tudo isso é muito mais estranho por acontecer após a promulgação da Lei do Estatuto da Terra, que se propôs a desprivilegiar o latifúndio improdutivo, que condicionou a propriedade da terra à sua função social (art. 2.º) e que restabeleceu o princípio sesmeiro da ‘cultura efetiva e da moradia habitual’ como exigência assecuratória dos ‘direitos dos legítimos possuidores de terras devolutas’ (art. 102).

Êsses e outros fatos são mais uma comprovação de que não poderá haver Reforma Agrária no Brasil enquanto as idéias das classes dominantes forem as mesmas que constituíram ou constituem os fundamentos ideológicos do sistema latifundiário”¹⁴¹.

Fácil perceber, portanto, que então já se trata da terra não mais no sentido pessoal, com *senhores*, mas sim da *terra-mercadoria*, quando o interesse produtivo é substituído,

¹⁴⁰ Bernardo Mançano Fernandes, “O MST no contexto da formação camponesa no Brasil”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 29.

¹⁴¹ Alberto Passos GUIMARÃES, *Quatro séculos de latifúndio*, pp. 238-240.

em grande parte, pelo interesse puramente especulativo. É com este quadro que os projetos de reforma agrária vão se deparar a partir do Estatuto da Terra.

Também são os estudiosos das questões agrárias que afirmam que as mudanças legais na forma de aquisição e utilização das terras não implicaram transformações substanciais na concentração fundiária. Não há uma “agonia do latifúndio”, pois “o latifúndio, como o país, também mudou, mas não perdeu sua força política. Pelo contrário, a velocidade e a natureza do processo de transformação das bases técnicas e econômicas da agricultura não tiveram correspondência nos planos social e político. A riqueza e a terra continuam concentradas – provavelmente em níveis mais extremos e perversos”.¹⁴²

2.6. o que esperar da reforma agrária

Para alguns, “A terra, o espaço mínimo onde possa trabalhar e sobreviver, é como o salário mínimo para o trabalhador rural”¹⁴³. Para outros, o intuito da reforma agrária é constituir uma “classe média rural”¹⁴⁴. Para outros, ainda, “A luta pela reforma agrária é uma luta contra o capital. A não ser compreendida dessa forma, a reforma agrária está se tornando uma arma do capital”¹⁴⁵. Nesta linha, afirma-se também que a “reforma agrária, em termos do modelo clássico, é a tradução, feita para a linguagem legal do Estado, do pacto entre as classes dominantes que garante a defesa política da forma de propriedade existente.

¹⁴² Gerson Gomes, “Reforma agrária: algumas questões atuais”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 302. O autor faz, em seguida, um relato breve da situação: “Em realidade, as cerca de 35 mil propriedades que controlam mais da metade da área em estabelecimentos representam hoje uma mescla de interesses tradicionais e modernos – dentro e fora da agricultura – cuja convergência se expressa, entre outras coisas, no peso e na atuação da bancada ruralista no Congresso. Sem mencionar: conexões entre interesses agrários tradicionais e diversas instâncias do poder local, que em parte explicam a impunidade de mandantes e executores de assassinatos de trabalhadores rurais; a ineficácia na cobrança do ITR; a escandalosa superestimação do valor das terras desapropriadas, que convertem a reforma em verdadeiro negócio agrário; a perseguição judicial a líderes do movimento camponês; e a liberdade acintosa com que operam grupos armados de/por latifundiários. Nos últimos onze anos, foram 976 os assassinatos de trabalhadores rurais, líderes sindicais, religiosos e outros ligados aos movimentos de luta pela terra, para os quais houve 57 julgamentos e apenas 12 condenações” – ob. cit., p. 302.

¹⁴³ Sérgio Sérulo da Cunha, “A nova proteção possessória”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 276.

¹⁴⁴ “A modificação da estrutura fundiária através da reforma agrária deve ser necessariamente drástica [...] O propósito político da reforma agrária é, fundamentalmente, o da estabilização das relações sociais através da modificação da estrutura fundiária e de classes na agricultura. Um de seus objetivos é a criação de uma ‘classe média’ rural, incrementando o mercado consumidor do país e reduzindo os riscos de uma profunda instabilidade social. Além disso, a reforma agrária é uma potencial fonte de geração de empregos, contribuindo para desenvolver as forças produtivas no setor agrícola, induzindo a sua modernização” – Gilberto BERCOVICI, *Constituição econômica e desenvolvimento*, p. 152.

¹⁴⁵ Bernardo Mançano Fernandes, “O MST no contexto da formação camponesa no Brasil”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 83.

Nesses termos, só existe necessidade de reforma agrária se ela for uma questão para o capital, um empecilho que o capital deve remover para se reproduzir”.¹⁴⁶

Tome este ou aquele caminho, o importante na defesa da reforma agrária é lutar contra a atmosfera cultural que a considera um “anacronismo” no século XXI, diante do *sucesso (retórico)* do modelo neoliberal. Insistir na reforma agrária, se, para alguns, pode ser alternativa teórica, para as famílias que se agregam aos movimentos sociais é questão de sobrevivência. E não há dúvida de que o passar do tempo apenas torna mais forte a necessidade de realização da reforma agrária, não como *tarefa final* para solucionar os problemas do país, mas, pelo contrário, como *tarefa inicial*.

É válido um esforço profundo de reforma agrária, redistribuindo a terra em pequenas propriedades para os próprios trabalhadores rurais, incentivando a agricultura familiar, isto é, fiscalizando, também, o cumprimento dessa outra *função social*. Se é fato que ocorrem deturpações durante o processo de assentamento (comercialização dos lotes, exploração destrutiva da natureza etc.), isto não deve servir para abandonar a reforma agrária, mas, pelo contrário, para aperfeiçoá-la. Não se apaga assim tão facilmente a *mentalidade proprietária*, que está também nos trabalhadores rurais, e, além disso, não é tarefa simples evitar que haja, entre os trabalhadores, aproveitadores:

“Há comerciantes, comerciários, profissionais liberais e outros em busca dessas terras apenas para especular, para fazer negócios. Mesmo depois do assentamento, há de haver uma fiscalização para impedir que o parceleiro transfira o lote. A inalienabilidade é decenal, mas isso não impede que o parceleiro burle a proibição. Melhor seria, em vez de conceder-se o domínio pleno, conceder-se o uso, pois mais fácil é a retomada da terra em caso de desvio de sua finalidade.

Requer o assentamento assistência técnica – correção do solo, irrigação, adubação, distribuição de sementes, de reprodutores, beneficiamento do produto, assistência financeira e creditícia e, até mesmo, ajuda quando da comercialização”.¹⁴⁷

Justamente por esta razão é que a defesa da reforma agrária deve abandonar, como pré-condição, o viés individualista que defende a transformação do assentado em proprietário, nos mesmos termos do proprietário de latifúndio. A diferença entre latifundiários e minifundiários não pode ser apenas *quantitativa*, mas *qualitativa*. A *mentalidade proprietária*, ademais, é gerada pelas relações de produção; se elas continuarem *individualistas*

¹⁴⁶ Thomas Miguel Pressburger, “A reforma inacabada”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 118:

¹⁴⁷ Fernando da Costa Tourinho Neto, “Legitimidade dos movimentos populares no estado democrático de direito – as ocupações de terra”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 186.

durante e após a reforma agrária, não demora muito para que se engendre novamente a situação latifundiária e, assim, a *desfuncionalização* da propriedade!

Bernardo Mançano Fernandes afirma que “A luta pela terra, pela propriedade da terra, a luta por um direito de propriedade diverso, não a propriedade capitalista, é a característica fundamental das experiências de resistência, construídas dia a dia pelos trabalhadores sem-terra”¹⁴⁸. Mas como seria esta propriedade “não capitalista”? Certamente, não seria aquela prevista hoje pela legislação agrária, que não mexe no tipo capitalista de propriedade vigente, mas apenas aponta para sua *redistribuição*, não mais entre *alguns*, mas entre *vários* proprietários, o que, de modo algum, vai resultar num “direito de propriedade diverso”. O que não impede, porém, que a sociedade melhore. Um pouco.

Outra razão relevante para a realização da reforma agrária está no efeito que a situação do campo exerce no território como um todo, ou seja, o efeito das relações sociais do campo sobre as relações sociais em geral¹⁴⁹. Como afirma José Carlos Garcia, “o êxodo rural sempre foi apontado como um dos grandes responsáveis pelo crescimento desordenado das grandes cidades brasileiras, pela favelização de boa parte delas, pelos índices crescentes de desemprego, pela pressão desmedida sobre a parca infra-estrutura disponível e pelo incremento dos índices de violência urbana. Seria ingenuidade acreditar que a reforma agrária poderia resolver todos esses problemas, mas é inegável que ao menos reduziria a já alta pressão sobre as grandes metrópoles brasileiras”¹⁵⁰.

Como se percebe, ao redor da reforma agrária se movimenta um sem-número de problemas sociais, políticos, econômicos, de largo alcance, que, se por ela não seriam resolvidos, ao menos sofreriam uma sensível redução dos efeitos perversos. Desse modo, a reforma agrária deveria ser destaque na agenda política nacional, mas, infelizmente, é em razão dos conflitos agrários que ela se destaca, quando há diversos outros motivos para que a sociedade, e não apenas os *sem-terra*, a reivindiquem.

Se se pensar nos requisitos constitucionais da função social da propriedade, por exemplo, é visível que eles se tornam cada vez mais urgentes. Numa cadeia de consequências mais e mais nefastas, o descumprimento da função social é uma ataque às reservas

¹⁴⁸ Bernardo Mançano Fernandes, “O MST no contexto da formação camponesa no Brasil”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 39-40.

¹⁴⁹ É de inestimável valor, neste sentido, ao estudar os problemas gerados pelo desenvolvimento tecnológico nas relações de propriedade em áreas rurais e outros aspectos da circulação do capital, a contribuição de Milton SANTOS em *Economia espacial*, com destaque para os ensaios “Planejando o subdesenvolvimento e a pobreza” (pp. 13-40), “Espaço e dominação: uma abordagem marxista” (pp. 137-164) e “A totalidade do Diabo: como as formas geográficas difundem o capital e mudam as estruturas sociais” (pp. 187-204).

¹⁵⁰ José Carlos Garcia, “O MST entre desobediência e democracia”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 161.

naturais, aos direitos humanos, aos direitos sociais, à economia nacional, ao desenvolvimento, à “segurança alimentar”, enfim, a um grande número de interesses da sociedade em geral. Dessa forma, a luta pela reforma agrária não é uma luta pela propriedade entre *sem-terra* e *com-terra*, para lembrar Tocqueville, mas uma luta de todos.

Entretanto, a tendência a que se assiste é no sentido de um desrespeito cada vez maior dos latifúndios às exigências da Constituição, até mesmo porque as grandes propriedades não são, propriamente, desestimuladas pela política constitucional de reforma agrária, o que se deve à forma generosa como são feitas as indenizações.

As propriedades que ofendem a função social são *compradas* na desapropriação, numa espécie de “contrato público de compra e venda”, que “remunera a mal usada propriedade, isto é, premia o descumprimento da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar, não o violador da norma, mas o Poder Público que resolve pôr fim à violação”¹⁵¹. Com distorções do tipo, a política de reforma agrária brasileira reside entre dois riscos: ficar travada pela incapacidade do Estado em pagar as altas indenizações ou interessar mais aos latifundiários que aos trabalhadores rurais.

¹⁵¹ Carlos Frederico MARÉS, *A função social da terra*, p. 109. No mesmo sentido: “é antijurídico atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização completa, correspondente ao valor venal do bem mais juros compensatórios, como se não tivesse havido abuso do direito de propriedade. A Constituição, aliás, tanto no art. 5.º, XXIV, quanto no art. 182, § 3.º, e no art. 184 não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em *justa* indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade, ou seja, adaptação da decisão jurídica às circunstâncias de cada caso. Ressarcir integralmente aquele que descumpra o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso” – Fabio Konder Comparato, “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, pp. 144-145.

3. A *TERRA* E O DIREITO: ASPECTOS DA LUTA

3.1. MST: um movimento para efetivar a Constituição?

“Os limites e as possibilidades do MST são limites e possibilidades da construção de uma sociedade democrática que contemple a existência dos trabalhadores camponeses”¹⁵² – esta afirmação, num texto que defende que “sem reforma agrária não há democracia”, coloca questões importantes sobre efetividade constitucional.

É amplamente reconhecido que a pressão concreta exercida pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) é o principal fator para que se verifiquem *efetivações parciais* da reforma agrária prevista pela Constituição; como diz José Afonso da Silva, “o programa aí previsto só vai saindo, a duras penas, por pressão de movimentos sociais, como o MST; mas aí é que está a relevância da normas programáticas, normas de sentido teleológico, porque apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas”¹⁵³.

Seguindo tal raciocínio, é lícito concluir que se houvesse movimentos sociais para lutar pela concretização dos programas constitucionais, como o MST luta pelo “programa” da reforma agrária, seriam maiores as chances do *país real* se aproximar do *país ideal* do texto da Constituição Federal. Mas seria possível a realização *conjunta e profunda* de todos os programas constitucionais? É claro que uma resposta mais condizente com a grandiosidade da questão depende de uma análise do conjunto da Constituição, para verificar se há uma coerência global entre seus programas, mas é possível apontar, já no exemplo da função social da propriedade como princípio econômico (CF, art, 170, III), que a Constituição serve a interesses conflitantes, até mesmo inconciliáveis.

Por várias das razões já referidas, é próprio das constituições apresentarem normas que não serão cumpridas, pois um “embate entre liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais”¹⁵⁴. Na Constituição brasileira, exemplar neste sentido, “no seu compromisso com as conquistas liberais e com

¹⁵² Bernardo Mançano Fernandes, “O papel do MST na construção da democracia”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, pp. 346-347.

¹⁵³ José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 149.

¹⁵⁴ José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 136.

um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente”¹⁵⁵.

Há diversas “soluções” para este impasse. Uma delas, bastante comum na teoria jurídica, é justamente evitar solucioná-lo, excluindo-o do seu campo de investigação. José Afonso da Silva, por exemplo, em obra influentíssima, explica que “*Aplicabilidade* significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua *eficácia social*, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica”¹⁵⁶.

Mas até que limite a *perspectiva sociológica* pode ser afastada da “ciência jurídica” sem que esta perca completamente o compromisso com a realidade? Não é demais lembrar que é justamente o direito constitucional relativo a constituições como a brasileira, em que há um certo perfil de *Estado social*, aquele “que exprime com toda força a tensão entre a norma e a realidade, entre os elementos estáticos e os elementos dinâmicos da Constituição, entre a economia de mercado e a economia dirigida, entre a liberdade e a planificação, entre o consenso e o dissenso, entre a harmonia e o conflito”¹⁵⁷. Assim, é apenas questão de *perspectiva sociológica* perquirir a *efetividade real* das normas?

O MST, contudo, parece não se abater pelo fato de que a reforma agrária está prevista em “normas constitucionais de princípio programático”, dentro da categoria das “normas constitucionais de eficácia limitada”. Mais do que isso, parece não bastar para o movimento social que a norma tenha *eficácia jurídica*, ainda mais se a esta *eficácia jurídica* não é necessário corresponder efeitos concretos, palpáveis.

A atuação dos sem-terra coloca em xeque a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, com a ocupação constante de latifúndios que descumprem a função social da propriedade. A ocupação é ação política¹⁵⁸: “ocupar esses terrenos [...] chama a atenção

¹⁵⁵ José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 136.

¹⁵⁶ José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 149.

¹⁵⁷ Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 373.

¹⁵⁸ Para um estudo detalhado do MST como ator político, atentando para as diversas repercussões das ações do movimento, ver a dissertação de Bruno Konder COMPARATO, *A ação política do MST*. Outra característica política importante para o alcance e a continuidade da ação do MST é a chamada “territorialização”, assim explicada por Bernardo Mançano Fernandes: “constitui-se da construção de um espaço de socialização política que possibilita a formação de grupos de famílias e a concretização da luta. Esse processo permite ao MST continuar a luta pela terra após a conquista da mesma. A conquista de um assentamento, que é uma fração de território, gera as condições sociopolíticas que tornam possível a formação de um novo grupo

da mídia, mobiliza o Judiciário, atrai políticos e por fim revela a situação de pessoas até então *desconsideradas*, ou melhor, *excluídas* da sociedade”¹⁵⁹.

3.2. tratamento judiciário das ocupações de terra

As ocupações de terra pelo MST não são, como é fácil imaginar, recebidas de modo pacífico. Os números dos conflitos nos campos são assustadores, tanto de mortes durante as ocupações, quanto nas desocupações e mesmo as mortes de lideranças do movimento e de ativistas ligados à causa da reforma agrária. Como diz Tarso Genro,

“Os confrontos no campo já começam a desestabilizar a paz social fundada na miséria passiva. A nova etapa já começou, por meio do acionamento *natural* de *soluções* policiais e judiciais para criminalizar o MST. Os mecanismos da justiça comum, baseados nas legislações cível e penal em vigor, são porém imprestáveis para resolver essas pendências. Eles não são simples conflitos de posse, mas verdadeiros conflitos sociais de envergadura histórica. Aplicada essa legislação de forma mecânica contra o MST, como se o movimento fosse uma simples ação de um grupo de indivíduos *contra a propriedade*, a crise no campo vai se agravar”¹⁶⁰.

O caráter tristemente profético dessas afirmações, que são recentes, tem-se confirmado. A despeito da Constituição, a prática jurídica parece ter escolhido “o caminho da Colômbia”¹⁶¹. Como afirma Marcelo Dias Varella, “Após uma ampla pesquisa ao longo da atividade judiciária em torno do Movimento dos Sem-Terra, percebe-se que as principais acusações são de crime de dano, pelas cercas e demais estruturas destruídas quando das ocupações; crime de furto, pelo desaparecimento de lascas de madeira, cercas de arame,

de famílias que continuarão as lutas pela terra e pela Reforma Agrária, e assim consecutivamente. Esse processo de conquistas produz a territorialização do MST, que significa uma sucessão de conquistas de frações do território. Por causa desse processo diferenciamos o MST, como movimento socioespacial, dos outros movimentos sociais que denominamos localizados. Os movimentos sociais localizados findam na conquista da terra. O processo de territorialização transformou o MST em um movimento nacional” – Bernardo Mançano Fernandes, “O papel do MST na construção da democracia”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 343.

¹⁵⁹ Marcelo Dias Varella, “O MST e o direito”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 161.

¹⁶⁰ Tarso Genro, “A criminalização dos sem-terra”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 223.

¹⁶¹ “Criminalizar o movimento social, jogar seus líderes na clandestinidade, fechar os olhos às milícias privadas é escolher o caminho da Colômbia. Lá, uma guerra armada de classes, que dura mais de 30 anos, tornou o país um paraíso das drogas e jogou não algumas, mas todas as propriedades na insegurança absoluta” – Tarso Genro, “A criminalização dos sem-terra”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 224.

bois e alguns outros animais; crime de usurpação, devido às ocupações de terra, e formação de quadrilha, pela reunião para o fim de cometer os crimes anteriores”¹⁶².

Em regra, este é o tratamento judiciário das ocupações de terra. A redução dos conflitos sociais à dimensão individual, noutras palavras, do direito *público* para o direito *privado*, é revelada ainda pelo fato de ser comum o deferimento de interditos possessórios¹⁶³ com base em documentação de propriedade, sem menção às exigências constitucionais. Contudo, como afirma Jacques Távora Alfonsin, tais decisões “com raríssimas exceções deixam de ter as violentíssimas execuções antecedidas de ressalvas sobre a urgência das reformas agrária e urbana, sobre o escândalo da miséria que motiva os conflitos em torno do espaço para plantar e para morar. Adiante, porém, a maioria desses julgados muda o tom. Conjunções adversativas, de que dão exemplo *mas*, *contudo*, vão abrindo caminho para uma sucessão de lembranças de artigos de lei, doutrina e jurisprudência cuja fonte histórica se encontra antes de Cristo, em pleno Direito Romano”¹⁶⁴.

A desconsideração da função social da propriedade na solução judicial dos conflitos de terra não é um fato simples. Num primeiro nível, é possível admitir que ele se deva à tímida penetração do direito agrário¹⁶⁵ na cultura jurídica nacional, tido aquele como ramo específico do direito, com princípios próprios¹⁶⁶. São relativamente poucas as obras dedicadas ao assunto e, ainda mais, são pouquíssimos os cursos de direito que dedicam uma cadeira específica para a disciplina, de modo que o direito agrário ou não é estudado ou é estudado como parte do direito civil, subordinado a seu *espírito*. Além disso, vale ressaltar

¹⁶² Marcelo Dias VARELLA, *Introdução ao direito à reforma agrária*, p. 327.

¹⁶³ “Ainda são os vetustos interditos possessórios de manutenção e reintegração (arts. 920 a 933 – Código de Processo Civil) o instrumento processual de que se vale o latifúndio para obter, sem qualquer defesa dos chamados sem-terra, a proteção judicial do imóvel rural, logrando liminarmente o mandado de reintegração ou de manutenção de sua posse, sem prévia citação dos réus. Na legislação brasileira, esta ferramenta que garante a posse remonta ao início do século XX e foi concebida para administrar e resolver conflitos possessórios de caráter individual que se estabeleciam entre ricos proprietários ou possuidores, às vezes com matiz de disputa familiar” – Antônio Jurandir Porto Rosa, “Os sem-terra e a função social da propriedade”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 285.

¹⁶⁴ Jacques Távora Alfonsin, “Apontamentos sobre alguns julgados brasileiros”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, pp. 274-275.

¹⁶⁵ “No Brasil, o Direito Agrário tem forte influência constitucional, e ‘nasceu’, de direito, através da E. C. n.º 10/64, em seu artigo 5.º, XV, *b*, e, em nível ordinário, com o surgimento da Lei n.º 4.504, de 30.XI, 1964, que criou o chamado Estatuto da Terra. Neste documento legislativo, há a consagração dos princípios gerais que caracterizam o Direito Agrário, e, pela primeira vez, se pode afirmar se tratar de verdadeiro Código Agrário em nosso país, pela pretensão de ser um diploma orgânico e destinado a normatizar as relações do mundo rural, a partir da consagração daqueles princípios e pela definição de seus institutos sob o prisma da agrariedade, do *jus proprium* da Agricultura” – Flávio Sant’Anna Xavier, “Notas sobre o instituto do imóvel rural e o direito agrário”, in Domingos Sávio Dresch da SILVEIRA e Flávio Sant’Anna XAVIER (orgs.), *O direito agrário em debate*, p. 37.

¹⁶⁶ Ler, a respeito, de Sérgio Resende de BARROS, o ensaio “Autonomia do direito agrário brasileiro”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, SP, n. 29, p. 259-278, jun. 1988.

que as “varas especializadas com competência exclusiva para questões agrárias”, previstas no artigo 126 da Constituição, praticamente não saíram do papel¹⁶⁷.

Mas, se se considerar que a função social da propriedade, por estar na Constituição como um princípio, não é aquela norma de “eficácia limitada”, refém do legislador infra-constitucional, o seu sentido prático pode ser ampliado como critério de interpretação de toda e qualquer decisão judicial relativa às ocupações de terra.

É neste sentido que têm surgido decisões judiciais que certamente surpreenderam a estimativa de “segurança jurídica” (não apenas no sentido jurídico, mas no ideológico, de que se falou nestas páginas) dos proprietários que buscaram as vias tradicionais do interdito possessório para remover de suas terras os integrantes do MST.

Desta tendência, são exemplares as seguintes decisões (excertos):

“Como estamos em sede de proteção judicial da posse, temos que, quando o inciso III do art. 282 do CPC fala em ‘fundamento jurídico’, na verdade está a se referir ao requisito da função social que a Constituição Federal (nos incisos já referidos) traz para possibilitar o exercício do direito de propriedade.

Em outras palavras, não basta afirmar na petição inicial como ‘fundamento jurídico’ apenas a propriedade. Pois, ‘jurídico’ é o ‘fundamento’ que – de acordo com a Constituição Federal – se assenta também na ‘função social da propriedade’.

Fora disso, se estará – indevidamente – sonegando, impedindo, silenciando e afastando a incidência da Constituição Federal no processo judicial.

A Constituição obriga o juiz a enfrentar, ainda que sem requerimento da parte, o tema pertinente à função social da propriedade”¹⁶⁸.

“Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia, de seus moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento.

Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças natureza.

Não seria pelo menos mais digno –e menos falaz– deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida”¹⁶⁹.

“Na lúcida manifestação de Luiz Vicente Cernicchiaro, então ministro do Superior Tribunal de Justiça, ‘as evidências estão a mostrar que não se trata de movimento para tomar propriedade alheia, mas de movimento para pressionar –

¹⁶⁷ “Este artigo pretende referir-se à justiça agrária. Seu texto, porém, demonstrando descaso com o léxico e evidente desejo de sabotar as fontes dos que almejavam uma justiça de verdade, confunde ‘fundário’ (referência a ramo) com ‘agrário’ (alusivo à espécie). Como diz o poeta chileno Vicente Huidobro, ‘el adjetivo cuando no dá vida, mata’. Dois adjetivos claudicantes, era morte certa. A justiça agrária brasileira, parida pela Constituição de 1988, estava natimorta” – Octavio Mello Alvarenga, “Justiça agrária especializada: um ideal postergado”, in Domingos Sávio Dresch da SILVEIRA e Flávio Sant’Anna XAVIER (orgs.), *O direito agrário em debate*, p. 267.

¹⁶⁸ Íntegra da decisão, em anexo, como “Decisão 3-A”. Ver comentários à decisão por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 93.

¹⁶⁹ Íntegra da decisão, em anexo, como “Decisão 1”. Ver comentários à decisão por Flávia Piovesan, “A responsabilidade social e política do poder judiciário em face dos conflitos sociais”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 2.

daí eu haver dito, expressão do direito de cidadania – a reforma agrária’ (HC n.º 5.574/SP, 6.ª T., aditamento ao voto condutor, m. v., j. 08.04.97). Afinal, preleciona o ministro Vicente Leal, ‘a Justiça não pode ser instrumento de ação política contra movimentos que se insurgem contra as desigualdades econômicas e sociais’ (STJ, HC n.º 9.896/PR, 6.ª T., v. u., j. 21.10.99)”¹⁷⁰.

No primeiro exemplo, quando o magistrado erige a função social da propriedade a princípio interpretativo do sistema, incluindo-o já entre os elementos essenciais da petição inicial pela via do “fundamento jurídico”, já se insinua a valoração que será dada à ocupação. Obviamente, o fato de ter sido incluída a disciplina constitucional da propriedade na consideração da *questão possessória* demonstra, por si só, que, no caso, o caráter *possessório* será relativizado pelo reconhecimento da superioridade dos princípios constitucionais. Tal interpretação, contudo, não decorre *do fato* desta superioridade, mas, antes, de uma *visão de mundo* específica¹⁷¹, que vai dar *sentido* ao princípio.

É importante notar que este sentido não decorre simplesmente da leitura da Constituição, do código processual etc. A opção por aplicar o princípio constitucional na hipótese é a legítima *decisão* do magistrado. É isto que fica obscurecido nos comentários que afirmam que, “na qualidade de núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade humana constitui critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema jurídico instaurado em 1988”¹⁷².

A *dignidade humana*, em si, não possui conteúdo. Ela não vai ser descoberta pura e simplesmente pela *razão*, pela *inteligência*. E vai influenciar ou não na decisão, de uma ou de outra maneira, por conta de um *interesse*, de uma *vontade*.

O importante é notar que, nos exemplos citados, há uma *decisão* – e esta *decisão* está condicionada por uma ideologia, em razão da qual o juiz opta por uma ou outra maneira de interpretar a lei¹⁷³. Daí o absurdo da crença que muitos juristas depositam na *interpre-*

¹⁷⁰ Cristiano Ávila Maronna, “Instrumento de perseguição ideológica – tribunal do júri”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 216.

¹⁷¹ Certamente, para esse magistrado os membros do MST não são todos “bandidos”, “desordeiros”, “vagabundos”, “terroristas” (para lembrar alguns dos qualificativos que recebem comumente da “opinião pública”).

¹⁷² Flávia Piovesan, “A responsabilidade social e política do poder judiciário em face dos conflitos sociais”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 5.

¹⁷³ O exemplo dos juízes, decerto, não é único. Também só pode ser explicada por uma *visão de mundo* voltada à justiça social a resolução de membros dos ministérios públicos estadual e federal, no seminário “Meio ambiente e reforma agrária”, ao buscar um sentido mais amplo e concreto para a função social da propriedade, nestes termos: “O padrão produtivo da agricultura moderna – baseado na grande propriedade, na monocultura, na agroquímica e na redução de mão-de-obra –, hegemônico no Brasil, é antidemocrático e inconstitucional. A propriedade rural que produz observando esse modelo descumpra a função social e é passível de desapropriação por interesse social, para fins de Reforma Agrária” – “Carta de Ribeirão Preto: pela reforma agrária, em defesa do meio ambiente”, 13.12.1999, in Juvelino José STROZAKE, *Questões agrárias*, p. 361.

tação pela interpretação, como simples tarefa intelectual, como uma prática capaz de levar à pretensa *única decisão correta*. Se for única, não será decisão!

Em palavras ainda mais claras, o intérprete que deixa de lado a função social da propriedade na solução dos conflitos agrários não o faz por mera inaptidão para o raciocínio jurídico ou por ignorância, mas por uma *decisão interessada*.

Se for lido por uma ideologia menos conformada aos valores do sistema e à lógica proprietária, uma ideologia voltada, por exemplo, aos valores da dignidade humana e da função social da propriedade, o texto constitucional torna insustentável as leituras civilistas e penalistas que os conflitos do campo têm recebido do judiciário. Mas esta não é a única ideologia existente e está longe de ser a hegemônica.

3.3. supremacia da Constituição ou das soluções civis-penais?

Do ponto de vista dogmático, é pacífico que a Constituição exerce supremacia sobre todo o ordenamento, inclusive sobre as normas específicas emanadas das autoridades públicas. Contudo, a observação empírica revela, em diversos setores, que a “pirâmide normativa” funciona, no real, de modo invertido, de maneira que gozam de supremacia fática (ainda que não jurídica) as decisões da ponta do ordenamento, que não necessariamente são pautadas pela constitucionalidade, mas apenas por autoridade.

Ainda é excepcional, por aqui, que “Se determinada norma cível” – e isto vale para a penal, a trabalhista etc. – “contraria um princípio constitucional, ela está revogada e portanto não deve ser aplicada. Princípios são mais fortes que leis, ainda mais quando consolidados constitucionalmente. Se uma lei infraconstitucional vai de encontro à Constituição, ela não deve ser aplicada, por isso denomina-se *infra* e não *supra*constitucional e, se está abaixo, deve respeitar a Carta Magna”¹⁷⁴. No real, o direito não é tão lógico.

Mesmo com sua extraordinária força, pouco pode fazer o MST, por exemplo, contra o fato de que “A polícia tem ocorrido prontamente, em casos de ocupação; lavradores são autuados em flagrante, presos e indiciados; estendeu-se a prática de indiciamento por formação de quadrilha, ou por desobediência”¹⁷⁵. Do mesmo modo que um cidadão muitas vezes se curva diante dos prejuízos que sofre numa relação de consumo ou por má prestação

¹⁷⁴ Marcelo Dias VARELLA, *Introdução ao direito à reforma agrária*, p. 288.

¹⁷⁵ Sérgio Sérvulo da Cunha, “A nova proteção possessória”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 254.

de serviço público, ciente de que a ação judicial, mesmo vitoriosa, será *mais um prejuízo*, os sem-terra têm sérias razões para descrever da Constituição.

Não há melhor resumo dessa situação catastrófica, para orientar o prosseguimento do estudo, do que este, da lavra de Boaventura de Sousa Santos:

“A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nestes países, enorme e os tribunais têm sido tíbios em tentar encurtá-la. Os fatores desta tibieza são muitos e variam de país para país. Entre eles podemos contar sem qualquer ordem de precedência: o conservadorismo dos magistrados, incubado em Faculdades de Direito anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; o desempenho rotinizado assente na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparada para ela; uma cultura jurídica ‘cínica’ que não leva a sério a garantia dos direitos, caldeada em largos períodos de convivência ou cumplicidade com maciças violações dos direitos constitucionalmente consagrados, inclinada a ver neles simples declarações programáticas, mais ou menos utópicas; uma organização judiciária deficiente, com carências enormes tanto em recursos técnicos e materiais; um poder judicial tutelado por um poder executivo, hostil à garantia dos direitos ou sem meios orçamentais para levar a cabo; a ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para defesa dos direitos; um direito processual hostil e antiquado”¹⁷⁶.

3.4. de que lado da cerca está o direito?

Pietro Barcellona, em rico estudo sobre a propriedade na sociedade contemporânea, identifica no direito positivo, com seu caráter contingente e arbitrário, a pressuposição da “inalcanzabilidad de la justicia como valor objetivo, como ley necesaria” acompanhada, fatalmente, da noção de que na lei reside a “única justicia posible”; assim, este direito mutável se apresenta como “el programa de la eternidad del mundo”¹⁷⁷.

A idéia do direito como *única justiça possível* – basta a conformidade com o direito positivo para alcançar a justiça; o resto é metafísica – explica as posturas formalistas, mas também lança luz sobre aspectos relevantes da presente investigação, como a distinção a ser feita entre *cumprir a função social prevista em lei* e *cumprir função social*.

A formalização da função social da propriedade no texto normativo, reduzida a tais e tais critérios, posteriormente detalhados em legislação infraconstitucional, até o nível dos regulamentos, portarias etc., por mais que pareça o contrário, é um processo de *esvazia-*

¹⁷⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, citado por Jacques Távora Alfonsin, “A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, pp. 220-221.

¹⁷⁷ Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 19.

mento e negação da função social. Quanto mais se complexifica a regulamentação do uso da propriedade (como em outros setores), mais são abertas possibilidades para um cumprimento simplesmente formal da função social da propriedade.

Noutras palavras, o que se afirma é que o sentido constitucional da função social da propriedade, seja como elemento de toda propriedade ou princípio da atividade econômica, mas sempre ligado com os objetivos da República no sentido da justiça social, com respeito à dignidade humana, visando erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades, todo este complexo se vê reduzido à aferição de *índices de produtividade*.

Pois se considera, por força da correção formal do atos que especificaram a orientação constitucional, que ali, então, reside a “justiça possível” da função social da propriedade, dificilmente reconduzível a suas amplas possibilidades originais.

O lugar do direito, portanto, é dentro da cerca. (A propósito, não é demais aventar a hipótese remota de que todos os latifúndios cumpram os índices determinados pelas autoridades competentes, de modo que se enquadrem nos critérios da função social: neste caso, não haverá qualquer desapropriação para reforma agrária.)

Mais um indicativo de que a tarefa de funcionalização da propriedade não é simples, porque “o Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza estão assentados em um paradigma liberal-individualista-normativista”¹⁷⁸, o que faz do direito, em grande parte, um *direito da propriedade*, pois “o Código Civil e o Código Penal (este exceto nos capítulos em que trata de liberdade) disciplinam fundamentalmente comportamentos que dizem respeito à propriedade. O primeiro cuida desde a capacidade de adquirir bens à sucessão *causa mortis*, sempre do ponto de vista da propriedade; o segundo, ao não proteger a liberdade, penaliza os ataques ao patrimônio”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Lenio Luiz Streck, “A constituição e o constituir da sociedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 37. Noutro ponto do mesmo estudo, afirma o autor: “No que concerne à questão da propriedade/posse da terra, o Código Civil, plenamente identificado com o liberal-individualismo e a ideologia do sujeito-de-direitos e do sujeito-proprietário-de-mercadorias, deu um passo relevante, no longínquo ano de 1916, para o processo de *acumulação e especulação de terra no Brasil*” – ob. cit., p. 39.

¹⁷⁹ Manoel Lauro Wolkmer de Castilho, “Conflito, cidadania e felicidade”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 240.

4. A TERRA E AS FUNÇÕES IDEOLÓGICAS DO DIREITO

4.1. as lições da função social da propriedade rural

*“Ma è davvero possibile muoversi in questa direzione?
O l’individualismo proprietario è la forma costitutiva,
e quindi invincibile, dell’attuale organizzazione sociale?
Io – che più passa il tempo, più sono affascinato solo dalle
formule semplici – torno a quello ce, nei suoi Souvenirs,
scriveva Alexis de Tocqueville: ‘le grand champ de bataille
sera la proprietè’. Lo è stato, e rimane tale”¹⁸⁰.*

O estudo da função social da propriedade rural, como se segue demonstrando, é um feixe de aspectos capitais da teoria jurídica. Em torno a ela, consolidaram-se algumas posições teóricas novas que enfrentam as visões mais tradicionais em seus pontos de sustentação. Para a corrente progressista, segundo Michel Mialle, “De direito, a propriedade ter-se-ia tornado quase exclusivamente uma função. Este ponto de vista é, em muito larga medida, otimista: em lugar de dissertar sobre a propriedade-função, vale mais perguntar-se qual é a função da propriedade na sociedade actual. Ora, sobre este ponto, é forçoso constatar que estamos longe de verdadeiras alterações”¹⁸¹.

Ganha muita importância pensar, portanto, qual o sentido que uma postura interpretativa de índole progressista, como a de Eros Roberto Grau, assume no conjunto de um direito como o brasileiro, numa sociedade como a brasileira. Na interpretação que o autor faz da Constituição quanto à *propriedade* e sua vinculação à *função social*, chama a atenção, de início, o cuidado com que demonstra o caminho de seu raciocínio, visando mostrar que está plenamente justificada pela Constituição sua interpretação de que a propriedade que não cumpre *função social* não pode ser objeto de *desapropriação*, mas de *perdimento do bem* (isto é, sem indenização). Vale a longa citação do autor:

“Ainda no que tange à propriedade, o tratamento conferido àquela dotada de função social é contraditório.

¹⁸⁰ Stefano RODOTÀ, *Il terribile diritto*, p. 451. (tradução livre: “Mas é verdadeiramente possível mover-se nesta direção? Ou o individualismo proprietário é a forma constitutiva, e portanto invencível, da atual organização social? Eu – que mais passa o tempo, mais sou fascinado apenas pelas fórmulas simples – volto aquilo que, nos seus Souvenirs, escreveu Alexis de Tocqueville: ‘o grande campo de batalha será a propriedade’. Assim foi, e permanece tal”).

¹⁸¹ Michel MIALLE, *Introdução crítica ao direito*, p. 168.

Deveras, esta – a *propriedade dotada de função social* – justifica-se, como vimos, pelos seus *fins*, seus *serviços*, sua *função*; é justamente sua *função* que a legitima.

Assim, se a partir deste ponto deixarmos fluir coerentemente o raciocínio, forçosamente concluiremos que **a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica**. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social. Em outros termos: já não há mais, no caso, bem que possa, juridicamente, ser objeto de direito de propriedade.

Logo – sigo pelo caminho de raciocínio, coerentemente – não há, na hipótese de propriedade que não cumpre sua função social, ‘propriedade’ desapropriável. Pois é evidente que só se pode desapropriar a propriedade; onde ela não existe, não há o que desapropriar.

Em consequência – prossigo – se, em caso como tal, o Estado ‘desapropria’ essa ‘propriedade’ (que não cumpre sua função social, repita-se), indenizando o ‘proprietário’, o pagamento dessa indenização consubstancia *pagamento indevido*, ao qual corresponderá o *enriquecimento sem causa* do ‘proprietário’.

A hipótese, se um mínimo de coerência nos for exigido, há de conduzir ao *perdimento do bem* e não a essa estranha ‘desapropriação’¹⁸².

Há vários entendimentos que apontam, de modo mais ou menos contundente, para o mesmo alvo¹⁸³: em tese, num sistema em que se afirma a supremacia da Constituição, não pode haver dúvida quanto a aplicar as disposições infraconstitucionais respeitando o que é constitucionalmente previsto, o que significa dizer, quanto à função social da propriedade, que as pretensões civilistas apoiadas na tradição liberal-individualista não podem ser aceitas numa conjuntura constitucional como a brasileira, que elege, em seu texto, uma dimensão *funcional* como elemento de garantia da propriedade.

Entretanto, já se disse que, por mais numerosos (e poderosos) que sejam os entendimentos neste sentido, ainda são poucos os avanços efetivos da reforma agrária constitucionalmente prevista. Ao contrário, o tratamento dispensado aos movimentos sociais que a

¹⁸² Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 299.

¹⁸³ De fato, o citado professor, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, não está só na sua interpretação. Gustavo Tepedino, por exemplo, em estudo escrito com Anderson Schreiber, ainda que sem chegar à *perda do bem*, aproxima-se dele: “A Constituição de 1988 cuidou de funcionalizar a propriedade a valores inerentes à pessoa humana. A mera produtividade econômica não resguarda a propriedade, se não restarem atendidos os valores extrapatrimoniais que compõem a tábua axiológica da Constituição. O latifúndio utilizado para fins especulativos, ainda que produtor de alguma riqueza, estará descumprindo sua função social, por desrespeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Não merecerá, por conseguinte, a tutela jurídica, devendo ser desapropriado, em caráter prioritário, para fins de reforma agrária” – “O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade”, in Juvelino José STROZAKE, *Questões agrárias*, p. 127. Outro exemplo é Rosalinda P. C. Rodrigues Pereira: “se os requisitos da função social da propriedade imobiliária rural foram elencados em nível constitucional, conclui-se que essa propriedade não pode mais ser regulada pela noção tradicional civilista, que não acompanha o seu aspecto sociológico, pois somente a propriedade rural que cumpre os requisitos da função social está constitucionalmente assegurada, não havendo qualquer garantia a propriedade rural que não cumpre seus requisitos” – “A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade”, na obra citada, p. 126.

exigem (isto é, exigem o cumprimento da Constituição) é policial, ou seja, restringe-se à rápida aplicação do direito penal (coroando o direito civil).

Não se alteram as características da sociedade – ainda mais um ponto tão crucial de sua amarração, como a propriedade privada – sem conflitos, sem enfrentar resistência. Há obstáculos bem concretos à reforma agrária. É claro que a previsão constitucional que a fundamenta, se não é o fator mais importante, ao menos é determinante, nos quadrantes do Estado de Direito, para que a mudança possa avançar, para que as reivindicações tenham, no mínimo, contra a resistência real, uma *possibilidade legal*.

É neste sentido que se pode dizer que “as conquistas jurídicas frente a tudo o que tende a negar as liberdades, a reprimir, a esfaimar, são altamente indispensáveis e, em todo caso, dignas de preocupar os juristas teóricos, mesmo os mais desconfiados (por suas referências teóricas) da noção de ‘direitos humanos’”¹⁸⁴.

E não há dúvida do caráter de *direitos humanos* que assume a luta pela reforma agrária, ainda mais no caso brasileiro, em que os problemas do campo integram um quadro muito mais complexo de problemas sociais. É interessante notar, a propósito, numa obra como *Il terribile diritto*, de Stefano Rodotà, que a preocupação com o uso da terra muitas vezes é voltada para os “direitos das gerações futuras” (como a propriedade sobre reservas naturais etc.), enquanto o caso brasileiro tem, em primeiro plano, as soluções de problemas urgentes relacionados à sobrevivência da “geração presente”:

“Assim, levando-se em conta o fato de que a satisfação de necessidades vitais das pessoas, como as de pão e casa, somente podem ser satisfeitas de acordo com o proveito que se pode tirar de um objeto que não tem extensão ilimitada como é o caso da terra, por exemplo, o direito de propriedade sobre tal bem vai exigir do intérprete de qualquer lei, a respeito, investigação crítica redobrada do mesmo, na exata medida em que, dependendo da extensão do espaço físico por ele titulado, existir poder capaz de inviabilizar a satisfação das ditas necessidades humanas dos não-proprietários”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Antoine Jeammaud, “Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do direito”, in Carlos Alberto PLASTINO (org.), *Crítica do direito e do estado*, p. 94. No mesmo sentido: “enquanto estivermos onde estamos, e enquanto o ‘livre desenvolvimento das individualidades’ estiver tão distante de nós como está, a realização dos direitos humanos é e permanece uma questão de alta relevância para todos os socialistas” – István MÉSZÁROS, *Filosofia, ideologia e ciência social*, p. 217.

¹⁸⁵ Jacques Távora Alfonsin, “A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *Questões agrárias*, p. 17. Neste sentido, em outro texto, o mesmo autor afirma: “Indispensável fonte de vida para as pessoas, os animais, as plantas, não deixa de ser estranho o fato de que, em véspera de se trocar de século, a maior parte da humanidade ainda esteja refém de um tipo de distribuição do espaço territorial que reconhece o ‘direito’ de uma só pessoa decidir-lhe o destino, mesmo que esse não consulte qualquer conveniência para os seus semelhantes, ou até possa lhes acarretar prejuízo e morte” – Jacques Távora Alfonsin, “A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais”, in Juvelino José STROZAKE, *A questão agrária e a justiça*, p. 219.

Desse modo, a luta pela reforma agrária não pode ser tomada como uma simples luta pela propriedade em sentido abstrato, como se o que estivesse em jogo fosse apenas *mudar a propriedade de mãos*, sem importar o *conteúdo* dessa mudança. É justamente sobre o conteúdo da mudança, da descentralização do poder sobre a terra, que a defesa da reforma agrária deve se debruçar. Pois, reduzida à esfera proprietária, sem consideração pelo caráter humanitário da reforma, o *direito do proprietário* tende a ser mais forte que o *direito do não-proprietário*, aliás, aquele será o único *direito*.

É para tentar circunscrever a questão agrária ao plano proprietário que convergem, por exemplo, as citadas tentativas de interpretação do art. 185, II da Constituição Federal, que opõem uma produtividade econômica *em sentido lato* (que inclui a mera especulação) à produtividade consubstanciada na função social¹⁸⁶. Almeja-se, até mesmo, incluir o direito de propriedade do latifundiário na categoria dos direitos humanos, ao passo que, como se verifica na lição de Fabio Konder Comparato, os latifúndios improdutivos devem ser considerados justamente como o *avesso* dos direitos humanos:

“é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, e da mais elementar evidência, que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos.

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia de liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação.

¹⁸⁶ “No entanto, não parece jurídico estender tal interpretação ao inciso II do mesmo artigo, pois tal raciocínio implicaria em considerar que este dispositivo legal tem prevalência sobre diversos direitos e garantias fundamentais instituídos pela própria Constituição. Ao permitir que a propriedade produtiva que não cumpra sua função social não seja passível de reforma agrária, haveria descon sideração do inciso XXIII do artigo 5.º, cláusula pétrea, que limita a garantia da própria propriedade somente quando cumprida a função social, propriedade produtiva ou não. No mesmo sentido, seria necessário afirmar que o art. 185, II, tem preferência sobre o art. 7.º, com todos os seus 34 incisos, que tratam dos direitos dos trabalhadores rurais, pois o proprietário que não cumpre com suas obrigações trabalhistas e, portanto, não efetiva a função social da propriedade (art. 186, III), não poderia ser punido com a desapropriação. Ainda sob a mesma ótica, teria o inciso II do artigo 185 preferência sobre o Capítulo VI, que trata do meio ambiente (art. 186, II). Um absurdo!” – Marcelo Dias VARELLA, *Introdução ao direito à reforma agrária*, p. 252.

É preciso, enfim, reconhecer que a propriedade-poder, sobre não ter a natureza de direito humano, pode ser uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos humanos alheios”.¹⁸⁷

As posições teóricas que se esforçam em encontrar alternativas, diante das mudanças do direito, para a manutenção do caráter absoluto da propriedade são justificadas, em primeiro lugar, pela própria ambigüidade das formas de relativização do direito de propriedade. O princípio da função social não subverte o sistema proprietário, pois nele é mantido o “primado da economia”, ou seja, não há “negação do mercado”¹⁸⁸; ela apenas possibilita a correção dos aspectos mais *socialmente destrutivos* do mercado.

Assim, não resta dúvida de que o cumprimento da função social da propriedade – para lembrar a distinção feita por Marx – interessa *ao capital como um todo* (ainda que possa não interessar *a alguns capitalistas individuais*, salvo nas hipóteses já citadas de indenização desapropriatória ser tão ou mais vantajosa que a comercialização ou a exploração efetiva do imóvel). Portanto, também com o exemplo fornecido pela função social, convém indagar sobre o sentido do “social” para o direito.

4.2. sentido do “social” para o direito

A Constituição brasileira utiliza o adjetivo “social” para os mais diversos fins, desde a função social da propriedade (art. 5.º, XXIII) até a ordem social (arts. 170 a 192, em que estão a seguridade, a previdência, a assistência e a comunicação sociais), passando por valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, IV), redução das desigualdades sociais (art. 3.º, III), integração social dos povos da América Latina (art. 4.º, § único), interesse social sobre inventos industriais (art. 5.º, XXIX), pena de prestação social alternativa

¹⁸⁷ Fabio Konder Comparato, “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 140.

¹⁸⁸ Para BARCELONA, “Il principio della funzione sociale, in definitiva, non si configura come strumento di sovvertimento del sistema. Esso si risolve già nel disegno costituzionale, e per il doppio significato che assume rispetto al potere di impresa e rispetto alla proprietà della terra, nella legittimazione del potere legislativo statuale *non* alla *negazione del mercato*, ma alla predisposizione di quegli strumenti di *correzione politica dell’economia*, di penetrazione della politica nell’economia, che servono a mantenere il *primato dell’economico* e a garantire la riproduzione sociale attraverso la organizzazione politica di quei bisogni o interessi che non riescono ad essere governati della logica dello scambio” – *Diritto privato e società moderna*, p. 297. (tradução livre: “O princípio da função social, em definitivo, não se configura como instrumento de subversão do sistema. Isto se revela já no projeto constitucional, e pelo duplo significado que assume quanto ao poder de empresa e quanto à propriedade da terra, na legitimação do poder legislativo estatal não à negação do mercado, mas à previsão daqueles instrumentos de correção política da economia, de penetração da política na economia, que servem para manter o primado do econômico e para garantir a reprodução social através da organização política daquelas necessidades e interesses que não podem ser governadas pela lógica do mercado”).

(art. 5º, XLVI, *d*), além de todo o capítulo dedicado aos direitos sociais (arts. 6º a 11). E os exemplos se espalham por todo o corpo da Constituição.

De comum entre eles, o principal é a ocorrência, no discurso *social* do direito, daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de “neutralização”. Para o autor, “A presença de valores no texto dogmático faz dele um discurso eminentemente persuasivo [...] Contudo, para exercer sua função persuasiva, os valores têm de ser neutralizados. Neutralização é um processo pelo qual os valores parecem perder suas características intersubjetivas na medida em que dão a impressão de valer independentemente de situações e contextos. Esta neutralização se obtém através da ideologia”¹⁸⁹.

Com este – *neutralização* – ou outro nome, importa notar que o uso do “social” no direito é, de fato, uma valoração retórica dos institutos adjetivados, sem preocupação com o sentido concreto da sociedade a que o “social” se refere. O objetivo de sua utilização, em qualquer das acepções encontradas na Constituição, é sempre ideológico.

Com base em igual levantamento dos usos do “social” na Constituição italiana, Stefano Rodotà explica que “l’uso del qualificativo sociale, senza essere contraddittorio, non è però univoco. Possono ritrovarsi tre diverse accezioni: una descrittiva, limitata cioè alla individuazione di alcuni dati obiettivi (artt. 2, 3, 29); una comprensiva del riconoscimento della necessità (e quindi del diritto) ad una più profonda integrazione dell’individuo nella società, perseguita con la previsione di misure a favore dei singoli per cui ricorrano determinate condizioni (artt. 2, 3, 4, 30, 38, 46); una, infine, come criterio di valutazione di situazioni giuridiche connesse a determinate attività economiche, delle quali sono indicati l’ambito e le eventuali forme di coordinamento (artt. 41, 42, 44, 45)”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Função social da dogmática jurídica*, p. 187.

¹⁹⁰ Stefano RODOTÀ, *Il terribile diritto*, pp. 202-203. (tradução livre: “o uso do qualificativo social, sem ser contraditório, não é porém unívoco. Podemos reconhecer três diferentes acepções: uma descritiva, isto é, limitada à individuação de alguns dados objetivos (arts. 2, 3, 29); uma compreensiva do reconhecimento da necessidade (e portanto do direito) a uma mais profunda integração do indivíduo na sociedade, perseguida com a previsão de medidas a favor das pessoas que preenchem determinadas condições (arts. 2, 3, 4, 30, 38, 46); uma, por fim, como critério de valoração de situações jurídicas conexas a determinada atividade econômica, das quais são indicadas o âmbito e eventuais formas de coordenação (arts. 41, 42, 44, 45)”). Seus exemplos: “La costituzione italiana parla dei ‘formazioni sociali’, ‘solidarietà sociale’ (art. 2); ‘dignità sociale’, ‘condizioni sociali’, ‘ostacoli di ordine sociale’, ‘organizzazione sociale’ (art. 3); ‘progresso della società’ (art. 4); ‘società naturale’ (per la famiglia, art. 29); ‘tutela sociale’ (art. 30); ‘assistenza sociale’ (art. 38); ‘utilità sociale’, ‘fini sociali’ (art. 41); ‘funzione sociale’ (della proprietà, art. 42); ‘equi rapporti sociali’ (art. 44); ‘funzione sociale’ (della cooperazione, art. 45); ‘elevazione sociale’ (art. 46); ‘legislazione...sociale’ (art. 99). Di ‘utilità generale’ e di ‘interesse generale’ si parla agli artt. 35, 42 e 43; di ‘interesse della collettività’ all’art. 32; di ‘pubblico interesse’ all’art. 82”. (tradução livre: “A constituição italiana fala de ‘formações sociais’, ‘solidariedade social’ (art. 2); ‘dignidade social’, ‘condições sociais’, ‘obstáculos de ordem social’, ‘organização social’ (art. 3); ‘progresso da sociedade’ (art. 4); ‘sociedade natural’ (para a família, art. 29); ‘tutela social’ (art. 30); ‘assistência social’ (art. 38); ‘utilidade social’, ‘fins sociais’ (art. 41); ‘função social’ (da propriedade, art. 42); ‘iguais relações sociais’ (art. 44); ‘função social’ (da

O terceiro tipo identificado pelo autor italiano, que se refere ao sentido da função social da propriedade, é justamente *critério de valoração de atividade econômica*, ou seja, o “social” da função social da propriedade é o *valor* eleito pelo constituinte para pautar a utilização da propriedade. Contudo, em razão do sentido dogmático – neutralizado – que o direito atribui ao “social”, a sua utilidade enquanto *valor* é apenas formal. E, como a “formalização [...] não se vê atingida pelos conflitos reais, o jurista, em consequência, desenvolve uma espécie de *imunidade contra a realidade*”¹⁹¹.

O *social*, portanto, é tratado no direito como uma abstração formal e, assim, distanciado da sociedade real. Contudo, se o direito, quando se propõe a ser *social* (no sentido do *bem comum*), limita-se a abstrações, por outro lado, o fato de que apresente – textualmente – o argumento social tem, sim, efeitos concretos, quando lhe dá uma aparência *socialmente engajada*, como explica Alaôr Caffê Alves:

“A consignação dos interesses gerais da sociedade, sob a forma do bem comum, é remetida diretamente ao Estado, o qual representa politicamente todos os indivíduos na qualidade de cidadãos, na precisa medida em que admite a participação formal e uniforme deles no estabelecimento das políticas governamentais, sem levar em conta, nessa representação, as respectivas posições de classe e as contradições e antagonismos delas resultantes. Entretanto, no contexto econômico-social da sociedade capitalista, o Estado não pode ser realmente compreendido como um poder imposto de fora, nem como uma expressão racional da idéia do bem comum. **Seu aparente destaque em relação à sociedade civil, encarnando ao nível de sua manifestação fenomênica o interesse geral dessa sociedade, é produto de inversão ideológica indispensável destinada a compor uma imagem de harmonia, cooperação e liberdade entre os agentes sociais**, com aparente indiferença pelas condições reais de exploração econômica das classes subalternas, formada justamente para mascarar essas mesmas condições e os antagonismos estruturais delas emergentes”¹⁹².

É este papel *invertido* que o direito – e, mais especificamente, o seu discurso *social*, *público*, *coletivo* – exerce na sociedade. As grandes propriedades rurais, que são *bens de produção*, mesmo quando submetidas ao cumprimento de *função social* constitucional, continuam gerando riqueza que é apropriada individualmente. Assim, a inversão fetichista que não pode se perpetuar é a que obscurece o fato de que o latifúndio, mesmo cumprindo

cooperação, art. 45); ‘elevação social’ (art. 46); ‘legislação...social’ (art. 99). De ‘utilidade geral’ e de ‘interesse geral’ se fala nos arts. 35, 42 e 43; de ‘interesse da coletividade’ no art. 32; de ‘interesse público’ no art. 82”.)

¹⁹¹ Tércio Sampaio FERRAZ JR., “Existe um espaço, no saber jurídico atual, para uma teoria crítica?”, in Carlos Alberto PLASTINO, *Crítica do direito e do estado*, p. 72.

¹⁹² Alaôr Caffê ALVES, *Estado e ideologia*, p. 344.

a *função social* que a Constituição lhe comina, não deixa de ser um *bem de produção* que funciona nos moldes do individualismo capitalista.

A idéia que se faz, entretanto, da função social da propriedade é de que seu cumprimento beneficia *a todos*. Sem dúvida, a propriedade que cumpre sua função social beneficia mais pessoas – e, de certo modo, a sociedade – do que um grande latifúndio improdutivo, fechado no interesse especulativo, mas isto não faz dela um *bem comum* no sentido da consideração mais profunda das reais necessidades da sociedade como um todo¹⁹³. Afinal, “o ‘interesse de todos’ é definido como o funcionamento tranquilo de uma ordem social que deixa intactos os interesses dos setores dominantes, e circunscreve as possibilidades de uma admissível mudança social a essa perspectiva”¹⁹⁴.

Constitucionalistas identificam nessa profusão do discurso social uma transição de paradigma: “o Direito moderno, notadamente no campo constitucional e processual, vem se desprendendo de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social”¹⁹⁵. Mas é necessário identificar o que há – se houver – no caráter social da Constituição que refoge, verdadeiramente, ao perfil liberal-individualista do direito¹⁹⁶.

4.3. individualismo intrínseco do direito

O direito positivo é fundado sobre elementos que se orientam por uma visão de mundo individualista, não apenas no seu conteúdo, mas na sua própria forma. Aliás, a própria idéia de direito positivo consagra uma necessidade do modelo liberal. O direito que organiza a sociedade capitalista é abstrato e, nele, “A la abstracción de la propiedad corresponde la abstracción del sujeto, y sólo esto hace posible la transformación del

¹⁹³ Sob o regime do capital, “el bien comun es el bien individual, el *proprium* del individuo, su propiedad privada” – Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 64. Contudo, no direito, a aparência é invertida: “grande parte dos comandos normativos da ordem jurídica, positivada na sociedade capitalista, normalmente encontra sua justificativa ou legitimidade na idéia expressa ou virtual do *bem comum a ser realizado*, a despeito do que venha efetivamente encaminhar e concretizar interesses exclusivamente parciais dessa sociedade” – Alaôr Caffé ALVES, *Estado e ideologia*, p. 191.

¹⁹⁴ István MÉSZÁROS, *Filosofia, ideologia e ciência social*, p. 214.

¹⁹⁵ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 135.

¹⁹⁶ “il dibattito sulla funzione sociale si è svolto in un clima di speranze e di progetti di cambiamento in cui sembrava possibile realizzare comunque il *primato della socialità sull'individualismo* e sulla logica economica – Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, p. 315. (tradução livre: “o debate sobre a função social se desenvolveu em um clima de esperança e de projetos de mudança em que parecia possível realizar, de algum modo, o primado da sociedade sobre o individualismo e sobre a lógica econômica”).

individualismo posesivo originario en una forma general de organización de la sociedad: la sociedad de los propietarios libres e iguales”¹⁹⁷.

É da natureza do direito positivo que “la diferencia sustancial entre los poseedores privados sea considerada irrelevante y carente de forma, y que, al mismo tiempo, sea pensada como la única forma de coexistencia”¹⁹⁸. Todas as pessoas são transformadas em *sujeitos de direito*, iguais em direitos e deveres, que se relacionam por meio de *suas propriedades* (as mercadorias, gênero que inclui tudo, desde a força de trabalho até a natureza)¹⁹⁹ e comparecem ao “mundo jurídico” como abstrações.

A maneira como o direito formaliza – em termos dogmáticos – as relações sociais é, em tudo, coerente com o modo de produção capitalista, pois “o direito moderno capitalista se funda na igualdade impessoal e hipotética de qualquer transação comercial e não na realidade social de cada agente concreto que se relaciona. O direito moderno é técnico porque se quer impessoal e sempre previsível; no fundo, o capitalismo se quer como lógica da reprodução econômica impessoal e previsível”²⁰⁰. É por esta correspondência que o direito, não apenas no conteúdo, mas na própria forma, corresponde ao modelo capaz de assegurar o indivíduo enquanto proprietário de mercadorias:

“Para resguardar os direitos de cada indivíduo, faz-se necessária uma limitação dos direitos dos demais. Disso se segue que são os direitos subjetivos os que permitem chegar ao Direito objetivo; este se funda, definitivamente, naqueles. O Estado não tem outro fim senão proteger e sancionar os direitos individuais de cada um; para o propósito, basta-lhe formular o Direito, assegurar a administração da justiça, organizar uma polícia eficiente, que conserve a ordem de deambulação, manter as boas relações internacionais e a segurança exterior do Estado. Não lhe é própria a ingerência nas livres atividades dos homens, salvo quando causem dano a outro ou atentem contra a segurança pública”.²⁰¹

É neste contexto que, como aponta Eduardo Novoa Monreal, “o vírus individualista corrói numerosas posições jurídicas que ninguém poderia suspeitar por ele afetadas”²⁰². De fato, por estar já na própria forma do direito positivo, a *desconsideração do real* faz com

¹⁹⁷ Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 48.

¹⁹⁸ Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 65.

¹⁹⁹ “o mundo que nos rodeia é o vasto lugar fechado que se partilha entre proprietários: a noção de propriedade aparece como atravessando absolutamente todo o nosso universo para manifestar abstractamente o ‘poder do homem sobre as coisas’” – Michel MIAILLE, *Introdução crítica ao direito*, p. 171.

²⁰⁰ Alysson Leandro MASCARO, *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, p. 44.

²⁰¹ Eduardo Novoa MONREAL, *O direito como obstáculo à transformação social*, p. 99.

²⁰² Eduardo Novoa MONREAL, *O direito como obstáculo à transformação social*, p. 102.

que as previsões sociais sucumbam ante o individualismo intrínseco às normas, que se reforça também pelo tecnicismo próprio dos “operadores do direito”.

O amplo *discurso social* e a não tão ampla *atuação social* do Estado surgem apenas porque, como diziam Marx e Engels já em 1848, “para se oprimir uma classe, é necessário assegurar-lhe condições para que possa, no mínimo, prolongar sua existência servil”²⁰³, ou, noutras palavras, porque “o individualismo (a liberdade pessoal) na esfera da sociedade civil não pode ser tão desagregador, com o aprofundamento dos interesses egoísticos, a ponto de comprometer a indispensável sociabilidade exigida na esfera da produção, tendo em vista não só a manutenção das condições de reprodução da vida material da sociedade, como também a preservação das relações específicas que permitem a exploração do trabalhador e a acumulação privada do produto social”²⁰⁴.

4.4. a sociedade entre inquietude e apatia

Quando se questiona sobre ser o MST um movimento para efetivar a Constituição e, também, sobre o destino dos programas constitucionais caso existissem movimentos sociais fortes lutando igualmente pela efetivação de seus direitos, não se pode olvidar a apatia política brasileira, a que a imensa maioria da população é constrangida por razões econômicas, educacionais, culturais, entre outras, que caracterizam a história nacional, com agravamentos severos sob os longos períodos de regime ditatorial.

Esta apatia, aliás, não só determina a “entrega” do poder político às mãos dos políticos profissionais gestados, em regra, nas classes dominantes, mas também influencia a forma desconfiada como a população observa as tentativas de organização com caráter político, desde a simples sindicalização até a realização de atos concretos, como greves, passeatas, manifestações populares em geral. A rara consciência política, numa população numerosa, é um “presente” para aqueles que se favorecem do abismo, aberto logo após as eleições, entre eleitores e eleitos, pois não há cobrança verdadeira quanto aos mandatos políticos, seja para concedê-los, seja para exercê-los.

A sociedade, na sua maioria, acaba resignada a uma situação em que não participa da ação política, tampouco compreende quem o faz, antes colocando-se do lado da *ordem*. É deste ponto de vista, portanto, que é julgado pela sociedade o MST:

²⁰³ Karl MARX e Friedrich ENGELS, *Manifesto do Partido Comunista*, p. 44.

²⁰⁴ Alaôr Caffé ALVES, *Estado e ideologia*, p. 249.

“As ‘denúncias’ relativas à politização de movimentos sociais são uma tática usual neste país marcado por um baixo índice de participação política, reforçando um certo preconceito popular contra a política. Essa tática de desmoralização articula-se com a cultura tecnocrática amplamente desenvolvida pela ditadura militar, segundo a qual a política não deve ser vista como coisa pública, e sim como questão de especialistas oficiais que dominam todas as informações e técnicas pertinentes”²⁰⁵.

Repare-se, de início, que politização da sociedade, aqui, é motivo de “denúncia”, já destacada pelo autor. E não há de ser gratuito o paralelo entre o termo criminal *denúncia* e a criminalização que o MST sofre nas suas ações políticas²⁰⁶. Não se trata de uma criminalização *pela sociedade e pelas instituições públicas*, mas de uma mesma criminalização determinada, primeiro, pelo conformismo político da sociedade e, segundo, e mais importante, pela *mentalidade proprietária* vigente na sociedade.

A *idéia* do MST enfrenta, portanto, um desafio ideológico por duas vertentes: por ser movimento social e por afrontar o caráter absoluto da propriedade. Sua força vem, na maior parte, das pessoas que se encontram na miséria causada pela concentração de terra. Em seu favor, diante da opinião pública, não conta sequer a divulgação da luta, pois a atuação da imprensa também é marcada pela ideologia proprietária:

“muito mais do que auxiliar no aumento da compreensão da sociedade brasileira e mesmo contribuir para a construção de consensos sobre medidas que venham a aplacar a profunda desigualdade social do país, essas matérias reproduzem as formas hegemônicas da sociedade – altamente vinculadas com os interesses da grande propriedade rural – associadas a uma leitura descolada da realidade das populações pobres do campo, de suas necessidades e de suas perspectivas limitadíssimas de ascensão social. Desse modo, salvo honrosas exceções, boa parte da produção jornalística brasileira colabora para a manutenção de um imaginário social impotente diante das raízes seculares da desigualdade social, centrada na

²⁰⁵ José Carlos Garcia, “O MST entre desobediência e democracia”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 149.

²⁰⁶ Não se quer afirmar, com isso, que não possam ser cometidos crimes pelos integrantes do MST, dentro ou fora do curso das ocupações. O que não se pode concordar é com a criminalização, em bloco, do movimento, começando por considerar a organização como *quadrilha*. Destaque-se, ainda, a seguinte reflexão sobre o assunto: “o importante, porém, é não confundir o ato de alguns poucos desajustados com todo um movimento legítimo e muito justo em prol da reforma agrária. Aliás, em todas as categorias laborativas – e a luta em favor da reforma agrária é um labor – existem bons e maus exemplos. Mesmo em categorias profissionais que em tese exigem um alto grau de instrução, conhecemos, por exemplo, bons e maus médicos, advogados, deputados, administradores de empresas e, por que não, sem-terra, ainda mais considerando, ao contrário daqueles, a precária formação cultural da grande maioria dos que vivem em verdadeira penúria no campo” – Roberto Delmanto Junior, “O movimento dos trabalhadores rurais sem-terra em face do direito penal”, in Juvelino José STROZAKE (org.), *A questão agrária e a justiça*, p. 317.

concentração fundiária, o que em face da abundância de terras férteis e ociosas existentes no país deveria soar como um enorme absurdo”²⁰⁷

Também é importante notar que a imprensa brasileira é fruto, inevitavelmente, da sociedade brasileira; ela não forma sua consciência em outra realidade. Ademais, ela existe no momento histórico em que “parece mais fácil imaginar o ‘fim do mundo’ que uma mudança muito mais modesta no modo de produção”²⁰⁸. E o que pretende a reforma agrária é ainda mais modesto, porque não altera o modo de produção!

4.5. a “ordem” e as reivindicações sociais

A idéia de *segurança jurídica* é tão central para o direito moderno que há autores que chegam a identificá-la, mesmo, como o objetivo precípua de todo o direito. Ainda que não se chegue a tanto, é indubitável a importância que as noções de *ordem* e *segurança* têm para que o direito consiga exercer seu papel. É função do direito que as relações sociais tenham desdobramentos previsíveis²⁰⁹ – e esta afirmação dá bem a medida de como são difíceis quaisquer realizações transformadoras da *ordem*.

É correto afirmar, portanto, que a tendência do direito é conservar as relações sociais da forma como estão, ou seja, manter o *status quo*, principalmente naquilo que ele tem de essencial, de determinante²¹⁰, e realizando – aí sim com maior mobilidade – apenas

²⁰⁷ Débora Lerrer, “O jornalismo brasileiro, a questão agrária e o imaginário”, in Caio Galvão de FRANÇA e Gerd SPAVOREK (coords.), *Assentamento em debate*, pp. 153-154.

²⁰⁸ Slavoj Žižek, “Introdução: o espectro da ideologia”, in Slavoj ŽIŽEK (org.), *Um mapa da ideologia*, p. 7.

²⁰⁹ Sobre o princípio da segurança jurídica, J. J. Gomes CANOTILHO explica: “As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos” – in *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 264.

²¹⁰ Eros Roberto GRAU aponta que “O vocábulo *ordem* porta em si, na sua rica ambigüidade, uma nota de desprezo em relação à desordem, embora esta, em verdade, não exista: a desordem é apenas, como observa Gofredo da Silva Telles Júnior, uma ordem com a qual não estamos de acordo. A defesa da ordem, desta sorte, sobretudo no campo das relações sociais e de sua regulação, envolve uma preferência pela manutenção de situações já instaladas, pela preservação de suas estruturas” – in *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 53. Neste sentido, são aqui também esclarecedoras as palavras de Nelson SALDANHA: “Na medida em que podemos representar a ordem como regularidade, podemos pensar a desordem como irregularidade, isto é, ausência de regras; portanto a primeira como previsibilidade e a segunda como imprevisibilidade” – in *Ordem e hermenêutica*, p. 32.

as alterações necessárias a manter aquela sua essência ileso em meio às pressões reais que a sociedade venha a exercer, conservando seus *valores* básicos²¹¹.

Portanto, um instituto como o da propriedade privada é cercado das mais diversas proteções, que muitas vezes são contraditórias com *políticas* em que a Constituição tenha, explícita ou implicitamente, engajado o Estado. A *função social* – ou seja, o fato de colocar em favor da sociedade a utilização da propriedade – integra uma dessas *políticas* e, assim, tem de enfrentar os rigores de um modelo que se assenta no privilégio à propriedade, com termos profundamente livres, liberais, individuais (e até *anti-sociais*).

Tem-se comprovado historicamente que o desenvolvimento do modelo liberal tem como razão e consequência a concentração da riqueza social, cujas contrapartes são o aprofundamento da miséria daqueles que participam diretamente da geração dessa riqueza (os trabalhadores em geral) e, ainda mais perversamente, a completa *desconsideração* daqueles que não podem ser absorvidos pelo sistema produtivo.

Contudo, como esta parcela é crescente e é formada de pessoas reais, que resistem a morrer, há sempre o risco, para o sistema, de que se insurjam contra a “ordem”, seja na forma das reivindicações mais ou menos pacíficas, seja por meio da criminalidade, seja pela *informalidade* que imprimem às suas relações sociais e econômicas, fugindo ao controle do Estado. Pelas dimensões que a miséria atinge, principalmente em países periféricos, é inevitável que tais fatos constituam um *problema político*.

É neste ponto que o direito e sua ideologia da “ordem” têm função estratégica, no sentido de *despolitizar* os conflitos, reduzindo-os à esfera dos conflitos pessoais. Por isso é que as ocupações de terra são *esbulhos possessórios* (por mais que proprietários e judiciário encontrem dificuldade para individualizar os réus), que os altos índices de violência devem ser solucionados com o aumento das penas, que movimentos sociais devem ser tratados como quadrilhas, e assim por diante, mediante *juridificação*:

“La juridificación de los problemas de la vida es un expediente táctico, una estrategia oportunista que se realiza mediante la *transferencia* de los problemas políticos (no resolubles en el terreno del enfrentamiento ni en el terreno político-legislativo) al terreno más conveniente y controlable de la jurisdicción (de la *individualización* del conflicto).

²¹¹ “A idéia de Direito, desde o pensamento clássico, sempre envolveu – tal como ocorreu com a de justiça – as noções de coordenar e subordinar, bem como as de acerto e simetria, noções que convergem para a de ordem. O Direito, em qualquer sociedade, existe junto com a política; mas existe com o sentido de completar a organização política com uma dimensão ordenadora mais flexível e mais complexa, que não se limita a dar forma às relações de poder (embora o faça) mas que as remete a um especial plexo de valores e a um peculiar sentido de sistema” – Nelson SALDANHA, *Ordem e hermenêutica*, p. 168.

La jurisdicción es uno de los ámbitos a través de los cuales el sistema social distribuye y regula el potencial del conflicto político existente en la sociedad y lo neutraliza mediante la canalización judicial: así, el conflicto político se convierte en conflicto individual y puede ser resuelto sobre la base de una regla y de un procedimiento²¹²

Com a individualização dos conflitos sociais pela lei e a neutralização dos valores sociais pela dogmática, ocorre a inversão necessária para que a “ordem” apareça aos olhos da sociedade como *o que não é*²¹³: a deformação ideológica convence a todos que nesta *despolitização* da vida social é que está o *bem comum*, ao passo que é justamente a dissimulação da dimensão política dos conflitos que mantém tanto a reprodução do sistema injusto quanto, conseqüentemente, a geração de novos conflitos.

Ressalte-se, neste sentido, quanto à ideologia, o seguinte: o importante para o metabolismo social não é tanto que as idéias dominantes sejam aceitas pela classe dominante quanto que elas sejam aceitas pelos dominados, porque são justamente estes que não se beneficiam com as situações que tal ideologia ajuda a manter e, por outro lado, poderiam se beneficiar da mudança das condições reais. Por isso é que a ideologia é preferível, para o sistema, à sustentação pura e simplesmente violenta:

“A aceitabilidade e a influência espontânea do discurso ideológico dominante, para além das camadas de seus verdadeiros beneficiários, residem exatamente em seu apelo pacificador à ‘unidade’ e aos interesses associados, desde a ‘observação das normas de objetividade’ até a descoberta do ‘equilíbrio’ certo nos necessários – mas, naturalmente, em decorrência da relação de forças predominante, via de regra, desiguais e bastante injustos – ‘ajustes recíprocos’ das forças sociais conflitantes. A necessária função aglutinadora da ideologia dominante se torna tanto mais evidente (e significativa), se nos lembrarmos de que mesmo suas variantes mais agressivas – do chauvinismo ao nazismo e às mais recentes ideologias da ‘direita radical’ – devem reivindicar a representação da maioria esmagadora da população, contra o ‘inimigo externo’, as minorias ‘eticamente inferiores’, o assim chamado ‘bando de agitadores’ que, supostamente, são a causa de greves, inquietação social e assim por diante”²¹⁴.

Entretanto, daí se depreende também que a alternativa violenta não está completamente alijada do sistema. Pelo contrário, não só a violência é utilizada quando as formas ideológicas se mostram insuficientes para manter a “ordem”, quanto ela própria é um dos

²¹² Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 77.

²¹³ “Exatamente porque *aparece como o que não é*, como unidade da vida social, como um representante *homogêneo* da sociedade no seu todo – visto que todos os cidadãos estão nele representados –, o Estado legitima politicamente o uso da coerção ou da violência consentida, que deverá inexoravelmente incidir sobre as manifestações conflitivas ou críticas do seio social, normalmente tidas como ‘patológicas’ ou desviantes dos legítimos valores da comunidade” – Alaôr Caffê ALVES, *Estado e ideologia*, p. 280.

²¹⁴ István MÉSZÁROS, *Filosofia, ideologia e ciência social*, p. 16.

elementos fundamentais da “ordem”, visto que *às costas* dos agentes públicos há sempre a ameaça da execução violenta, *sub vara*, de suas “ordens”²¹⁵ para recompor a *harmonia social*, caracterizada pela existência de uma maioria que, sendo prejudicada pela reprodução da aparente *harmonia*, obedece a seu papel social de, sendo chamada ao trabalho, gerar riqueza e *aceitar sua parte menor* e, não o sendo, *comportar-se*.

Diante deste quadro, a esperança que há é fruto do caráter autodestrutivo do sistema, visto que as próprias necessidades de reprodução do capital geram problemas objetivos que desestabilizam as bases materiais da ideologia em aspectos determinados. Se não é factível a manutenção da lógica exploratória *sem ideologia*, que reúna sob rótulos harmônicos a sociedade profundamente desigual, é também insustentável o modelo de radicalização da concentração de riqueza e empobrecimento crescente da população.

É por isto que os conflitos entre “ordem” e sociedade concreta tendem a recrudescer, pela própria natureza da “ordem”. Resta, assim, algum otimismo:

“Alguém que fosse totalmente vítima da ilusão ideológica sequer seria capaz de reconhecer uma reivindicação emancipatória sobre si; e é porque as pessoas não param de desejar, lutar e imaginar, mesmo nas condições aparentemente mais desfavoráveis, que a prática da emancipação política é uma possibilidade genuína”²¹⁶.

²¹⁵ “Quando, por qualquer motivo, o consenso sob formas ideológicas determinadas deixa de exercer aquela função [dissimular a desigualdade objetiva], desnudando o caráter assimétrico e conflitivo da relação estrutural e permitindo, por consequência, o aparecimento de resistências mais ou menos conscientes, a violência implícita, ou melhor, oculta sob a máscara da própria ideologia, deixa de ser ameaça virtual para ser atual e viva no sentido de neutralizar ou eliminar, diretamente pelo exercício da coação física ou psíquica, a recusa de obediência dos membros das classes subalternas”Alaôr Caffé ALVES, *Estado e ideologia*, p. 185.

²¹⁶ Terry EAGLETON, *Ideologia*, p. 13.

5. DIREITO E EXISTÊNCIA CONCRETA

5.1. ver a realidade através do direito?

A despeito das exceções, é bem verdade que “os juristas não são homens habituados a encarar a realidade social, preferindo viver em um mundo abstrato e idealizado, em que apenas convivem com as normas reguladoras de um *dever ser*”²¹⁷. Mas o aspecto infelizmente deixado de lado em constatações como esta é que, na mente dos juristas, não se faz uma divisão clara entre realidade e direito. Acredita-se, isto sim, é que o direito, por si só, já dá conta do que importa saber sobre a realidade.

A principal consequência de tal postura é que o direito é *colocado para funcionar* sem consideração pela complexidade da realidade social, mas age sobre ela, inevitavelmente. Chega-se, assim, a um paradoxo: *o direito importa para a realidade, mas a realidade não pode importar para o direito; a realidade é uma questão política*. Como diz Luis Roberto Barroso, afastar as questões políticas do direito “é um modo de ver o problema. Ou, talvez, de não vê-lo. Por esta opção filosófica, o direito e, especialmente, a vida acadêmica a ele dedicada, deixa de ser um instrumento de ação social e passa a ser apenas uma viagem. Em sentido figurado e, por vezes, também em sentido literal”²¹⁸.

Seja como modo de ver ou de não ver a realidade, o direito exerce uma mediação entre os problemas do mundo real e as soluções reais para tais problemas, ao impor soluções jurídicas baseadas em considerações simplesmente dogmáticas. Assim, por influência da qualificação jurídica que os fatos reais recebem, infunde-se à sociedade a noção de que a solução jurídica para os problemas é a *verdadeira e bastante*:

“en el campo jurídico se hace lo posible por ocultar que el Derecho tenga algo que ver con la lucha de clases o con la voluntad del más fuerte, o – más exactamente – con los intereses de la clase dominante, como expresión de unas determinadas, y desiguales, relaciones de producción. Se habla, en cambio, del Derecho (confundiendo interesadamente ‘ser’ y ‘deber ser’) como realizando (¿por esencia?) el bien común, o el mejor bien posible, a la vez que se dificulta o se pasa a un segundo plano de importancia (aquí el formalismo) la cuestión de la crítica de fondo a las leyes, a sus aplicadores, o a las instituciones jurídico-políticas. Otras veces, sin hacer nada efectivo por transformar el modo

²¹⁷ Eduardo Novoa Monreal, citado por Plauto Faraco de AZEVEDO, *Direito, justiça social e neoliberalismo*, p. 50.

²¹⁸ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 282.

capitalista de producción, sin desear realmente su transformación, se pretende ver sin más en el Derecho, un Derecho por tal sistema económico inspirado (con la propiedad privada como pieza central del mismo), la panacea total, la única y exclusiva solución al problema de la desigualdad real”²¹⁹.

Pouco é feito, no âmbito da própria teoria jurídica, para superar esse recorte entre direito e realidade. Da crítica do direito, em suas várias formas, pode-se dizer que tem como objetivo precípua revelar as implicações inexoráveis das formas e dos conteúdos jurídicos com a realidade histórica. Contudo, ao se apresentarem ao debate, as “teorias críticas, ou permanecem à margem do saber oficial, como um produto curioso que se louva, mas não tem nenhuma consequência prática, ou são absorvidas pelo pensamento institucional que, então, as dogmatiza e as neutraliza como crítica”²²⁰.

Os profissionais jurídicos são formados, em regra, como *especialistas em direito*, o que significa dizer que lhes é inculcada a habilidade especial de ler a realidade com as lentes do direito, em seu sentido dogmático. A reflexão crítica, nesta formação, é contra-indicada e perguntas a respeito da chamada *eficácia social* são consideradas impertinentes. Afinal, por mais que os profissionais o desprezem, a reflexão crítica, “se levada a sério, destrói as bases mesmas de funcionamento do seu saber dogmático”²²¹.

Estudando o comportamento do judiciário na apreciação das questões agrárias, Marcelo Lavèner Machado identifica, já nos anos de formação teórica de juizes, promotores e advogados, o embrião da postura que, afirmando-se isenta e neutra, beneficia a classe proprietária e perpetua as injustas relações sociais:

“A concepção positivista predominante nos cursos de Direito reduz o fenômeno jurídico a um conteúdo meramente legalista e formal, sacrificando-se os ideais de justiça, equidade, igualdade, à idolatria pela lei. Por estas duas vias, a neutralidade e o positivismo, o Poder Judiciário veio a cair na armadilha das instâncias dominantes, funcionando, com frequência, como mecanismo de controle social, de produção, reprodução e defesa de uma *ordem jurídica* mais consagrada de desigualdades do que de liberdades”²²².

Neste sentido, não são todos os ramos e institutos jurídicos que sofrem, por igual, com a postura dogmática. Seus efeitos são mais perceptíveis e perversos nas disposições

²¹⁹ Elías DÍAZ, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democratico*, p. 214.

²²⁰ Tércio Sampaio FERRAZ JR., “Existe um espaço, no saber jurídico atual, para uma teoria crítica?”, in Carlos Alberto Plastino (org.), *Crítica do direito e do estado*, p. 70.

²²¹ Tércio Sampaio FERRAZ JR., “Existe um espaço, no saber jurídico atual, para uma teoria crítica?”, in Carlos Alberto Plastino (org.), *Crítica do direito e do estado*, p. 71.

²²² Marcelo Lavèner Machado, “Justiça para o campo”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 257.

legais – como a de buscar *justiça social* – cujo sentido depende intrinsecamente da consideração dos aspectos concretos da sociedade.

O ideal da justiça social prevista na Constituição é *esvaziado* de seu sentido transformador quando, por exemplo, as questões agrárias são solucionadas como questões policiais, destituídas da complexidade política que as conforma. Na mesma linha, ainda, está a flexibilização dos direitos trabalhistas, em curso, que transfere para o âmbito privado – entre as partes *iguais* que são o empregador e o empregado – a pactuação das condições contratuais em que o trabalho será prestado. Enquanto no modelo dos *direitos sociais* há uma consideração pela realidade concreta e a igualdade formal é afastada pelo reconhecimento da desigualdade objetiva, a flexibilização é uma derrota do esforço de superação do abismo entre direito e realidade, pois nela se *formaliza* novamente a igualdade entre os *sujeitos de direito* que assinam o *contrato* de trabalho.

Qual o comportamento da *ciência jurídica* diante dos problemas gerados pela ficção jurídica? Explicá-los *enquanto ciência jurídica*, ou seja, tomando a ficção por *realidade em si*, sem se preocupar pela problemática subjacente às formas jurídicas:

“a ciência jurídica vai analisar as relações que mantêm o imaginário e o real e, a partir deste trabalho, explicar simultaneamente o funcionamento da imagem e o da vida social real? Nada disso! Por mais aberrante que isso pareça, *a ciência jurídica vai tomar como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e tomá-la pela realidade*. A sociedade afirma-nos que o Estado é a instituição encarregada do interesse geral? A ciência jurídica responde em eco com uma teoria inteiramente fundada na noção de interesse geral. A troca exige que os portadores de mercadorias se encontrem, e isso em condições tanto mais fáceis quanto mais a troca mercantil tem de generalizar-se? A ciência jurídica ‘explica’ esta troca pela teoria do contrato, fundado sobre a noção de encontro de duas vontades”²²³.

É neste sentido que Elías Díaz acusa uma “ruptura entre conceito e realidade”, própria das tendências formalistas em geral, não somente jurídicas. Tal ruptura, para o autor, pode ser entendida como “la ficción de una reducción de la segunda [realidade] al primero [conceito], considerado a fin de cuentas como la única o principal realidad”²²⁴. Esta “defor-

²²³ Michel MIAILLE, *Introdução crítica ao direito*, p. 51.

²²⁴ Elías DÍAZ, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, pp. 189-190. O autor destaca ainda aspectos positivos na formalização, que convivem com a deformação ideológica: “Por supuesto que el formalismo responde también a las exigencias e intereses de una muy concreta y determinada realidad, la de una sociedad como la actual en fase de avanzada evolución y desarrollo; y, dentro de ella, de sus sectores tal vez más científicos o racionalizadores: no hay, pues, escisión entre concepto y realidad en este más inmediato nivel. La ruptura se manifiesta en la medida precisamente en que el formalismo pretende ocultar sus orígenes reales y sociales, en la medida por lo tanto en que – como el iusnaturalismo aunque con diferente metodología – practica una excesiva veneración por el *statu quo*, deja prácticamente intocada la estructura de esa realidad,

mação ideológica”, que separa a idéia da realidade que a produz, é importantíssima para as forças conservadoras da sociedade, pois a *solução* formal – dogmática – dos problemas reais, como já se disse, tem efeitos significativos na realidade.

Principalmente nos problemas que envolvem dimensões políticas maiores, como no exemplo principal deste trabalho, a solução dogmática não se apresenta como tal, mas como uma solução real, ou seja, por mais que os problemas permaneçam em aberto, aguardando soluções efetivas, toma-se a resposta dogmática como *aquela que deve ser*, a correta, a possível. Ainda em outras palavras: a solução dogmática ingressa na realidade, mas apenas como uma falsa solução, que permite a continuidade dos problemas reais, mas *aparentemente pacificados* sob a regularidade formal:

“O direito de propriedade, por exemplo, na sua direta personificação normativa e no seu tratamento teórico pela dogmática jurídica, *estaria dizendo tudo o que poderia total e exatamente dizer*, através da forma expressiva das normas jurídicas que o instituem positivamente e da significação plena dos conceitos pelos quais juridicamente o compreendemos, sem fissuras e de modo racional e transparente. *O Direito formalmente considerado se apresenta de maneira ideológica como o único Direito existente, pleno e bastante por si mesmo, estabelecido por decisão estatal e sob a forma de coerência sistemática*”²²⁵.

Para concretizar o projeto da “ordem” racional e coerente é necessária a figura do *sujeito de direito*, através da qual são vistas as pessoas reais ou, para parodiar a frase de Luis Roberto Barroso, através da qual *não* são vistas as pessoas reais. Um estudo mais detido revela que esta segunda formulação é mais apropriada.

É o sujeito de direito, em sua abstração, que permite a organização da sociedade em termos formais, *despolitizados*. Para Pietro Barcellona, “La idea de la subjetividad abstracta es, en estos términos, absolutamente necesaria: 1) para garantizar la distancia entre pensamiento y ser, y en consecuencia la disponibilidad del objeto y de la naturaleza; 2) para mediar la universalidad general del orden y la individualidad empírica de la existencia, para presuponer un proyecto de orden a partir de una antropología individualista; 3) para liberar las relaciones entre los individuos de las determinaciones específicas de las relaciones personales y poderlas representar como relaciones objectivadas entre esferas de libertad abs-

sin plantearse a fondo y de modo directo o indirecto el problema de su posible transformación. El sistema conceptual formalista, a pesar de todos sus aspectos positivos, corre así el riesgo de irse convirtiendo cada vez más en un mundo cerrado, hermético, impenetrable para todo planteamiento que quiera ver el problema desde fuera, es decir, desde fuera del puro concepto; es decir, desde la realidad social” – ob. cit., pp. 194-195.

²²⁵ Alaôr Caffé ALVES, *Estado e ideologia*, p. 311.

tracta; 4) para liberar la riqueza y los recursos necesarios para satisfacer las necesidades humanas, de toda determinación personal que los convertía en mera proyección de las jerarquías y de los Estados”²²⁶. Aí, para o autor, está uma revolução.

Seria impossível conceber e manter a idéia de “ordem” por meio do direito positivo se, ao invés do *sujeito abstrato*, fosse considerado o *sujeito concreto*, o ser humano com suas carências reais determinadas na história. “Sujeito de direito” é a forma indispensável para que *o direito funcione socialmente segundo os interesses das classes dominantes*; a abstração de suas qualidades reais – *todos são iguais perante a lei* – consolida a desigualdade real. Enfim, a abstração do sujeito concreto em sujeito de direito não é para beneficiá-lo, mas para moldá-lo como engrenagem do sistema.

O historiador José Murilo de Carvalho faz uma tipologia da relação entre direito e classes sociais no país, que, por mais que se possa acusar certo reducionismo quanto à complexidade real do fenômeno, ilustra bem os problemas causados pelo desencontro entre *sujeito abstrato* e *sujeito concreto* na realidade social:

“A parcela da população que pode contar com a proteção da lei é pequena, mesmo nos grandes centros. Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os ‘doutores’, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. [...] Para eles, as leis ou não existem ou podem ser dobradas.

Ao lado da elite privilegiada, existe uma grande massa de ‘cidadãos simples’, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais [...] Para eles, existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta.

Finalmente, há os ‘elementos’ do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses ‘elementos’ são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo próprio. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. Para quantificá-los, os ‘elementos’ estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. Para eles vale apenas o Código Penal”²²⁷.

²²⁶ Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, p. 45.

²²⁷ José Murilo de CARVALHO, *A cidadania no Brasil*, pp. 215-216.

Confirma-se, na percepção do historiador, “la imagen nada irreal de un Derecho débil ante los fuertes y fuerte ante los débiles”²²⁸, de que fala um jurista. Diante das formalizações implicadas já na estrutura do direito, problemas que poderiam parecer simplesmente circunstanciais e sanáveis (manipulação das instituições, diferenças de tratamento perante a lei na realidade, entre outros) revelam-se como aspectos da *natureza* do direito positivo em sua *função social* específica. Daí que se deva indagar – como se fará a seguir, conclusivamente – sobre as reais contribuições que um pensamento crítico pode dar para a utilização do direito no sentido da transformação social.

5.2. ver o direito através da realidade

No estudo da aplicação da função social da propriedade, já foi possível verificar como são grandes os desafios da transformação da sociedade por meio do direito, justamente porque é uma transformação que se faz observando os limites postos pela “ordem”, que está vinculada à manutenção das situações, não à sua transformação. Por outro lado, a atuação do MST demonstra como pode haver uma utilização social efetiva das “promessas” feitas pela Constituição. É neste sentido que se pode afirmar que “Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as *possibilidades* e os *limites* do Direito Constitucional, como forma de atuação social”²²⁹.

É no espaço que se abre entre as “inúmeras esquizofrenias ideológicas”²³⁰ abrigadas por uma Constituição como a brasileira que surgem as possibilidades para a luta reivindicatória das classes dominadas, no sentido de tornar, ao menos, e com a devida urgência, toleráveis suas condições de vida presentes. Por mais que se saiba que é próprio da ordem capitalista engendrar novas injustiças, de modo que as conquistas feitas por dentro de suas estruturas tendem a ser provisórias, o combate pontual de suas iniquidades é uma necessidade das gerações diretamente vitimadas, a cada época.

Mais importante que a acusação do caráter reformista do combate por dentro do direito, como um abandono de eventuais pretensões e oportunidades revolucionárias,

²²⁸ Elías DÍAZ, *Curso de filosofía del derecho*, p. 139.

²²⁹ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 1.

²³⁰ Luis Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 42. O autor afirma, ainda, que “é de se reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável. O difícil equilíbrio entre o fatalismo e o idealismo jurídicos tem-se rompido no Brasil, em favor da crença desenganada de que no receituário legislativo existem remédios para todos os males. Aí começa a inflação jurídica, da Constituição às portarias, criando uma dualidade irremovível entre o Direito e a realidade” – ob. cit., p. 49.

coloca-se, *prima facie*, o caráter de resistência real à dominação que há na luta social pela efetivação dos programas constitucionais de efetivo *bem comum*.

O direito das democracias capitalistas congrega elementos díspares, com maiores possibilidades de efetivação para aqueles que beneficiam as classes dominantes. Mas a luta social pode aproveitar a garantia formal de direitos e de formas de reivindicação de direitos para dar vida às “variáveis do sistema”²³¹ que interessem aos dominados.

A reivindicação forte dos direitos contraditoriamente previstos, além de sua importância para a sobrevivência imediata de milhões de pessoas, serve também para, ao aproveitar a autonomia relativa do direito e da política frente às condições materiais, minar a auto-legitimação da sociedade e desmascarar seu caráter de classe, demonstrando sua incapacidade de corresponder ao propalado *interesse coletivo*²³².

²³¹ Nicos POULANTZAS, *O estado, o poder, o socialismo*, p. 90. É relevante acompanhar todo o raciocínio do autor quanto à resistência das massas: “o direito capitalista regula igualmente o exercício do poder frente às classes dominadas. Em face da luta da classe operária no plano político, esse direito organiza o quadro de um equilíbrio permanente de compromisso imposto às classes dominantes pelas classes dominadas. Esse direito regula também as formas de exercício da repressão física: esse sistema jurídico, essas liberdades ‘formais’ e ‘abstratas’ são também, cumpre destacar, conquistas das massas populares. É nesse sentido, e apenas nesse sentido, que a lei moderna *coloca os limites* do exercício do poder e da intervenção dos aparelhos do Estado. Esse papel da lei depende da relação de força entre as classes, e esboça também uma barreira ao poder das classes dominantes imposta pelas classes dominadas, o que se observa claramente no caso da abolição desse papel do direito nas formas de Estado capitalista de exceção (fascismo, ditaduras militares). É assim que a lei no sentido moderno interveio não contra a violência de Estado (lei contra terror), mas por um papel organizador, no seu próprio texto, do exercício da violência, considerando-se a resistência das massas populares. A axiomática jurídica permite a previsão política das classes dominantes, eu afirmara; quando exprime uma relação de força entre classes, ela constitui igualmente o suporte de um cálculo estratégico pois inclui, nas variáveis de seu sistema, o fator resistência e luta das classes dominadas”, *idem*.

²³² A reflexão de Mészáros sobre o tema é preciosa e merece a longa transcrição: “Afirmar a simples identidade da superestrutura legal e política e das formas de consciência social seria, na verdade, minar a concepção como um todo, e ridicularizar a idéia do papel ativo da superestrutura, pois a autonomia das idéias vis-à-vis a superestrutura legal e política é uma pré-condição necessária da primeira. A produção de idéias para além das restrições institucionais imediatas da superestrutura legal e política age como um propulsor poderoso sobre a superestrutura, que, por sua vez, afeta dinamicamente as funções materiais da vida social. Sem ela, as realidades de classe se afirmariam automaticamente como uma determinação férrea, destruindo os próprios conceitos de lei e de política, em qualquer sentido significativo desses termos. Seu lugar seria tomado pela forma mais grosseira dos preceitos legais – que seriam, na verdade, idênticos à determinação das funções de produção mais elementares – desprovidos não só de qualquer sistema de justificação, invocação e ajustamento (com implicação terrível para a destruição desse quadro ‘legal’), mas também da possibilidade de uma legislação própria, cuja função seria assumida pelo mecanismo terrível dos preceitos materiais totalmente desumanizados. E, uma vez que esse simulacro de ‘lei’, determinado estritamente pelos preceitos materiais imediatos, possivelmente não poderia regular a si mesma ou às próprias funções materiais vitais da estrutura econômica determinada, as contradições destas últimas se desencadeariam e desintegrariam totalmente o metabolismo social quase que instantaneamente. De forma similar, uma ‘política’ determinada diretamente pelos preceitos materiais exibiria a mesma estrutura e contradições que sua equivalente legal, com as mais devastadoras implicações para a vida social como um todo.

‘Por consequência, a condição elementar para o bom funcionamento do metabolismo social, numa sociedade em que a estrutura econômica não esteja livre de contradições, é o papel ativo da superestrutura legal e política, tornado possível por sua autonomia relativa da base material – que, por sua vez, implica necessariamente a autonomia relativa das idéias e formas de consciência social em relação à própria superestrutura legal e política, como vimos. É nesse quadro de complexas interações dialéticas que a idéia de direitos humanos se torna compreensível e verdadeiramente significativa, pois, quaisquer que sejam as

Ademais, como afirma István Mészáros, não se pode “negar o papel ativo e vitalmente importante do quadro legal no desenvolvimento e estabilização, bem como na reprodução contínua da sociedade, em circunstâncias mutáveis e face a pressões tanto internas quanto externas”²³³. Portanto, se “o peso da esfera legal” for subestimado, a possibilidade de transformação real é ainda mais reduzida. Se as formas jurídicas são falsas quanto à neutralidade com que se afirmam, disto não se pode concluir que elas não existam. Pelo contrário, a falsificação da realidade é justamente sua forma de existir.

São inseparáveis as ilusões sociais e as contradições reais, de modo que não basta opor *idéias verdadeiras* às *idéias falsas* para solucionar os problemas reais, porque tais problemas não estão simplesmente no plano das idéias, mas do real. Daí que apenas com a “atividade prática de transformar as últimas [contradições reais] é que podem as primeiras ser abolidas”, como afirma Mészáros, porque “a falsidade das idéias, poderíamos dizer, faz parte da ‘verdade’ de toda uma condição material”²³⁴.

É por este motivo que a ação política do MST é exemplar. A conjugação de formação teórica e ação concreta em que se engajam os militantes é uma condição do relativo sucesso das lutas do movimento, porque as dimensões – teórica e prática – se fortalecem mutuamente e agem também sobre a dimensão simbólica. É neste aspecto que o movimento consegue ampliar o seu interesse para além dos *sem-terra*.

A luta política restitui, em certos casos, os *sem-terra* à condição de *sujeitos concretos*, de carne e osso, não mais como os *sujeitos de direito* considerados em igualdade de

determinações materiais de uma sociedade de classe, suas contradições são toleráveis apenas até o ponto onde começam a ameaçar o próprio metabolismo social fundamental. Quando isso acontece, a auto-legitimação dessa sociedade é minada radicalmente e seu caráter de classe é rapidamente desmascarado, através de seu fracasso em se manter como sistema correspondente às necessidades dos direitos humanos elementares. Dessa forma, paradoxalmente, as condições de sua legitimação anterior – o apelo aos direitos humanos bem-sucedido ideologicamente – se volta contra ela, uma vez que, à época de uma crise devastadora do próprio metabolismo social, não é mais capaz de se proclamar como representante da realização mais adequada às aspirações humanas” – István MÉSZÁROS, *Filosofia, ideologia e ciência social*, pp. 212-213.

²³³ István MÉSZÁROS, *Filosofia, ideologia e ciência social*, p. 209. Quanto à importância que o próprio Marx dava ao direito, leia-se: “Esse reconhecimento do poder determinante das formas e estruturas legais é totalmente incompreensível para a visão tradicional (mecanicista) do marxismo, que estipula uma relação de correspondência direta entre a ‘base material’ e a ‘superestrutura ideológica’”. Essa visão não seria apenas grosseiramente simplista, em sua redução direta das idéias aos processos materiais, mas se tornaria também autocontraditória no momento em que tentasse afirmar o papel ativo das formas ideológicas no processo global do metabolismo social, tendo-as condenado primeiramente à passividade, através da redução mecanicista. Dessa forma, ou a interpretação de Marx como reducionista econômico é insustentável, ou suas referências constantes ao papel ativo das formas ideológicas são totalmente desprovidas de significado”.

²³⁴ Terry EAGLETON, *Ideologia*, p. 72.

condições com o latifundiário. E este é um viés importantíssimo da luta pela terra, porque força a ruptura do véu de neutralidade que encobre a atuação judiciária²³⁵.

Obviamente, há juízes – e ainda são a maioria – que preferem não ver o *concreto*, optando pela *solução despolitizada* dos problemas entre *sujeitos de direito* – que não é solução, tampouco deixa de ser política, porque mantém o *status quo*. E não é demais lembrar que “não pode o juiz ser neutro porque a neutralidade ideológica não existe, salvo sob a forma da apatia, do irracionalismo ou da decadência do pensamento”²³⁶, isto porque “o neutro é um reacionário encabulado e não tem a coragem e a franqueza de confessar que é moço de recados da dominação que mascara”²³⁷.

Do outro lado, os magistrados que tomam como orientação os valores constitucionalmente consagrados de dignidade humana, justiça social e de promoção do “bem todos”, entre outros, dedicando-se a retirá-los de sua abstração, são socialmente considerados como se deixassem de ser juízes ao revelarem o caráter político de suas decisões, mesmo que este caráter político esteja fundamentado textualmente na Constituição.

Os valores constitucionais, enquanto idéias, estão tão distantes da ideologia sustentada pelas contradições reais que até mesmo as decisões judiciais que os consagram são recebidas com estranhamento. A ideologia da segurança jurídica incute na sociedade que o papel do juiz é mesmo o de manter a “ordem”, seja ela qual for, de modo que são muito mais convincentes os argumentos da *neutralidade* e da *cientificidade* do magistrado do que suscitar uma razão concreta como a fome, por exemplo! Tem-se, assim, a dimensão do enfrentamento que implica mudar a realidade com o direito:

“Todo grupo social aloja en su seno conflictos y contradicciones (además de acuerdos y resoluciones), y el Derecho, que es también expresión no mecánica de unos y otros, puede intervenir y estar presente en ellos con diferentes implicaciones. En este sentido no parece posible desconocer (es la observación a

²³⁵ Roberto A. R. Aguiar defende, neste sentido, que se desloque “para a sociedade concreta, desigual e contraditória, o olhar do jurista, forçando-o a se situar no interior dessas contradições, retirando a possibilidade epistemológica da neutralidade ser o selo da conduta dos doutrinadores e dos operadores do Direito. O Direito passa a ser o *locus* onde as contradições, as lutas, os jogos, os debates e as conquistas se dão. Ele sai da condição de corpo normativo conservado criogenicamente, para se tornar vivo, comprometido, ideológico, simbólico e conforme as preocupações mais atualizadas da filosofia, da ciência em geral e das ciências sociais em particular. O ser humano concreto, de carne, sangue e sonho toma o lugar da *parte*, do *requerente*, do *réu*. O cidadão substitui o sujeito abstrato dos códigos e o ator processual limitado pelas capas dos autos. Também poderá fazer valer seus direitos positivos, participará das contendas processuais, mas os fundamentos dessas condutas estarão plantados na concretude de sua existência, na sua participação na sociedade e na sua organização enquanto cidadão” – “O direito achado na rua: um olhar pelo outro lado”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 51.

²³⁶ Eugénio Zaffaroni, citado por Plauto Faraco de AZEVEDO, *Direito, justiça social e neoliberalismo*, p. 51.

²³⁷ Roberto Lyra Filho, “A nova filosofia jurídica”, in Mônica Castagna MOLINA (org.), *Introdução crítica ao direito agrário*, p. 94.

la que ahora quería llegar) que en principio las propuestas de cambio y transformación, sobre todo si son serias y profundas con carácter emancipador, encuentran por lo general mayor resistencia, estructural y funcional, en el Derecho – tal y como éste, y la correspondiente ciencia jurídica, han llegado a ser – que aquellas otras que propenden más bien a la estabilización y conservación de un orden, de una organización social que de todos modos, ya se advirtió, no es nunca por completo estática y inmóvil”²³⁸.

Tal constatação explica – mas não pode implicar – a estagnação social. E deve ser vista como um desafio estimulante à ação social. Tem toda a razão Terry Eagleton (e parece estar tratando do MST) quando afirma que “Quando homens e mulheres, engajados em formas locais, inteiramente modestas de resistência política, vêm-se trazidos, pelo ímpeto interior de tais conflitos, para o confronto direto com o poder do Estado, é possível que sua consciência política seja definitiva e irreversivelmente alterada”²³⁹.

O papel da crítica da ideologia é crucial no desvendamento das possibilidades de *interpretar diferentemente* a realidade social, em alternativa à ideologia dominante, e, assim, afiar as armas da luta política do povo, que, se não pode ser reduzida a uma luta entre idéias, precisa ter clareza quanto ao significado das relações sociais para viabilizar uma luta real pela melhoria das condições de vida da maior parcela da sociedade.

A crítica do capitalismo e, no nosso caso, das ilusões jurídicas que o fortalecem é indispensável. Se o sistema tem limites e possibilidades, eles devem ser forçados, como o fazem os militantes da luta pela terra; enquanto aqueles *limites* resistirem, que ao menos as *possibilidades* do sistema dêem uma vida mais digna ao maior número de pessoas possível. Este é um desafio crescente, como está formulado, com precisão, no trecho a seguir, que se transcreve aqui como exortação aos que se dedicam ao direito:

“Uma vez que a ideologia é um sistema de palavras vinculadas ao tempo e de frases cristalizadas e com origens no conflito humano, e de vez que a ideologia do grupo que detém o poder estatal destina-se a abafar rivalidades e desviar a atenção do povo para a interpretação do ‘sistema’ de regras, sempre haverá oportunidade de interpretá-lo de modo diferente. À medida que correm os dias, mais e mais contradições podem surgir entre o sistema dominante de relações sociais e o conteúdo das regras formais que supostamente o governa. Uma das primeiras tarefas do grupo dissidente consiste em explorar os limites da ideologia jurídica dominante a fim de verificar o quanto pode ser realizado dentro desses limites”²⁴⁰.

²³⁸ Elías DÍAZ, *Curso de filosofía del derecho*, p. 142.

²³⁹ Terry EAGLETON, *Ideologia*, p. 195.

²⁴⁰ Michael E. TIGAR e Madeleine R. LEVY, *O direito e a ascensão do capitalismo*, p. 277.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se escolheu para objeto de dissertação, a fim de enfrentar a relação entre direito e realidade por meio da crítica da ideologia, a função social da propriedade rural, um tema que é tido até mesmo como *improponível*²⁴¹, já era possível imaginar que o aprofundamento da pesquisa enfrentaria um número elevado de questões referentes às mais diversas frentes da investigação sobre direito e sociedade.

A propriedade e sua função social são, de fato, assuntos bastante complexos, do ponto de vista do direito ou não. Seja porque a primeira exerce um papel central na vida social e no ordenamento jurídico desde as civilizações mais antigas, seja porque a segunda pretende abalar tal papel. Desse modo, equacionar os perfis erudito e político do tema não se apresenta como algo corriqueiro, mas o desafio é válido.

Este trabalho optou por resolver a citada equação com um recorte para o sentido da propriedade na modernidade, com seu caráter capitalista, destacando apenas os aspectos eruditos indispensáveis à investigação, para debater, de fato, as questões presentes (e prementes) da função social da propriedade rural, com *status* constitucional, como motor para um programa de reforma agrária que é cronicamente adiado.

No enfrentamento entre norma (constitucional) e realidade (agrária), com toda sua carga conflituosa, é que se buscou a compreensão da função exercida pela ideologia jurídica na reprodução das relações sociais, demonstrando que ela se encontra *ativa* mesmo – e justamente – nos aspectos aparentemente mais desinteressados da norma e da realidade (inclusive porque faz com que tais aspectos *apareçam* como desinteressados).

Revelou-se, assim, no percurso, que a função social da propriedade rural – que, para alguns, pode ser tema para especialistas (pelo viés erudito dos institutos envolvidos) e, para outros, tema excessivamente polêmico (pelo viés político) –, potencializada pela complexidade da questão agrária num país em que a propriedade fundiária sempre foi *concentradís-*

²⁴¹ Quem assim o qualifica é Eduardo C. Silveira MARCHI, em seu *Guia de metodologia jurídica*, p. 77, afirmando que o tema da função social da propriedade é para especialistas, não sendo recomendado para “estudantes-pesquisadores”, tampouco para “autores mais experientes”. Noutra parte, o autor é ainda mais *desafiador*: “Serão inúteis os estudos jurídicos dedicados, por exemplo, aos *Fatores Determinantes da Criminalidade* ou à *Função Social do Direito de Propriedade*, que, por meio de uma *pesquisa de campo* e da *atuação direta* do pesquisador na sociedade, cheguem à conclusão que a pobreza, no Brasil, é a causa principal para a prática de crimes ou que o preceito constitucional (e romano) da função social da propriedade não encontre efetiva aplicação em nossa realidade” – ob. cit., p. 84. Ainda que não seja exatamente este o viés deste trabalho, o autor é *desafiador*, para a crítica da ideologia, porque é inevitável querer ir mais a fundo nas razões para tal *improponibilidade* e desvendar a quem interessa sua *inutilidade*.

sima e pela pressão exercida por movimentos sociais como o MST, é o ponto de convergência de questões historicamente *abertas*. Entre as questões jurídicas, destacam-se a relativa à normatividade das constituições; a tensão entre norma e realidade; e a neutralidade da lei, da ciência jurídica e dos “operadores do direito”. Entre as questões gerais relativas ao tema, tem-se o debate a respeito da participação política; a implicação entre o modo de produção e outras dimensões da vida social; e a transformação social.

Diante deste feixe tão rico de questões, tocadas por *apenas um* princípio constitucional e contrastadas com a realidade atual, afigura-se a profusão de problemas que se concentram sob o manto da pacificação social feita pelo direito. E mais: denuncia-se como o direito, com suas falsas soluções, é responsável pela trivialização dos problemas, como simples questões *inter partis*, e alimenta, assim, sua *insolubilidade*.

Mas há uma luta, prática e teórica, contra o iníquo estado de coisas. Neste sentido, como se comprova pelas decisões contidas no anexo, o debate judiciário das questões agrárias é exemplar. Nelas, é possível perceber a preocupação dos magistrados em conciliar, de um modo proveitoso para o aperfeiçoamento da sociedade no sentido das previsões constitucionais, os rigores de sua atividade, as exigências da lei e seu saber tradicional com a consciência social e a vontade transformadora. E isto é ainda mais estimulante por se tratar de juízes, que exercem uma atividade social estratégica, que tanto pode servir para a manutenção fria da “ordem”, quanto para revolvê-la.

Percebe-se, também, nas citadas decisões, que aceitam o desafio da tensão entre norma e realidade, o quanto a ação dos movimentos sociais é determinante para o convencimento dos magistrados, para a reinterpretação dos institutos jurídicos, para *propagar* a concretização dos programas constitucionais, lançando a norma constitucional na valoração dos casos específicos. Como diz o desembargador Rui Portanova, num acórdão anexado (*decisão 2*), “a Constituição Federal e a Lei oferecem espaços interpretativos favoráveis”. É por eles que, enfim, é possível fazer, não só nas questões agrárias, a realidade cruzar as portas dos fóruns – *de fora para dentro* (ainda que seja fácil perceber como, no mais das vezes, ela ainda é obrigada a fazer o percurso em sentido contrário).

A esperança, afinal, é de que o *mundo do direito* possa abandonar seus principais vícios, seja o do corte absoluto entre norma e realidade, seja o da indiferença ou perplexidade diante de problemas sociais gravíssimos. Enfim, que os profissionais jurídicos, todos, troquem o habitual *lavo minhas mãos* do saber dogmatizado, contente com *interpretar por interpretar*, por um compromisso com *interpretar para transformar*.

ANEXO: DECISÕES EXEMPLARES

DECISÃO 1

ÍNTEGRA DA SENTENÇA

8.ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais

Proc. n.º 95.0003154-0 – Ação de reintegração de posse

Autor: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER

Réu: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra – MST

Juiz Antônio Francisco Pereira

Vistos etc.

“Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam.
Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso,
em descaminhos, no arrastão dos maus fados. Não tinham sexo,
nem idade, nem condição humana. Eram os retirantes. Nada mais”.
(José Américo de Almeida, em *A Bagaceira*)

Várias famílias (aproximadamente 300 – fls. 10) invadiram uma faixa de domínio ao lado da Rodovia BR 116, na altura do km 405,3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora o DNER quer expulsá-los do local.

“Os réus são indigentes”, reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel.

E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os excluídos, de que nos fala a Campanha da Fraternidade deste ano.

Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio.

Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite??). Só isso para identificá-los. Mais nada. Profissão, estado civil (CPC, artigo 282, II) para quê, se indigentes já é qualificação bastante?

Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia, de seu moquitos, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento.

Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza.

Não seria pelo menos mais digno – e menos falaz – deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida?

O Município foge à responsabilidade “por falta de recursos e meios de acomodações” (fls. 16 v). Daí, esta brilhante solução: aplicar a lei.

Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (artigos 920 e seguintes do CPC), ela – COMO TODA LEI – tem em mira o homem comum, o cidadão médio, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorar-se do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os da mesma espécie possuem.

Mas este não é o caso no presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias).

Não. Os “invasores” (propositadamente entre aspas) definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que “habitam” as pontes, viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados excluídos, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país.

Contra este exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio – o Estado – não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior.

Ou seja, enquanto não construir – ou pelo menos esboçar – “uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, artigo 3º, I), erradicando “a pobreza e a marginalização” (n. III), promovendo “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III), assegurando “a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social” (artigo 170), emprestando à propriedade sua “função social” (art. 5º, XXIII, e 170, III), dando à família, base da sociedade, “especial proteção” (art. 226), e colocando a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão” (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir – diretamente ou pelo braço da Justiça – o reto cumprimento da lei.

Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje a pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas – lembrou RUDOLF VON IHERING há mais de 200 anos – hão de trabalhar em harmonia: “A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”.

Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em princípios, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores.

Se assim é – vou repetir o raciocínio – enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, feita para o homem comum, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem “incomum”.

Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir – quando feita perante o Judiciário – ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos artigos 267, I e VI; 295, I, e parágrafo único, III, do Código de Processo Civil, atento à recomendação do artigo 5º da LICCB e olhos postos no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama: “Todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial, a alimentação, o vestuário e a moradia”.

Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas “invasões”.

P. R. I.

Belo Horizonte, 03 de março de 1995.

DECISÃO 2

ÍNTEGRA DO DESPACHO

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Proc. n.º 70000092288 – Agravo de instrumento

Agravantes: Vilson Derli Franz e outros (MST)

Agravado: Norma Parera Echeverria e outro

Desembargador Rui Portanova (plantonista)

A CONSTITUIÇÃO

O art. 5.º da Constituição Federal diz:

Inciso XXII: é garantido o direito de propriedade.

Inciso XXIII: a propriedade atenderá sua função social.

Minha interpretação.

Só é propriedade aquela que tiver função social. Propriedade é função. E social.

A LEI

O art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que o juiz ao aplicar a lei levará em conta os fins sociais e o bem comum.

Minha interpretação.

Antes de se aplicar uma lei (qualquer lei) o juiz deve tomar em consideração os aspectos sociais do caso. Sua repercussão, sua legitimidade e o choque de interesses em tensão. Enfim, a realidade.

A REALIDADE

Os agravantes são trabalhadores sem terra.

Como trabalhadores querem plantar a produção que pode alimentar e enriquecer o Brasil neste mundo tão globalizado quanto faminto.

Mas o Brasil dá as costas.

O Executivo desvia dinheiro para os bancos.

O Legislativo, hoje, quer fazer leis para perdoar as dívidas dos grandes fazendeiros.

O Judiciário é enxovalhado pela catilinária de Senadores.

A imprensa acusa o MST de violento.

Os sem terras, contudo, têm esperança.

ESPERANÇA

Esperança que possam “plantar e colher com mão a pimenta e o sal”. Por isso, rezam e cantam.

Esperança no Poder Judiciário. Por isso, recorrem.

ESTE RECURSO

Este recurso discute a liminar, da liminar de um processo rápido.

Estamos em sede de agravo de instrumento. Seu curso é normalmente rápido.

No primeiro grau corre uma ação possessória. Seu curso é naturalmente rápido.

Pelo que dizem os jornais o Executivo Estadual está interessado em resolver a questão, mas precisa de tempo.

Leio no *Correio de Povo*: “O Secretário da Agricultura e Abastecimento, José Hermeto Hofmann, que chegou à região ontem à tarde, disse que busca uma solução negociada para o problema. À noite o Subsecretário da Justiça e da Segurança, Lauro Magnago, esteve reunido com o Comandante Geral da PM, Cel. Roberto Ludwig, para avaliar a situação...”.

Leio no *Zero Hora*: “De acordo com o Secretário, uma ação de despejo é complexa porque envolve questões como o transporte e um local para onde as famílias pudessem ser transferidas. Vamos tentar dialogar para preservar a vida das famílias que estão naquela área”.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal e a Lei oferecem espaços interpretativos favoráveis aos agravantes.

A pressão do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) é legítima.

O Governo Executivo Estadual está preocupado com a situação, mas precisa de tempo para compor com paz.

Deixar de agregar efeito suspensivo ao presente agravo seria fazer aumentar a tensão.

ANTE O EXPOSTO, nos termos do inciso XXIII do art. 5.º da Constituição Federal, do art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 527 do Código de Processo Civil, agrego efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento para o fim de suspender a execução da decisão agravada.

Oficie-se, com urgência, ao digno julgador de primeiro grau para que suspenda a reintegração liminar de posse.

Após intime-se o agravado.

Porto Alegre, 19 de agosto de 1999.

DECISÃO 3-A

ÍTEGRA DO DESPACHO

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Proc. n.º 598.360.402 – Agravo de instrumento

Agravantes: João Cenci e outros (MST)

Agravada: Merlin S/A Indústria e Comércio de Óleos Vegetais

Desembargador Rui Portanova (plantonista)

O CASO

Trata-se de agravo de instrumento intentado por José Cenci e outros, contra decisão em ação de reintegração de posse que tem por autora Merlin S/A Indústria e Comércio de Óleos Vegetais, oriundo da Comarca de São Luiz Gonzaga.

Narra o agravante que naquela ação a digna julgadora deferiu a reintegração liminar da posse à agravada.

Não se conformando, tempestivamente, intenta o presente recurso, pedindo que seja recebido com efeito suspensivo.

A presente questão, em face da relevância do tema posto em debate (direito de posse e propriedade e sua proteção), merece as seguintes considerações.

O QUE É DIREITO

O direito não é só a lei.

Na lição do mestre Miguel Reale o direito é fato, valor e norma.

Ou seja, para ser direito, é indispensável a conjugação dessas três dimensões: fato, valor e norma.

Vale a pena notar que estamos falando aqui de teoria geral do direito. Ou seja, de uma teoria que vai influenciar todos os ramos do direito. Assim, tanto o direito civil tem que cumprir as três dimensões do direito, como o direito processual também tem que se reportar sempre a fato, valor e norma.

Claro, é possível reconhecer, desde logo, a dificuldade que o direito tem de investigar a dimensão axiológica do direito (valor).

O DIREITO DE PROPRIEDADE

Quando se trata de falar de posse ou propriedade imóvel, também aqui o direito, para ser reconhecido como direito, tem que atender aos três requisitos: fato, valor e norma.

A questão axiológica (o valor no direito de propriedade) não é menos tormentosa. Contudo, por incrível que possa parecer, a opção valorativa é absolutamente clara.

Quando se trata do direito de propriedade, entre defender o valor individual e defender o valor social, o direito brasileiro fez uma opção clara: defendeu o valor social.

É por isso que a Constituição Federal, artigo 5º, no inciso XXII, garante o direito de propriedade, mas no inciso em seguida, o XXIII diz que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Também para posse a boa doutrina costuma estender o requisito da função social.

Vale a pena notar ainda que o parágrafo primeiro do mesmo artigo da Constituição é claro quando diz: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ou seja, não precisamos de outra lei para dizer o que é função social.

O que está na Constituição vale e deve ser aplicado.

Assim, é lícito interpretar dos termos da Constituição que o direito de posse e propriedade existem e devem ser garantidos e protegidos. Contudo, somente quando é atendida a função social merecerá a garantia e a proteção.

A PROTEÇÃO

Vamos falar aqui da proteção judicial da posse e propriedade. Ou seja, daquela proteção que vem pedida para o Poder Judiciário, através do devido processo legal.

Como se trata também de um direito (o direito de ação ou direito ao processo), também esse direito está subordinado às três dimensões (fato, valor e norma) referidas pela teoria geral do direito e tomando-se em consideração as lições do consagrado mestre Miguel Reale.

Aqui, evidentemente, o juiz deve guardar atenção tanto aos termos da Constituição Federal como aos termos do artigo 282 do Código de Processo Civil.

O artigo 282 do CPC diz quais são os elementos da petição inicial, ou seja, o que deve conter o pedido que a parte faz ao juiz. No artigo diz o que a petição inicial deve conter e no inciso III é dito: “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Agora, vamos ver como, para o caso presente que trata do direito de proteção possessória da propriedade, se ligam os dispositivos da Constituição Federal (direito material da propriedade) e estes dispositivos do Código de Processo Civil (proteção judicial da propriedade).

A FUNÇÃO SOCIAL E O PROCESSO

Como estamos em sede de proteção judicial da posse, temos que, quando o inciso III do artigo 282 do CPC fala em “fundamento jurídico”, na verdade está a se referir ao requisito da função social que a Constituição Federal (nos incisos já referidos) traz para possibilitar o exercício do direito de propriedade.

Em outras palavras, não basta afirmar na petição inicial como “fundamento jurídico” apenas a propriedade. Pois, “jurídico” é o “fundamento” que – de acordo com a Constituição Federal – se assenta também na “função social da propriedade”.

Fora disso, se estará – indevidamente – sonogando, impedindo, silenciando e afastando a incidência da Constituição Federal no processo judicial.

A Constituição obriga o juiz a enfrentar, ainda que sem requerimento da parte, o tema pertinente à função social da propriedade.

O PRESENTE PROCESSO

O procurador da Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais S/A, em sua petição inicial da ação de reintegração de posse, parece compreender a necessidade de alegar e de provar a importância da função social como base para o exercício de seu direito.

Por isso, alegou que na área “atualmente estão plantados, com trigo, cerca de 300 hectares; aveia outros 300 hectares e milho com a mesma área”. A inicial diz ainda que “nos silos encontram estocados aproximadamente 20.000 (vinte mil) sacos de soja indústria; 1.200 sacos de soja semente...; aproximadamente 60 toneladas de adubo...” Por fim, informa ainda que, além das culturas, há exploração da pecuária, “contando com cerca de 80 bovinos”.

Depois, quanto à prova requereu: “seja realizada inspeção judicial por Vossa Excelência, ato pela qual Vossa Excelência poderá comprovar os fatos alegados na presente peça”.

Data venia, a decisão agravada não levou em conta a função social. O despacho agravado não disse palavra a respeito. Nem a digna julgadora procurou saber da veracidade da alegação da Merlin. Nesse passo, também não atendeu pedido da própria autora agravada de proceder a inspeção judicial para comprovar os fatos alegados.

A decisão só se preocupou em fundamentar o fato (ocupação/invasão) e a norma (art. 499 do Código Civil Brasileiro e 926 do Código de Processo Civil). Não há sequer uma referência à dimensão valorativa do direito de propriedade (função social). Renovada *venia*, a Constituição Federal (Lei Maior) e seu inciso XXIII não mereceu a devida consideração.

PROBLEMAS DA FAZENDA PRIMAVERA

Na provisoriedade documental do presente agravo de instrumento, já é possível constatar-se alguns problemas legais da área em questão, que – atendendo às peculiaridades do caso concreto – pode perseguir uma solução que atenda melhor o interesse social e público.

Ainda que a Merlin não seja responsável, há notícia que ela sabia que sobre o imóvel pende constrição judicial oriunda de dívida com a União. Nesse passo, temos o “edital de primeiro e segundo leilão/praca e intimação” vindo com esse agravo de instrumento.

Ou seja, em outros termos, a União poderia adjudicar o imóvel.

Falei acima em solução centrada no interesse social e público, porque no Of. INCRA/SR (11) G n. 266/88 que também aparece neste instrumento, o Superintendente Regional Interino INCRA/RS é claro em afirmar: “Informo, outrossim, que o INCRA tem interesse no imóvel denominado Primavera desde que liberado de ônus e gravames ou mediante acordo dos credores”.

Renovada *venia*, parece que basta informar ao Senhor Superintendente do INCRA que a União e o Banco do Brasil são credores. Logo, em tese, não deve haver problemas para “acordo dos credores”.

PAZ SOCIAL

A presente decisão não pretendia entrar na investigação ideológica. Contudo, em sua petição inicial de reintegração de posse, a Merlin é pródiga ao trazer doutrina que fala em paz social.

Ali se pode ver lições que dão conta de que “ninguém deseja que os conflitos sociais entre proprietários e trabalhadores sem terra que invadem áreas rurais se transformem em confrontos violentos e sangüinários, mas não compete ao Poder Judiciário encontrar soluções para o assentamento e fixação de famílias pobres e miseráveis, cuja atribuição é em tudo e por tudo debitável ao Poder Executivo” (*TJPR*, Rec. Nec. n. 13.404-3, ac. *RT*, 706/147) (negritei).

Na mesma peça é mostrado como, desde sempre até agora, o Poder Judiciário tem acreditado nas promessas dos governantes que ocupam o Poder Executivo, no sentido de que vão fazer reforma agrária e acabar com a violência no campo. Em razão deste crédito os juízes têm deferido liminares para reintegrações rápidas.

Contudo, é bom que se diga, tais liminares, queiram ou não, acabam se tornando verdadeiras “cartas brancas” para o executivo, com seu efetivo militar, fazer o despejo a ferro e fogo. Talvez os juízes não queiram, mas os atos de violência que eventualmente possam ser praticados nestas ocasiões, devem também ser tributados à responsabilidade de quem decide em primeiro ou segundo grau de jurisdição.

Como disse acima, o Poder Judiciário, assim como o povo em sua maioria tem acreditado nas promessas de melhora nas condições de vida dos pobres. Mas o que se vê é os que governam o Estado e o País beneficiando mais os ricos do que os pobres.

Para os ricos, as soluções são rápidas, e os gastos vultosos em nome de uma modernidade que nunca chega. Contra os pobres os governantes são violentos. O Governo Federal, ou difama os sem terra, acusando-os de plantar maconha, ou ofende nossos pais chamando-os todos de vagabundos. O Governante do Estado não é menos violento com os pobres. Aqui a reforma agrária não é questão política, é questão de polícia. Por isso, é rápido em providenciar verdadeiras operações de guerra, para atender a decisão do juiz.

Tanto quanto parece, nosso governo estadual e nacional não gostam dos pobres.

Para este julgador, nas condições atuais, a paz no campo só virá com uma verdadeira reforma agrária.

A LIMINAR DA LIMINAR NO PLANTÃO

Enfim, vale a pena notar o momento processual em que estamos.

Estou decidindo em sede liminar (de agravo de instrumento) contra um despacho liminar de primeiro grau (ação reintegratória) e em regime de plantão.

Enfim, esta decisão está muito longe de ser a definitiva. Há muito processo pela frente. Outros e melhores julgadores irão enfrentar o mesmo tema.

Ou seja, não é esta decisão que dará o rumo da reforma agrária no Brasil.

Pelas razões que apresentei, apenas estou entendendo que – até agora – o processo apresenta algumas questões jurídicas que devem ser enfrentadas, com vistas a uma perfeita e adequada integração de todas as dimensões de um conceito de direito em que acredito.

Ante o exposto recebo o presente agravo de instrumento e agrego efeito suspensivo. Em consequência, defiro o pedido liminar para, conforme referido pelo agravante, suspender a execução do despejo até decisão final deste recurso.

Tentarei comunicar via fone ou fax ao juízo de origem os termos da presente decisão.

Porto Alegre, 17 de setembro de 1998 às 4:30 horas

DECISÃO 3-B

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Proc. n.º 598.360.402 – Agravo de instrumento

Agravantes: João Cenci e outros (MST)

Agravada: Merlin S/A Indústria e Comércio de Óleos Vegetais

Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos (presidente e relatora, vencida)

Desembargador Guinther Spode (redator da voto vencedor)

Desembargador Carlos Rafael dos Santos Jr.

Liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos “sem terra”. Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da Justiça Estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no artigo 526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque a demanda versa sobre direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais como mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, à unanimidade; proveram o agravo, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso, vencida a Presidente-Relatora que não o conhecia: à unanimidade, rejeitar a preliminar de deslocamento da competência. No mérito, por maioria, dar provimento ao agravo, vencida a Presidente-Relatora que o denegava. Custas na forma da lei.

Porto Alegre, 6 de outubro de 1998.

RELATÓRIO

A Senhora Presidenta e Relatora, Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos:

Merlin S/A Indústria e Comércio de Óleos Vegetais, em 14.5.1997, celebrou com Agropecuária Primavera Ltda. Escritura Pública de Arrendamento de Imóveis Rurais, registrada no livro de Contratos do Tabelionato de Bossoroca, pelo prazo de 10 anos.

Em face da iminência de ver a propriedade invadida pelos integrantes do Movimento dos Sem Terra, acampados às margens da Rodovia BR 285, em frente da Agropecuária Primavera ou Fazenda Primavera, ajuizou Ação de Manutenção de Posse, cuja liminar foi indeferida.

Em 4.9.98, os integrantes do Movimento dos Sem Terra invadiram as dependências da Agropecuária Primavera e expulsaram os funcionários da fazenda, o que ensejou ingressasse a Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais S/A com Ação de Reintegração de Posse com pedido liminar contra o Movimento dos Sem Terra, alegando, em síntese, que:

- a) na área arrendada com a Agropecuária Primavera estão edificadas as benfeitorias elencadas às fls.;
- b) a área arrendada destina-se à produção agrícola de culturas temporárias, o que não pode ser alterado;
- c) encontram-se estocados aproximadamente 20 mil sacos de soja, 1.200 sacos de soja semente, 60 toneladas de adubo, defensivos agrícolas, óleo diesel;
- d) há exploração da pecuária (80 bovinos);
- e) o MST apossou-se do caminhão da fazenda e transporta invasores de outros locais;
- f) os escritórios foram invadidos e houve destruição de documentos e equipamentos da fazenda;
- g) estão preenchidos os requisitos legais elencados no artigo 927 do CPC;

O Ministério Público manifestou-se pela concessão da liminar requerida; a tentativa de conciliação resultou inexitosa; os representantes do MST foram citados, provavelmente, em audiência, e, quanto aos demais integrantes, determinou-se a citação editalícia.

Conclusos para decisão, entendeu a MM Magistrada em conceder “a liminar de reintegração de posse para determinar que a empresa Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais S/A seja reintegrada na posse do imóvel esbulhado”, determinando que os integrantes do MST procedessem a desocupação voluntária da Fazenda Primavera no prazo de 5 dias, a contar de 11.9.98, data do deferimento da medida.

Inconformado com a decisão proferida nos autos da Reintegração de Posse, interpôs, José Cenci e outros, Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo e concessão de assistência judiciária gratuita, citando, em síntese, que:

- a) o recurso é cabível e tempestivo;
- b) as peças obrigatórias estão juntadas à inicial;
- c) a área correspondente à fração de terras de campos e matos (434ha91ca) localizada no lugar denominado Pessegueiro, no Município de São Luiz Gonzaga é “coisa litigiosa, tanto por iniciativa do titular da propriedade, que pretende anular o arrendamento feito, quanto por credor que já penhorou parte do imóvel e tem até data aprazada para leilão”;
- d) há interesse tanto do INCRA como do INSS na gleba e, portanto, deve-se questionar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação;
- e) devem ser consideradas em feitos desta natureza, as disposições constitucionais e a Resolução n. 2.200-A da ONU a que aderiu a República Federativa do Brasil;
- f) as “ocupações” ou “invasões” de terra não podem ser enquadradas como esbulho possessório pois configuram-se conflito entre direitos que não são prestados “nem pelo Estado, nem pelo livre mercado”.

Em 17 de setembro de 1998, no Plantão, o eminente Desembargador Rui Portanova recebeu o agravo de instrumento, deferindo o pedido liminar para suspender a execução do despejo até decisão final do recurso.

O procurador da agravada foi devidamente intimado e, inconformado com a decisão supra, interpôs Agravo Regimental – não conhecido, em face do que dispõe os artigos 365, III e 385, ambos do CPC –, e ofereceu contra-razões, refutando as pretensões do agravante e requerendo a reforma da liminar deferida.

Vieram as informações da Magistrada; manifestou-se o Ministério Público pelo não provimento do recurso e, a pedido desta Relatora, foi encaminhado ofício dando conta do não cumprimento do artigo 526, do CPC.

Relatei.

VOTO

A Senhora Presidenta e Relatora, Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos:

José Cenci e outros agravaram da decisão da MM Juíza de Direito da 2.^a Vara Cível da Comarca de São Luiz Gonzaga que deferiu liminar de reintegração de posse, ajuizada por Merlin S/A Indústria e Comércio, na sequência de ação anterior de manutenção de posse, esta, com liminar indeferida no mês de julho/98.

1. Em regime de urgência neste Tribunal de Justiça, o eminente Desembargador Plantonista Rui Portanova suspendeu a liminar do Juízo de 1º grau, até decisão final do agravo.

2. A agravada Merlin S/A Indústria e Comércio ingressou com agravo regimental, na forma do artigo 233, RITJRGS, contra a decisão que, nesta Corte, suspendeu a liminar.

3. Inadmitido o Agravo Regimental, inicialmente por ausência de autenticação nas peças principais, quais sejam, decisão de primeiro grau e do Desembargador Rui Portanova, ônus do impetrante.

4. O agravo contra a decisão de primeiro grau.

Não conheço o agravo interposto por João Cenci e outros, pelos seguintes motivos:

4.1. Os agravantes não cumpriram com a disposição do artigo 526, do CPC, conforme noticia o Ofício n. 1.266/98, expedido pela MM Juíza da 2.^a Vara Cível de São Luiz Gonzaga, a pedido desta Relatora.

Não informaram ao Juízo de origem a impetração do recurso de agravo, nem da relação de documentos que o instruíram. Com isto, deixaram de cumprir o disposto no artigo 526, do CPC.

A finalidade do dispositivo é permitir o Juízo de retratação do Magistrado, ínsita ao recurso de agravo.

Deve cumprir a disposição no prazo de três dias, sob pena de preclusão. Não é suprido o requisito, pedido de informações do Tribunal e comunicação do deferimento liminar ou não.

Embora a doutrina e a jurisprudência mantenham divergências sobre a obrigatoriedade do artigo 526, do CPC, esta Câmara tem decidido em outros agravos que o descumprimento da disposição do artigo 526, do CPC, tem como consequência o não conhecimento do agravo.

Assim se posicionou a partir da doutrina do Ministro Sálvio F. Teixeira, referida em acórdão do desembargador Guinther Spode que peço vênia para transcrever:

“Dois são os objetivos da norma: proporcionar ao juiz o juízo de retratação e dar ciência à parte contrária do teor do agravo... ‘Descumprida esta norma, não se conhece do agravo’ (Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em *CPC anotado*, 6.^a ed. atual., Saraiva, p. 360)”.

Nosso Tribunal de Justiça, através de suas diversas Câmaras Cíveis, vem decidindo nesta mesma linha, valendo salientar: AI n. 197.242.423 (3.^a Câmara); AI ns. 197.281.405 e 198.036.998 (4.^a Câmara); AI n. 597.027.564 (5.^a Câmara); e AI ns. 596.220.814 e 596.183.335 (6.^a Câmara).

Aludidas decisões destacam o prejuízo que decorre da omissão porque não enseja ao juízo de origem a possibilidade de retratação (uma das características fundamentais do agravo), além de não se oportunizar ao agravado ciência das razões em que vazada a inconformidade, dificultando-lhe a resposta.

Acrescento ainda a dificuldade que o juiz terá para prestar informações, especialmente quando há nos autos mais de uma decisão e sequer o Magistrado sabe contra qual delas foi interposto o agravo.

José Carlos Barbosa Moreira e grande parte da jurisprudência tem entendido que “tem-se sustentado que o descumprimento da norma pelo agravante impede que o tribunal conheça do agravo, rendendo ensejo, inclusive, ao trancamento da respectiva tramitação pelo relator” (art. 557, *caput*) *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 500.

Ainda permito-me transcrever as ementas dos acórdãos ns. 197.242.423, 197.281.405 e 198.036.998:

“Ação de reintegração de posse. Interposição do recurso de agravo. Descumprimento do disposto no artigo 526 do CPC. Não se conhece de recurso por ausência de cumprimento de pressuposto legal obrigatório referente ao juízo de admissibilidade recursal. Portanto, houve infringência ao disposto no artigo 526 do CPC. Agravo não conhecido. Voto vencido”.

“Agravo de instrumento. Descumprimento do artigo 526 do CPC. A exigência do artigo 526 do CPC trata-se de pressuposto processual, cujo desatendimento acarreta o não conhecimento do recurso. Agravo não conhecido”.

“Agravo de instrumento. Descumprimento dos artigos 526 e 511 c/c 525, § 1º, todos do CPC. A exigência do artigo 526 do CPC trata-se de pressuposto processual, cujo desatendimento acarreta o não conhecimento do recurso. Conforme artigos 511 e 525, § 1º, do CPC, com redação que lhe deu a Lei n. 8.950/94, o preparo deve ser comprovado quando da interposição do agravo. O fato de ter sido interposto em serviço de plantão, quando não aberto estabelecimento bancário não é motivo justificado para possibilitar o pagamento do preparo posteriormente, mesmo que no mesmo dia. Agravo não conhecido”.

Com estas considerações, não tendo os agravantes cumprido com as disposições do artigo 526, CPC, não conheço do agravo, ficando restabelecida a situação anterior à sua interpelação.

Ineficaz a suspensão antes deferida.

É como voto.

O Desembargador Guinther Spode:

Preliminarmente se impõe cumprimentar a Eminente Relatora e Presidente desta Câmara por duas razões:

A primeira, por ter pautado o processo para hoje, evitando que a circunstância de ser julgado às vésperas das eleições pudesse gerar um clima emocional e, por isso, desfavorável a um julgamento sereno e

que proporcione uma eficaz solução para este litígio, revelador, sem dúvida, do gravíssimo problema social que está por trás dos fatos aqui debatidos.

A segunda, porque ciente da importância do feito em debate e não se furtando do seu dever de julgar, retardou o início de suas merecidas férias para poder estar aqui participando como Relatora e Presidente.

DO CONHECIMENTO DO RECURSO

A Eminente Relatora reproduz em seu voto parte de um acórdão de nossa Câmara em recurso de que fui o Relator. Naquela oportunidade entendi de não conhecer do Agravo, porque descumprida a disposição do artigo 526, do CPC.

Peço *venia* à Eminente Relatora, porque hoje conhecerei do Recurso mesmo que os agravantes não tenham juntado aos autos do processo cópia do agravo interposto. Justifico porque.

O feito que deu origem à decisão agravada, sem dúvida, versa sobre direitos fundamentais do homem, tratando-se, portanto, de demanda incomum.

Diante desta singularidade, penso não ser possível mantermo-nos presos às amarras da legislação, especialmente da processual que é apenas veículo para se chegar à melhor decisão. Por melhor decisão, deve-se entender, é óbvio, a mais justa. Para se chegar ao justo, nem sempre podemos nos socorrer da legislação específica porque, quando estamos diante de princípios (ainda mais quando universais) de direito, se inverte aquela regra de hermenêutica, segundo a qual a lei especial derroga a geral. Ora, se é inquestionável do ponto de vista hermenêutico que lei especial não derroga lei principiológica, princípios fundamentais de direito, reconhecidos universalmente, por óbvio se sobrepõem a qualquer norma especial de direito interno.

Por esta razão e ainda por outras que enumerei ao analisar o mérito da matéria objeto do presente recurso, que conheço do agravo.

O Desembargador Carlos Rafael dos Santos Jr.:

Eminentes colegas, também vou conhecer do agravo, embora tenhamos votado em sentido diverso numa sessão realizada há poucos dias.

No início do debate sobre a importância, validade e consequência do descumprimento do artigo 526 do CPC, já me havia inclinado por não lhe emprestar a importância que levasse a não se conhecer do recurso quando violado este dispositivo.

Todavia, nesse julgamento citado no voto da Eminente Relatora, entendi, com a maioria que já se anunciava, que seria o caso, até por política judicial para propor-cionar ao recurso o juízo de retratação no 1.º grau, de também não conhecer do recurso.

Até para evitar tautologia, deixarei de reproduzir as palavras do eminente Desembargador Guinther, mas me parece que, no caso presente, há um interesse maior. Fiz um levantamento da jurisprudência da nossa Corte e vejo que a maioria está se inclinando por conhecer dos recursos, mesmo que desatendido o dispositivo do artigo 526 do CPC.

Por isso, também conheço do recurso.

A Senhora Presidenta e Relatora, Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos:

Vencida a primeira preliminar, passo ao exame do argumento, não formalizado na via própria da execução, mas como prévia, neste agravo, da possível competência da Justiça Federal e não da Justiça Estadual, por pendente Execução Fiscal do INSS contra os proprietários do imóvel, com penhora e licitação marcada para o dia 7 de outubro/98 e o interesse do INCRA na fazenda.

Desacolho o argumento.

A discussão é entre partes sem o privilégio do foro invocado, envolvendo exclusivamente posse atual, sem que outras ações com garantia real em andamento, venham a impedi-la.

Não há interesse da União e suas autarquias sendo discutido no processo. A existência de penhora ou hipoteca, por dívida dos proprietários, não dos agravados, não torna a posse litigiosa.

Inaplicável as disposições do artigo 109, § 1º, da Constituição Federal.

A resposta do INCRA de que tem interesse na área, desde que livre dos litígios judiciais paralelos, não tem o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal.

A União só seria parte após consolidar a propriedade, respeitando o devido processo legal, decididas as demais questões jurídicas que envolvem proprietários e arrendatários; no caso, os agravados.

Rejeito esta preliminar.

O Desembargador Guinther Spode:

COMPETÊNCIA

Aos fundamentos da eminente Relatora, com os quais concordo, nesta parte, agrego os seguintes.

Mesmo que não tenha sido expressamente argüida como preliminar, as razões do Agravo no item 2, versam a questão, cogitando da hipótese do feito ser submetido à Justiça Federal.

Entendo não ser o caso.

Apesar do eventual interesse do INCRA pela área da fazenda invadida, estaria limitado a uma aquisição, eis não se tratar de imóvel rural improdutivo e, por isso, insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária.

Nestas condições, o interesse do INCRA em relação ao imóvel teria natureza puramente negocial, não se constituindo em questão a ser submetida ao Judiciário.

Por isso, o litígio relativo à posse é da competência da Justiça Estadual, pois circunscrito à empresa agravada e aos “sem terra”, acampados no local.

O Desembargador Carlos Rafael dos Santos Jr.:

De acordo.

A Senhora Presidenta e Relatora, Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos:

O argumento prévio de que a relação jurídica entre arrendadores e arrendatários é litigiosa não confere com a verdade fático-jurídica.

A proprietária da área, Agropecuária Primavera, que arrendou a área aos agravados, não questiona a “posse direta” transferida à agravada através de contrato de arrendamento por escritura pública, devidamente registrada.

O argumento alinhado é de que existe ação pendente entre proprietários e arrendatários.

A ação aforada é de Anulação de cláusulas referentes ao preço e ao prazo do arrendamento, 10 anos.

A lide instaurada entre a agravada e arrendadora não trata de Rescisão de Contrato ou Retomada do Imóvel; limita-se a discutir, no Judiciário, cláusulas que considera abusivas.

Logo, a ação referida não torna litigiosa a posse.

O direito de defendê-la contra turbção ou esbulho lhe é garantida, na forma do artigo 499 do Código Civil.

A posse foi legalmente transferida pela escritura de arrendamento e é dever do arrendatário preservá-la, guardá-la e defendê-la de terceiros que, injustamente, a violem.

Arrendou pela escritura pública, cuja cópia está anexada às fls., uma área composta por três registros com, respectivamente, 890ha20a, 434ha91a e, outra 50ha, devidamente individualizadas e limitadas, destinada à produção agrícola de culturas temporárias de soja, trigo, milho e outras, devendo observar as técnicas para preservação e fertilidade do solo, realizar obras necessárias e devolver, ao término do contrato, o imóvel arrendado.

A posse da agravada está comprovada não só pela identificação e instrumento acima referido, como pelo uso efetivo da área para atividade agrícola. A agravada mantém empresa em pleno funcionamento. Existem escritórios, casas, demais prédios para uso de empregados e oficinas, armazéns, silos e outros.

Conforme consta de peças e relação, existem 300ha de trigo prestes a serem colhidos, 300ha de aveia e também milho, 80 animais, utensílio, maquinaria, 20 mil sacos de soja no silo e 1.200 de soja semente, bem como outros produtos a pleno funcionamento e produção.

Não tenho qualquer dúvida que a Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais tem a posse, sendo a área útil e produtiva, portanto, observando o fim social a que se destina.

O esbulho praticado pelos réus é notório. Não questionam que tenham invadido a área, tanto que compareceram em juízo e até audiência conciliatória foi tentada pela Magistratura, que refere, em suas informações, ter constatado o uso útil e social do imóvel.

Não lhes socorre direito, face a lei civil.

A invasão praticada por força coletiva de grupo organizado não tem sustentação jurídica nos nossos Códigos, nem lei própria a regulá-la.

Os argumentos suscitados pelos agravantes para manter a invasão são de natureza moral e de caráter político-social, suscitando seus direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal.

A questão social invocada é conhecida e existe não só na zona rural, como também nas cidades com o direito à habitação e suprimento das necessidades básicas de sobrevivência. Porém, o Judiciário, onde os conflitos deságuam já em grau de enfrentamento, não tem o poder material, nem jurídico para solucionar eficazmente tais problemas de política social do Estado.

O juiz não é um mero interpretador das leis; procura humanizá-las, afeiçoá-las aos princípios de Justiça, adstrito aos limites constitucionais.

Também o Juiz não pode ignorar a lei, desconsiderando direitos também legítimos, violando o princípio do justo no caso concreto a decidir.

Nas invasões coletivas, com argumento moral a embasar o pedido, os dados concretos, caso a caso, é que ditarão a Justiça, nos limites da lei civil e do embasamento constitucional vigente, em face da ausência de disposições específicas próprias.

Os Governos, ao longo de décadas, vêm descurando do problema social. Não reservam todas suas energias e recursos para reduzi-lo, e encaminhá-lo de forma competente, a uma situação se não ideal, pelo menos mais justa.

Com sua ineficiência e burocracia, ao invés de dar um equacionamento, no caso específico da produção agrícola e repartição da terra para finalidades produtivas, alimenta, de um lado, a insegurança de produtores e proprietários, com decréscimo da necessária produção de alimentos e, de outro, alimenta o conflito, mantém grupos ociosos, desvinculados do trabalho, massa esta que torna improdutivo a terra invadida, até pela força da circunstância da provisoriedade da instalação.

No caso sob exame, verifico que a terra invadida e reintegrada não é uma área improdutivo, sem função social.

A Constituição, ao inserir a função social como pressuposto da propriedade, em seu conceito, encaixou propriedade, cuja posse direta é útil, produtiva e econômica.

Os agravados exercem socialmente a sua função; evidente que não desmerece ser uma empresa de exploração agrícola, pois produz alimentos, mantém pessoas trabalhando, gerando, portanto, riquezas e bens necessários à sobrevivência.

A posse pleiteada não é sobre uma área pública abandonada, desviada de seus fins, servindo a interesses de poucos.

Também não é uma área particular, improdutivo, apenas servindo a interesses especulativos futuros ou gananciosos.

Se esta fosse a característica, o exame e a decisão poderiam sim atender ao dispositivo constitucional.

Mas este não é o caso dos autos. Os agravantes invadiram área que exerce função social. Portanto, não lhes socorre a invocação. Se assim decidisse o Magistrado, estaria invertendo subjetivamente a ordem legal, ficando a seu talante subjetivo a decisão, atribuindo a si poderes para os quais não está legitimado.

Ora, explorando os agravados economicamente toda a área, com trabalhadores e relações de trabalho e produção, em pleno andamento, estão a exercer direitos garantidos pelo artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXIII, atendendo a função social nela inserta e, portanto, o direito a exigir a proteção possessória, garantida pelos artigos 499 do CC e 926/927 do CPC.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

O Desembargador Guinther Spode:

DO FATO

Para iniciar a apreciação, devemos ter bem presente o fato, em relação ao qual parece inexistir dúvida.

Um grupo de colonos “sem terra” que, segundo afirmado pela empresa agravada, fazem parte do MST (Movimento dos Sem Terra), invadiu a Fazenda Primavera, no Município de Bossoroca, Comarca de São Luiz Gonzaga.

A Fazenda Primavera foi arrendada pela agravada Merlin S/A da Agropecuária Primavera Ltda., em maio de 1997, pelo prazo de 10 anos.

Segundo consta, a área estaria em parte plantada e outra estaria sendo preparada para o plantio.

Em suma, não se trata de área improdutiva, em consequência insuscetível da desapropriação para fins de reforma agrária.

De outro lado, os invasores, cerca de 600 famílias de “sem terra”, vinculadas ao MST, ou seja, famílias que certamente já estão bom tempo acampadas no aguardo de uma solução para o seu problema.

Lá pelas tantas, o grupo resolve invadir, e efetivamente invade, a Fazenda Primavera.

Houve invasão? Houve!

Sofreu a agravada esbulho na sua posse? Sofreu!

Mas então a matéria de direito discutida é singela e a solução só pode ser uma.

Não é bem assim, contudo.

“A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador, pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos de Direito, o magistrado aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função autônoma e irredutível em relação às outras esferas da competência do Estado” (Antônio Carlos Wolkmer, em *Ideologia, Estado e Direito*, Revista dos Tribunais, 1989, p. 146).

Como referi de início, discute-se neste feito direitos fundamentais.

Direitos fundamentais ou bens fundamentais como mínimo social:

Os direitos fundamentais dos homens (inclusive os brasileiros), segundo a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, cujo cinquentenário estamos comemorando em 1998:

“Diferentemente da ‘Declaração de 1789’, (que proclamava os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade), estão impregnados de conotações mais modernas, tais como: igualdade, dignidade, não discriminação; direito à vida, à liberdade,... Do artigo 22 até o artigo 28, a Declaração Universal consubstancia os direitos sociais do homem, assim: direito à segurança social (que a humanidade levou séculos para conquistar e que alguns dos projetos de reforma da Constituição, propostos pelo Governo, querem simplesmente eliminar) e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; direito ao trabalho, à escolha do trabalho, à condição satisfatória de trabalho, e proteção contra o desemprego, o salário condigno, à liberdade sindical” (José Afonso da Silva, em *Curso de direito constitucional positivo*, 7.ª ed., Revista dos Tribunais, p. 146, no Capítulo “Formação Histórica das Declarações de Direitos”).

Assim, cabe perguntar:

- Os direitos sociais, indispensáveis à dignidade humana, o direito ao trabalho, à escolha do trabalho, as condições satisfatórias de trabalho dos sem terra estão sendo respeitados?

- Pode ser considerada socialmente digna a vida destas famílias, acampadas, sem as mínimas condições de higiene, saúde, segurança? Viver à margem de estradas e em barracas e sendo expulsos ou despejados de um lugar para outro pode ser considerado socialmente digno?

- E o direito ao trabalho? Os colonos sem terra são agricultores. Sua profissão é esta, mas para exercê-la necessitam de terras para plantar. Como não possuem terras e não lhes são propiciados meios para adquiri-las, vêm-se na triste contingência de invadir áreas improdutivas ou que, mesmo que produtivas, estejam incluídas entre aquelas que o Poder Público poderia adquirir (como é o caso da Fazenda Primavera).

“O homem e não a terra deve ser a base de toda a reforma agrária” (Ruy Cirne Lima, citado por Oswaldo e Silva Ortiz, na abertura de todos os três volumes do *Tratado de direito agrário brasileiro*, Saraiva).

Na tentativa de ser mais claro e mais específico, vejamos o que têm juristas de outras nacionalidades a nos dizer.

O eminente jurista argentino Ricardo Luís Lorenzetti, em sua obra *Fundamentos do direito privado* (Revista dos Tribunais), cuja tradução para o português foi lançada em Porto Alegre, na semana passada, (2.10.98), por ocasião do XIV Curso Brasilcon de Direito do Consumidor, realizado no Auditório da Assembléia Legislativa, no Capítulo IX, ao versar as “garantias de bens fundamentais”, escreve com invulgar precisão (p. 328):

“I - Garantias de bens fundamentais.

2. Os bens fundamentais como mínimo social.

A noção de bens fundamentais é utilizada por Rawls para indicar que eles são descobertos através da indagação de quais condições sociais são necessárias para tornar possível que as pessoas realizem sua idéia do bem e desenvolvam e exerçam suas capacidades morais.

O indivíduo necessita de alguns bens desta índole para desempenhar-se minimamente na sociedade: liberdade, trabalho, moradia, educação, saúde.

Trata-se de bens que correspondem à qualidade humana, e o Direito, assim como a organização social e econômica, serve ao homem; se é que existe uma concepção personalista do ordenamento jurídico, estes bens deveriam ser garantidos, posto que, do contrário, não caberia falar de pessoa.

Por esta razão, pode afirmar-se que esses bens fundamentais são um mínimo social, uma base que corresponde ao bom funcionamento da organização humana e que permite a ela continuar sendo chamada desta maneira” (obra citada, p. 328).

Mesmo que desnecessário (para o fim de decidir o Agravo) argumentar acerca da possibilidade da área ser adquirida, cumpre registrar que a mesma, segundo afirmado nos autos, está penhorada para o INSS e para o Banco do Brasil, circunstância esta que, diversamente do alegado pelo INCRA (que alega não querer comprar litígio), até mesmo facilitaria a aquisição, caso efetivamente houvesse interesse.

Voltando ao fato e resumindo o dilema que pende de solução, temos, de um lado, o esbulho à posse de uma empresa, de outro, os direitos fundamentais (o mínimo social) de 600 famílias a reclamar proteção.

Evidente que a melhor alternativa para solver o litígio seria a conciliatória. Como esta não se viabilizou, vieram as partes a Juízo.

Em suma, para decidir, ter-se-á, obrigatoriamente, de optar entre duas alternativas: 1.^a - o prejuízo patrimonial que a invasão certamente causará (ou até já está causando) à empresa arrendatária das terras ocupadas; 2.^a - a ofensa aos direitos fundamentais (ou a negativa do mínimo social) das 600 famílias dos “sem terra” que, sendo retirados de lá, literalmente não têm para onde ir.

Apesar da agravada afirmar na fls., que o INCRA já teria colocado à disposição do MST outra fazenda, para onde seriam removidos os acampados, nenhuma prova a respeito disto veio aos autos.

Os doutrinadores afirmam que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a outra opção for esta.

Não bastante a doutrina apontar esta solução, o bom senso impõe tal direcionamento.

Tentando, tanto quanto possível, ficar dentro dos estritos limites do agravo de instrumento que examina o pedido liminar de uma ação de reintegração de posse, no meu modesto entender, sobram razões para, por ora indeferir a reintegração pretendida pela empresa agravada. Sendo assim, meu voto será no sentido de dar provimento ao agravo, mantendo os “sem terra” na posse da Fazenda Primavera.

Evidente que, incorrendo, no futuro próximo, solução conciliatória, prosseguindo a instrução, desde que demonstrados alguns aspectos aludidos pela agravada, deverá ela ser autorizada a retirar da fazenda os bens alegadamente lá existentes, muitos deles sem qualquer utilidade para os atuais ocupantes (os documentos, por exemplo). Até mesmo uma autorização especial para a colheita do trigo e aveia deve ser apreciada com urgência.

Neste passo, lamento não ter sido realizada uma detalhada inspeção judicial, inclusive com amplo levantamento fotográfico, eis que registraria, naquela oportunidade, sem qualquer margem de dúvida, a real situação das terras, dos prédios, estoque de grãos, adubos, defensivos, e o estado de todos os demais acessórios.

O JUDICIÁRIO E OS CONFLITOS SOCIAIS:

Mesmo que já definida minha posição, cabem ainda algumas considerações que, propositadamente, deixei para este momento, exatamente para evidenciar não serem estes os fundamentos da decisão, mas aqueles já expedidos.

Segundo Zaffaroni (havido como o maior, ou pelo menos dos maiores juristas modernos ainda vivos), na sua obra *Poder judiciário, crise, acertos e desacertos* (Revista dos Tribunais, 1995, traduzido para o português por Juarez Tavares): “... é certo que o Estado é mais complexo do que outrora e que as relações jurídicas se multiplicaram” (obra citada, p. 23).

Segue o renomado jurista: “O limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado moderno. A justiça moderna não pode ser ‘a política’ nesse sentido, e hoje mais do que nunca deve-se reconhecer que o poder judiciário é ‘governo’” (obra citada, p. 24).

Depois de referir que a realidade atual ampliou sobremaneira o espectro colocado sob o crivo judicial, Zaffaroni prossegue, com invulgar sapiência: “Não obstante essas demandas, reconhecidas universalmente e complicadas mais pela nossa problemática periférica do poder mundial, as estruturas judiciárias ampliaram-se, mas não foram realizadas as transformações qualitativas necessárias para adaptá-las às novas formas de conflito que devem enfrentar. Como é natural, a função manifesta – pouco explícita – é superada pelas demandas, e a distância destas para com as funções latentes ou reais torna-se paradoxal. [...] É a democratização da nossa sociedade, a liberdade de informação e de crítica que potencializa a criatividade e a expressão do pensamento, como também a aceleração das comunicações, o que precipita o resultado de que o judiciário, que antes era tema de minorias, se instale hoje na opinião pública de nossos países” (op. cit., p. 25).

Os ensinamentos do mestre continuam:

“3. Dificuldade de análise

A análise dos problemas judiciários é dificultada na medida em que se faz pública, com a conseqüente incidência de fatores eleitorais. Mas isto constitui também um interessante desafio, pois, definitivamente, democratiza o problema.

Inobstante, não se pode atribuir a culpa a outros setores, sem levar em conta de que, em boa parte, se deveria reprovar a omissão dos teóricos a respeito disso. Salvo exceções, não se pode falar de um verdadeiro desenvolvimento teórico do tema na América Latina. Têm sido realizados estudos sociológicos, mas não há tradição de uma ‘sociologia judicial’ na região. Contudo, o que consideramos mais grave é que nem sequer poderemos falar de uma tradição de ‘teoria política da jurisdição’, se entendemos por isso: a) o esclarecimento da função manifesta que se lhe pretende atribuir; b) a análise da função real que exercita e c) a necessária crítica à estrutura institucional para otimizá-la com relação às suas funções manifestas (neste último incluímos especialmente a forma de direção ou governo, a seleção dos juízes e a distribuição orgânica)” (p. 25-26).

“O certo é que nunca se estabeleceu um verdadeiro debate sobre o judiciário e seu modelo” (op. cit., p. 28).

O mais grave, diante de tudo isto é que os arautos da reclamada “reforma” do judiciário, entre eles incluídos até mesmo altos mandatários (ou ex-mandatários) do próprio poder, têm apresentado propostas superficiais, para não dizer ridículas e simplórias, todas elas sem a menor possibilidade de qualificá-lo. Ao contrário, são proposições que diminuem a independência do poder, num indicativo claro de que se caminha para a sua redução a mero apêndice do Executivo. O mais triste é o fato de que tais “reformadores” contam com o apoio de gente nossa, freqüentemente homenageada pela própria classe, como beneméritos do poder e da magistratura, quando em verdade estão fazendo o “jogo” dos poderosos, bem ao ensejo da política entreguista proposta.

O que está a perigo, portanto, é o próprio Estado Democrático de Direito, pois sem Judiciário independente, inexistente democracia.

Nesta perversa linha ideológica, que visa diminuir a importância do Judiciário, porque ele, com suas decisões, contraria o interesse dos poderosos, quando decide em favor da cidadania, optando pela defesa dos direitos fundamentais, em detrimento do aumento das fortunas patrimoniais, têm sido jogadas sobre os ombros da justiça questões que não são de sua alçada resolver.

Boa parte de graves conflitos sociais, entre eles o êxodo rural, a reforma agrária, que não se realiza, que deveriam ser resolvidos nas outras duas esferas do Poder Público, especialmente no âmbito do Executivo, têm sua solução deliberadamente protelada por opção ideológica e política, eis que a maioria dos recursos não são aplicados na área social.

Ainda, conforme ensinamentos do jurista Zaffaroni:

“Nesses casos, o deslocamento do conflito está motivado por uma transferência da responsabilidade à agência judiciária, à qual, por sua maior vulnerabilidade (e menor poder), é mais fácil atribuir inoperância, ineficácia, negligência, corrupção etc.

Os operadores das agências políticas estão melhor treinados do que os juízes, no que diz respeito à manipulação da opinião pública. Isto lhes permite repassar conflitos, gerando falsas expectativas de solução no âmbito judiciário. Os juízes, de sua parte, freqüentemente satisfazem ao seu narcisismo na medida em que, por lhes serem transferidos graves conflitos sociais, se sentem projetados ao centro da atenção pública. Deste modo, não percebem que estão carentes de atuais expectativas, as quais em seguida gerarão frustrações.

Diante da frustração se produz a deterioração da imagem pública do poder judiciário, o que legitima qualquer sacrifício das garantias e dos direitos.

(...) o artificial deslocamento dos conflitos sem solução serve não apenas para elidir responsabilidade e para afastar princípios que jazem nas mais elementares garantias republicanas, como também termina destruindo a independência judiciária, porque, depois do descrédito, a intervenção dos poderes partidários no judiciário provoca menor resistência pública ou até é recebida com o beneplácito da opinião pública. Um claro exemplo desta manobra foi o caso peruano” (op. cit., p. 33).

No Brasil, ao que parece, a manobra recentemente também tem sido neste sentido. Esbarrará, contudo, em roucas e impotentes vozes como esta, mas que não silenciará facilmente, mesmo que órfã.

Aliás, foi este o papel que pretendi desenvolver como dirigente de associação de classe, aqui e perante o Congresso Nacional, apoiado pela excelência dos incomparáveis subsídios do Grupo de Estudos Constitucionais da Ajuris, capitaneado pelo então juiz de direito, hoje desembargador, Aymoré Roque Pottes de Mello. Nos atritamos no seio de nossa própria classe, taxados de radicais e de que estávamos vendo fantasmas. Passado algum tempo, e perdidas as melhores oportunidades, para uma defesa mais eficiente, corajosa e até intransigente (porque com os direitos fundamentais e com as garantias da magistratura, que não são nossas, mas do povo, não se transige), desesperados debatem-se eles agora, na tentativa, hoje menos provável, de salvar “alguma coisa” do incontável afã reformista promovido pela esmagadora e reacionária maioria política. Maioria esta que, conseguindo aprovar, como tudo indica vai conseguir, ocasionará incalculável prejuízo institucional à nação. Direitos sociais que se consolidaram universalmente depois de

séculos de luta (e que no Brasil sequer completaram uma década) estão sendo solapados. Como escrevi em recente artigo, que está pautado para ser publicado no *Correio do Povo*, “já não posso mais ficar calado!”

Ainda citando o mestre Zaffaroni:

“Estas escaramuças, cuja mecânica simplista contrasta com sua gravidade constitucional, são extremamente perigosas para o futuro de qualquer democracia, porque neutralizam o poder moderador do judiciário. Um judiciário sem poder para impor um mínimo de controle constitucional e sem uma discreta capacidade de solução de conflitos não pode limitar o poder das agências partidárias. As maiorias conjunturais excederão todos os limites do espaço republicano e entrarão em um campo de luta, na qual qualquer meio será válido, culminando por impor a demagogia e a força sobre a serenidade e a racionalidade” (op. cit., p. 33).

Espero que prevaleça, pelo menos em solo gaúcho (precursor das liberdades e defensor intransigente da democracia), a serenidade e a racionalidade, em detrimento da força.

Voto (e concito meus eminentes pares a me acompanhar) pelo provimento do recurso, desconstituindo a liminar de reintegração de posse concedida em primeiro grau.

O Desembargador Carlos Rafael dos Santos Jr.:

A questão que ora se examina neste recurso de agravo de instrumento transcende, em muito, o mero exame do texto legal, da doutrina mais influente ou da jurisprudência majoritária. Trata-se, à toda evidência, de uma revisão de todo um ordenamento jurídico, e da postura dos juristas mais eminentes e conhecidos, exteriorizada, então sim, pelos escritos e julgados que se conhece.

O nosso ordenamento jurídico, e não é de hoje, sempre emprestou, aos valores sociais e garantias individuais, larga importância. Isto é da tradição da legislação brasileira, podendo-se citar, até mesmo, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, outorgada em negro período da vida política brasileira, que, não obstante isso, continha normas de garantia de direitos individuais importantes e até mesmo não repetidas pela atual Constituição Federal, tida como a mais democrática dos tempos modernos, pensamento este ao qual aderimos. Todavia, aquela emenda constitucional, vedava, modo absoluto, a violação das comunicações telefônicas, hoje admitida, para fins de instrução criminal, nos termos do artigo 5º, XII, da Carta Magna. Esta pequena incursão faz certa a tradição, aliás reconhecida pelo despacho liminar do eminente Desembargador Rui Portanova, de que o direito legislativo pátrio sempre tendeu a ter uma visão social, voltada para o atendimento das necessidades básicas do homem, enquanto pessoa, ser pensante e digno, qualquer que seja a sua condição, pessoal, econômica, de raça, sexo e convicções. Hoje, a Constituição Federal, em seu artigo 5º em especial, da mesma forma, é repositório de um espectro ainda maior de direitos e garantias dos cidadãos, sem embargo de outros dispositivos de igual importância.

Embora esta constatação, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, o que se percebe é uma tentativa, ao que parece a cada dia de mais fácil identificação, de profanar a *mens legis* destas normas legais, cujo valor axiológico originário se tenta amiúde alterar. E note-se, a respeito, que esta tentativa de travestir tais dispositivos legais, extirpando-lhe o cunho de garantia, para vesti-los com roupagem diferente, sempre contém a tentativa de afastar a valoração da norma daquela que o legislador lhe emprestou, de evidente garantia de direitos, fazendo-a letra morta, ineficaz, de eficácia contida, ou a interpretando de modo o mais afastado possível de seu real e, muitas vezes, escancarado objetivo de garantia dos direitos individuais dos cidadãos.

Assim é que, à limitação constitucional dos juros, se atribui eficácia contida, emprestando maior valor a portarias de órgãos administrativos governamentais, à Lei n. 9.009/90, que veda a penhora de móveis que guarnecem a residência do devedor, se dá interpretação limitada, para permitir a excussão de alguns destes bens. A Lei n. 7.210/84, Lei de Execuções Penais, se descumpe hodiernamente, já que contém garantia de direitos de presos, que estão fora do mercado de consumo, e por isso, não interessam. O Decreto n. 22.626/33, a conhecida Lei de Usura, não se aplica às instituições financeiras, e assim sucessivamente. Há menos de 48 horas, tivemos um pleito eleitoral dos mais importantes, presidido por quem se declarou favorável à vitória de

um dos candidatos, o que, normalmente, e à luz do direito legislado, chama-se suspeição do juiz, mas já se notam vozes afirmando, neste caso, não haver qualquer mácula. Evidencia-se o motivo de tal interpretação. Se o bafejado pela preferência do eminente presidente do processo fosse outro candidato, certamente, as manifestações seriam muito diversas. Não obstante, quando o Juiz, interpretando qualquer norma de direito, se distancia um pouco deste rumo previamente traçado, e ousa interpretar a norma de modo menos fixado, dando-lhe uma visão mais socializada, mais voltada para o Homem, e menos servil a Sua Excelência O Mercado, de pronto a mídia, serva maior dos grandes interesses econômicos, até porque também visa ao lucro, trata de tachar o fato de violação legal, como se estivesse o magistrado procurando subverter a própria ordem, e não apenas exercendo sua precípua função social, já que poder de Estado.

Recordo, ainda, que nas formaturas das inúmeras Faculdades de Direito deste País continental, muitas vezes ouvi compromissos no sentido de que o advogado, que todos nós, na essência, somos, deve lutar com denodo pelo direito, mas que, quando em conflito o direito e a justiça, cederá fileiras com esta. E esta postura é que se espera venha a tocar, ainda que lentamente, mas a cada dia mais, as folhas da árvore da Justiça.

No caso dos autos, se está diante desse dilema. A aplicação da norma jurídica que disciplina a posse e a propriedade em sua acepção e valoração mais costumeiramente encontrada na jurisprudência e doutrina tradicionais, se concluirá por denegar o agravo. Todavia, já se nota, não é assim que penso se deva agir no caso dos autos, em que se está a tratar de direitos fundamentais do cidadão, como bem posto pelo eminente Desembargador Guinther, em seu lúcido voto.

Com efeito, a Constituição Federal, ao garantir o direito de propriedade e possessório que lhe é inerente, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, condicionou seu exercício ao atendimento de uma garantia maior, qual seja, a de que este exercício, do poder dominial em toda a sua amplitude, fica limitado, ao atendimento de sua função social.

Respeitante à terra, mãe provedora de todos nós, já que a extração de nossa subsistência a ela se liga diretamente, deve atender não apenas ao sentido funcional direto, de ser produtiva, senão, também, a um sentido oblíquo, considerado o tempo e o lugar em que os fatos se dão, de garantir o abrigo seguro, a casa, a moradia, e o sustento do povo, que, em um exame mais teleológico, é seu verdadeiro senhor.

Tenho para mim que, de fato, o despacho liminar concessivo da reintegração da agravante na posse do imóvel não examinou estes fundamentos limitadores do direito à posse. A decisão liminar, que já citei, com muita propriedade (mas aqui de conhecimento), percebeu e referiu, modo expresso, o tema, cujo tópico transcrevo para evitar tautologia:

“A decisão só se preocupou em fundamentar o fato (ocupação/invasão) e a norma (art. 499, do Código Civil Brasileiro e 926 do Código de Processo Civil). Não há sequer uma referência à dimensão valorativa do direito de propriedade (função social). Renovada *venia*, a Constituição Federal (Lei Maior) e seu inciso XXIII não mereceu a devida consideração”.

De outra banda, é de se referir que a área é objeto de penhora, para a garantia de débito fiscal com a União, o que conduz à possibilidade de que a propriedade do imóvel em debate venha a consolidar-se em mãos desta. E a União é a maior responsável pelo atendimento dos direitos, garantidos aos cidadãos, pela Constituição Federal. Aqui, vislumbro a possibilidade de que se adote, no caso em exame, uma solução voltada para essa função oblíqua da propriedade, não apenas de garantia da produção, mas de agasalho, casa e refúgio do cidadão.

Gize-se que, ainda que a área seja produtiva, se não obstante tal produção, seus proprietários não vêm atendendo aos impostos, incidentes ou não sobre a área discutida, a função social da propriedade não está sendo atendida. Ocorre que a produção singelamente considerada tem função direta de lucro ao produtor, que a vende pelo preço melhor possível, e somente secundária, de alimentação do povo. A função social direta da empresa produtiva é o recolhimento de impostos, taxas públicas, encargos sociais, e a geração de empregos. Aqueles porque aplicados, pelo menos em tese, na garantia dos direitos mínimos da população, na saúde, na educação, no transporte, alimentação e moradia, este porque, como disse o poeta, sem o seu trabalho o

homem não tem honra. E ao que parece, já que pendente execução movida pela União contra os proprietários do imóvel, esta propriedade não vem atendendo a sua função social, considerada em sua plenitude.

E este exame, mais profundo, da produtividade da área, de sua função social efetivamente exercitada, em todos os seus termos, demanda maior investigação probatória, notadamente a demonstração da efetividade da penhora noticiada nos autos, do atendimento dos impostos incidentes, da origem da execução em que penhorada a área, de sua produção e outros itens ainda não examinados ou, pelo menos, não passíveis de exame liminar.

Anoto, ao final, que a questão é eminentemente política, de há muito se verificando a omissão, na solução da questão agrária, das autoridades do Executivo, postura esta extremamente cômoda, na medida em que os particulares atingidos por atos desta natureza, por si, providenciam na defesa de sua posse ou propriedade através da demanda judicial própria.

E a isto, o Judiciário tem servido, infelizmente, atribuindo foro de mera questão jurídica, a um dilema político de alta importância, e que as autoridades do Executivo se furtam, esquecem ou não querem resolver. Esta postura, todavia, cessa aqui.

Com estas considerações acompanho integralmente o Desembargador Guinther e dou provimento também ao agravo, para desconstituir a liminar concedida em primeiro grau, e determinar dilação probatória sobre estes temas que dizem diretamente com a função social da área cuja posse se discute.

Determinaria, ainda, Senhora Presidente, Eminente Colega, que fosse comunicado ao INCRA, isto em face da circunstância do interesse manifestado por esta autarquia na área, que os credores dos proprietários da área são a União, através do INSS, que já a tem constrita, e o Banco do Brasil S.A., tudo em resposta ao Ofício INCRA/SR (11) G n. 266/98, possibilitando, desta forma, o acordo de credores que, certamente, levará a uma solução política para a questão.

A Senhora Presidenta e Relatora, Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos:

A decisão é a seguinte: “Por maioria, conheceram do recurso, vencida a Presidenta-Relatora que não o conhecia. À unanimidade, rejeitaram a preliminar de deslocamento da competência. No mérito, por maioria, deram provimento ao agravo, vencida a Presidenta/Relatora que o denegava”.

DECISÃO 4

EMENTA E EXCERTO DO ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus* n.º 5574/SP (97.0010236-0)**

Impetrantes: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros

Impetrado: Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo

Pacientes: Marcio Barreto (preso), Felindo Procópio dos Santos, Claudemir Marques Cano,

Laércio Barbosa e José Rainha Junior

(por maioria, julgado em 08 de abril de 1997)

SEXTA TURMA

Ministro Anselmo Santiago (presidente)

Ministro William Patterson (relator vencido)

Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (relator designado)

Ministro Vicente Leal

Ministro Fernando Gonçalves

EMENTA

“HC – CONSTITUCIONAL – *HABEAS CORPUS* – LIMINAR – FIANÇA – REFORMA AGRÁRIA – MOVIMENTO SEM TERRA – *Habeas corpus* é ação constitucionalizada para preservar o direito de locomoção contra atual ou iminente ilegalidade, ou abuso de poder (Const., art. 5.º, LXVIII). Admissível a concessão de liminar. A provisional visa a atacar, com a possível presteza, conduta ilícita, a fim de resguardar o direito de liberdade. Fiança concedida pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser cassada por Juiz de Direito, ao fundamento de o Paciente haver praticado conduta incompatível com a situação jurídica a que estava submetido. Como executor do acórdão, deverá comunicar o fato ao Tribunal para os efeitos legais. Não o fazendo, preferindo expedir mandado de prisão, comete ilegalidade. Despacho de Relator, no Tribunal de Justiça, não fazendo cessar essa coação, por omissão, a ratifica. Caso de concessão de medida liminar. Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o Patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático”.

EXCERTO (voto vogal)

“No amplo arco dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa perfil político da sociedade, de outro, gera direitos.

É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.

Reivindicar, por reivindicar, insista-se, é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade, tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A postulação da reforma agrária, manifestei em Habeas corpus anterior, não pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório ou a alteração de limites. Não se volta para insurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado, há anos, vem remetendo a implantação da reforma agrária.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o patrimônio. Indispensável a sensibilidade do magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas”.

DECISÃO 5

EMENTA E EXCERTO DO ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus* n.º 9896/PR (99/0055128-1)**

Impetrantes: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros

Impetrado: Juiz Relator do *Habeas corpus* 138920 do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná

Pacientes: Jair Regine (preso), José do Carmo Jacometi (preso), José Gomes de Carvalho (preso), João Mota (preso) e Antonio Farias da Cruz (preso)

(unanimidade, julgado em 21 de outubro de 1999)

SEXTA TURMA

Ministro Vicente Leal (presidente e relator)

Ministro Fernando Gonçalves

Ministro Hamilton Carvalhido

Ministro Fontes de Alencar

Ministro William Patterson (ausente)

EMENTA

“CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE – LÍDERES DO MST – LIBERDADE PROVISÓRIA.

– A prisão processual, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, deve ser concebida com cautela em face do princípio constitucional da presunção de inocência, somente cabível quando presentes razões objetivas, indicativas de atos concretos, susceptíveis de causar prejuízo à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal (CPP, art. 315; CF, art. 93, IX).

– A manutenção de líderes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST sob custódia processual, sob a acusação de formação de quadrilha, desobediência e esbulho possessório afronta o preceito inscrito no art. 5.º, LXVI, da Constituição.

– *Habeas corpus* concedido”.

EXCERTO

“Anoto-se, também, que a diligência policial realizada para a desocupação da Fazenda Bandeirantes transcorreu sem grandes incidentes. Na verdade, como anotado nas informações da autoridade impetrada, a prisão dos pacientes teve por objetivo o enfraquecimento do movimento. Assim, a Justiça não pode ser instrumento de ação política contra movimentos que se insurgem contra as desigualdades econômicas e sociais”.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi (coord.). 3.^a ed., 2.^a tir. SP: Martins Fontes, 1999.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. SP: Boitempo, 2004.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia: aparência e realidade*. SP: Brasiliense, 1987.
- _____. *Linguagem, sentido e realidade da norma jurídica: dialética da norma jurídica*. Tese de livre docência: Faculdade de Direito da USP, 1996.
- _____. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. SP: Edipro, 2000.
- _____. “Fundamentos dos direito e meio ambiente”, in PHILIPPI JR., Arlindo; _____ (orgs.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. SP: Manole, 2005.
- ANTUNES, Ricardo. *A desertificação neoliberal no Brasil (Collor, FHC, Lula)*. Campinas: Autores Associados, 2004.
- ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Trad. Vicente de Paulo Barreto. RJ: Renovar, 1999.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. RJ: Renovar, 1999.
- ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan. *Marxismo y filosofía del derecho*. México: Fontamara, 1998.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SAFe, 1989.
- _____. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: SAFe, 1998.
- _____. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. SP: RT, 1999.
- _____. *Aplicação do direito e contexto social*. SP: RT, 2000.
- _____. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. SP: RT, 2005.
- BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Trad. Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996.
- _____. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996.
- BARROS, Sérgio Resende de. “Autonomia do direito agrário brasileiro”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, SP, n. 29, p. 259-278, jun. 1988.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.^a ed. RJ: Renovar, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, p. 35/51, abr/jun 1999.
- _____. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. SP: Max Limonad, 2003.
- _____. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. RJ: Azougue, 2004.
- _____. “Dilemas da concretização da Constituição de 1988”, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101-120, 2004.

- _____. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. SP: Malheiros, 2005.
- BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *O que é a filosofia do Direito?* SP: Manole, 2004.
- _____. *Direito, sociedade e economia: leituras marxistas*. SP: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 2 v. Trad. Carmen Varrialle e outros. 5.^a ed. Brasília: EdUNB, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14.^a ed. SP: Malheiros, 2004.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3.^a ed. SP: Malheiros, 2004.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 7.^a ed., 2.^a tir. SP: Malheiros, 2004.
- BOTTOMORE, Tom (edit.). *Dicionário do pensamento marxista*. Trad. Waltensir Dutra. RJ: Jorge Zahar, 2001.
- _____; OUTHWAITE (edits.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Trad. Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. RJ: Jorge Zahar, 1996.
- BUENO, Antonio de Padua Fernandes. *A produção legal da ilegalidade: os direitos humanos e a cultura jurídica brasileira*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas constitucionais*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*. 6.^a ed. RJ: Civilização Brasileira, 2004.
- CERRONI, Umberto. *Marx y el derecho moderno*. Buenos Aires: Jorge Alvarez, 1964.
- _____. *Pensamento jurídico soviético*. Trad. Maria de Lurdes Sá Nogueira. Mem Martins: Europa-América, 1976.
- _____. *Teoria política e socialismo*. Trad. Fernando Melro. Mem Martins: Europa-América, 1976.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. SP: Círculo do Livro, 1994.
- COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1983.
- _____. *Teoria crítica do direito*. 3.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COMPARATO, Bruno Konder. *A ação política do MST*. SP: Expressão Popular, 2003.
- CORREAS, Óscar. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Trad. Roberto Bueno. Porto Alegre: SAFe, 1995.
- _____. *Sociología del derecho y crítica jurídica*. México: Fontamara, 1998.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. RJ: Renovar, 2002.
- COSTA NETO, Canrobert. *Políticas agrárias na Bolívia (1952-1979): reforma ou revolução?* SP: Expressão Popular, 2005.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2.^a ed. RJ: Renovar, 2005.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3.^a ed., 2.^a tir. SP: Martins Fontes, 1998.

- DÍAZ, Elias. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.
- _____. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- DI GIORGI, Beatriz (org.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. SP: RT, 1995.
- DUGUIT, Leon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*. Paris: F. Alcan, 1912.
- _____. *Transformaciones del derecho: publico y privado*. Trad. Ramón Jaén e Adolfo Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges e Silvana Vieira. SP: Boitempo/EDUnesp, 1997.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 8.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: SAFe, 1988.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. RJ: Forense, 1986.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. SP: Ática, 1989.
- _____. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. SP: RT, 1991.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. SP: RT, 1980.
- _____. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. SP: Atlas, 1989.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.^a ed. SP: Atlas, 2001.
- _____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. SP: Atlas, 2002.
- FRANÇA, Caio Galvão; SPAVOREK, Gerd (coords.). *Assentamentos em debate*. Brasília, DF: MDA, Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 10.^a ed. SP: Paz e Terra, 2000.
- _____. *Formação econômica do Brasil*. 32.^a ed. SP: Cia. Editora Nacional, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 5.^a ed. rev. Petrópolis: Vozes, 2003.
- _____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. 2.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GIERKE, Otto von. *Función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Trad. José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. António Manuel Hespanha e M. L. Macaísta Malheiros. 4.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- GOMES, Orlando. "A função social da propriedade", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 67, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4.^a ed. SP: Malheiros, 2002.

- _____. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 8.^a ed. SP: Malheiros, 2003.
- _____. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 2.^a ed. SP: Malheiros, 2003.
- _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. SP: Malheiros, 2001.
- _____; CUNHA, Sérgio Sérulo da (coords.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. SP: Malheiros, 2003.
- GRESPLAN, Jorge Luis da Silva. *O negativo do capital: o conceito de crise na crítica de Marx à economia política*. SP: Hucitec, 1996.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2004.
- _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. RJ: Renovar, 2006.
- _____. *Primeira lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. RJ: Forense, 2006.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. RJ: Paz e Terra, 1968.
- HESPANHA, António Manuel (org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- _____. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2.^a ed. Mem Martins: Europa-América, 1998.
- _____. “Discours juridique et changement politique: l’exemple de la revolution portugaise de 1974” in *Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, [3/99]. Lisboa, 1999.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAcFe, 1991.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Rev. cient. António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- KORSCH, Karl. *Marxismo e filosofia*. Trad. António Sousa Ribeiro. Porto: Afrontamento, 1977.
- KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. Trad. Célia Neves e Alderico Toríbio. 6.^a r. SP: Paz e Terra, 1995.
- LALANDE, André. (coord.). *Vocabulário técnico e crítico de filosofia*. Trad. Fátima Sá Correa e outros. 3.^a ed. SP: Martins Fontes, 1999.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- LESBAUPIN, Ivo (org.). *O desmonte da nação: balanço do governo FHC*. 4.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- _____; MINEIRO, Adhemar. *O desmonte da nação em dados*. Petrópolis: Vozes, 2002.

- LIMA, Renato Sérgio de; STROZAKE, Juvelino José. “Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 60, pp. 321-339, São Paulo, abril-junho de 2006.
- LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. SP: Secretaria de Estado da Cultura, 1990.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito na história: lições introdutórias*. SP: Max Limonad, 2000.
- LOS MOZOS, José Luis de. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. RJ: Renovar, 2003.
- LYRA FILHO, Roberto. *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito*. Porto Alegre: SAFe, Instituto dos Advogados do RS, 1983.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica (teses, monografias e artigos)*. Lecce: Edizioni del Grifo, 2001.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: SAFe, 2003.
- MARÍ, Enrique E.; RUIZ, Alicia E. C. e outros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- MARX, Karl. *Textos escolhidos*. Ed. José Arthur Gianotti. Trad. José Carlos Bruni e outros. 2.^a ed. SP: Abril Cultural, 1978 [col. Os Pensadores].
- _____. *O Capital: crítica da economia política*. 5 v. Trad. Regis Barbosa e Flavio R. Kothe. 2.^a ed. SP: Nova Cultural, 1985 [col. Os Economistas].
- _____. *Grundrisse: foundations of the critique of political economy (rough drafts)*. Trad. Martin Nicolaus. Londres: Penguin, New Left Review, 1993.
- _____. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. 3.^a ed. SP: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Trad. Jesus Ranieri. SP: Boitempo, 2004.
- _____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. SP: Boitempo, 2005.
- _____; ENGELS, Friedrich. *La ideología alemana*. Trad. Wenceslao Roces. 4.^a ed. Motenvideo, Barcelona: Pueblos Unidos, Grijalbo, 1972.
- _____; _____. *Obras escolhidas em três tomos*. Trad. José Barata-Moura e outros. Lisboa, Moscou: Avante, Progresso, 1985.
- _____; _____. *A ideologia alemã (Feuerbach)*. Trad. José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. 5.^a ed. SP: Hucitec, 1986.
- _____; _____. *Manifesto do Partido Comunista (seguido de Crítica do Programa de Gotha)*. Trad. Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.
- MASCARO, Alysson Leandro (org.). *Fronteiras do direito contemporâneo*. SP: Diretório Acadêmico João Mendes Jr., Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, 2002.
- _____. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. SP: Quartier Latin, 2003.
- MEDEIROS, Leonilde Servolo de. *Reforma agrária no Brasil: história e atualidade da luta pela terra*. SP: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- MÉSZÁROS, István. *Filosofia, ideologia e ciência social: ensaios de negação e afirmação*. Trad. Laboratório de tradução do CENEX/FALE/UFMG. SP: Ensaio, 1993.

- _____. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. Trad. Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. SP: Unicamp, Boitempo, 2002.
- _____. *O século XXI: socialismo ou barbárie?* Trad. Paulo Cezar Castanheira. SP: Boitempo, 2003.
- _____. *O poder da ideologia*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. SP: Boitempo, 2004.
- _____. *A teoria da alienação em Marx*. Trad. Isa Tavares. SP: Boitempo, 2006.
- MAILLÉ, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 2.^a ed. Lisboa: Estampa, 1989 [col. Imprensa Universitária n.º 70].
- MOLINA, Mônica Castagna e outros (orgs.), *Introdução crítica ao direito agrário* [O direito achado na rua, v. 3]. Brasília: EdUnB, 2002.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Temis, 1979.
- _____. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFe, 1988.
- MOREIRA, Aroldo. *A propriedade sob diferentes conceitos*. RJ: Forense, 1986.
- MORISSAWA, Mitsue. *A história da luta pela terra e o MST*. SP: Expressão Popular, 2001.
- MOTTA, Benedicto. *O homem, a sociedade, o direito, em Marx*. SP: RT, 1978.
- MOTTA, Márcia (org.). *Dicionário da terra*. RJ: Civilização Brasileira, 2005.
- NAVES, Marcio Bilharinho. *Marx: ciência e revolução*. SP: Moderna, Unicamp, 2000.
- _____. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. SP: Boitempo, 2000.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. SP: Acadêmica, 1994.
- OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. Trad. Edson Bini. SP: Quartier Latin, 2005.
- PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. RJ: Renovar, 1989.
- PAULA, Delsy Gonçalves de; STARLING, Heloisa Maria Murgel; GUIMARÃES, Juarez Rocha (orgs.). *Sentimento de reforma agrária, sentimento de república*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3.^a ed. RJ: Renovar, 1997.
- PLASTINO, Carlos Alberto (org.). *Crítica do direito e do estado*. RJ: Graal, 1984.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PORTO, José da Costa. *Estudo sobre o sistema sesmarial*. Recife: Imprensa Universitária, 1965.
- POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. Trad. Rita Lima. 4.^a ed. RJ: Graal, 2000.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*. Seleção e notas de Daniel Guérin, trad. Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1998.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.
- RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. Trad. Agnes Schwarzschild. London: Routledge & Kegan Paul, 1949.

- RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. 2.^a ed. Bologna: Il Mulino, 1990.
- ROSDOLSKI, Roman. *Gênese e estrutura de O Capital de Karl Marx*. Trad. César Benjamin. RJ: Eduerj, Contraponto, 2001.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. 2.^a ed. RJ: Renovar, 2003.
- SANTOS, Milton. *Economia espacial: críticas e alternativas*. Trad. Maria Irene de Q. F. Szmrecsányi. 2.^a ed. SP: Edusp, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16.^a ed. SP: Malheiros, 1999.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.^a ed. SP: Malheiros, 2002.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. SP: Malheiros, 2005.
- SILVA, Lúcia Osório da. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas: Ed. Unicamp, 1996.
- SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. SP: Malheiros, 2005.
- SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SOLARI, Gioele. *Socialismo e diritto privato: influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1980.
- SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2.^a ed. SP: RT, 2005.
- STÉDILE, João Pedro (org.). *A questão agrária no Brasil*. SP: Expressão Popular, 2005.
- _____; FERNANDES, Bernardo Mançano. *Brava gente: a trajetória do MST e a luta pela terra no Brasil*. SP: Fundação Perseu Abramo, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.^a ed. RJ: Forense, 2004.
- STROZAKE, Juvelino José (org.). *A questão agrária e a justiça*. SP: RT, 2000.
- _____. (org.). *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. SP: Método, 2002.
- STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Trad. Silvio Donizete Chagas. SP: Acadêmica, 1988.
- SUDATTI, Ariani Bueno. *Dogmática jurídica e ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mokhaïl Bakhtin*. SP: Quartier Latin, 2007.
- TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. SP: RT, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. RJ: Renovar, 1999.
- TIGAR, Michael E., LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Trad. Ruy Jungmann. RJ: Zahar, 1978.
- TUMÁNOV, Vladimir. *O pensamento jurídico burguês contemporâneo*. Trad. Palmeiro Gonçalves. Lisboa: Caminho, 1985.
- VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. RJ: Renovar, 2005.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. Leme: LED, 1998.

- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Filosofia da práxis*. Trad. Luiz Fernando Cardoso. 3.^a ed. RJ: Paz e Terra, 1986.
- _____. *Entre la realidad y la utopia: ensayos sobre política, moral y socialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- _____. *Filosofia e circunstâncias*. Trad. Luiz Fernando M. Guerra. RJ: Civilização Brasileira, 2002.
- _____. *A tiempo y destiempo: antología de ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- VIAL, Sandra Regina Martini. *Propriedade da terra: análise sociojurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. SP: RT, 2005.
- VILLEY, Michel. “Sur le concept de propriété”, in *Critique de la pensée juridique moderne: douze autres essais*. Paris: Dalloz, 1976.
- ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. RJ: Contraponto, 1996.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. 3.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3.^a ed. SP: RT, 2000.
- _____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5.^a ed. SP: Saraiva, 2006.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar os aspectos ideológicos que se revelam no discurso jurídico quanto ao poder transformador do direito sobre a realidade social. Para tanto, será utilizado como principal exemplo o preceito constitucional da *função social da propriedade rural*, a fim de revelar o modo ambíguo como preceitos de transformação social participam da função que o direito, por sua vez, exerce na sociedade, a um só tempo estimulando e limitando as reivindicações.

PALAVRAS-CHAVE: função social da propriedade rural – reforma agrária – ideologia jurídica – transformação social – teoria crítica do direito

ABSTRACT

This work aims to investigate the ideological aspects revealed at the legal speech about the transforming power of law on the social reality. Therefore, will be utilized as main example the constitutional rule of social function of rural property, in order to reveal the ambiguous manner that rules of social transformation take part in the function that the law, by its turn, exerts on society, at the same time stimulating and limiting the demands.

KEY WORDS: social function of rural property – land reform – ideology of law – social transformation – critical law theory