RUIZ, Rafael. A legislação sobre o trabalho indígena no Brasil durante a "União Ibérica". Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 2, p. 17-29, abr./jun. 2000.

SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHADEN, Egon. O problema do índio no Brasil. Problemas brasileiros. n. 120, ano XI, p. 4-13, agosto 1973.

VALADÃO, Virgínia Marcos. Senhores destas terras: os povos indígenas no Brasil: da colônia aos nossos dias. São Paulo: Atual, 1991.

O REGIME CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE RURAL E SUAS CONTROVÉRSIAS HERMENÊUTICAS

Francisco Mata Machado Tavares

Sumário 1.

Introdução; 2. Susceptibilidade de Desapropriação: Diagnóstico e Solução de Incoerências Normativas; 3. Do Conteúdo Jurídico da Justa Indenização na Desapropriação para Fins de Reforma Agrária; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Há debates que alcançam, indistintamente, toda a sociedade. Desde o mais erudito e prestigiado intelectual, até o menos letrado cidadão anônimo, não há quem não tenha idéias, soluções, apontamentos e crenças a defender com veemência e sob a pretensão de que a própria tese é sempre uma verdade absoluta, digna de sanar definitivamente a pública controvérsia. Ilustrativo exemplo de assunto acerca do qual ninguém costuma se omitir é a reforma agrária, apêndice da iníqua realidade social do Brasil que, em que pese ser

recorrentemente debatida, nunca se concretizou de modo a alterar significativamente a exacerbada concentração fundiária, bem como a não produtividade de relevante parcela do solo nacional. O paradoxo em comento não decorre apenas de uma incoerência entre o discurso praticado pelos atores sociais e sua atuação prática, mas, sobretudo, porque o que ocorre não é propriamente um intercâmbio racional de idéias, o qual cede terreno para uma indesejável proliferação de leviandades e frases feitas. Conforme se depreende do que é divulgado na mídia, notadamente televisiva, de governantes a acadêmicos, de produtores rurais a policiais e de autoridades ao abstrato (inexistente?) cidadão ordinário, fala-se em defesa da legalidade para se atribuir caráter absoluto e estritamente estrutural ao direito de propriedade; em manutenção da ordem para se justificar ataques aos direitos humanos; e em sucesso do agronegócio para se ilustrar um modelo monocultor que em pouco se diferencia do regime de *plantation*, o qual remonta ao modo de exploração das colônias deste continente.

Enquanto o tema é abordado do modo confuso como sucintamente se expôs acima, a realidade fática resta petrificada. Assim, se há algumas décadas o senso comum atacava as Ligas Camponesas lideradas por Francisco Julião como uma ameaça à ordem e estabilidade da nação, hodiernamente a mesma sorte de críticas é desferida contra o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - MST. Como outrora despertavam espanto as declarações do Presidente João Goulart, quando, no histórico Comício da Central,

propôs uma reforma agrária, hoje a simples cordialidade do Presidente da República ao vestir por alguns segundos o boné de um movimento social acarreta as mais inflamadas reações. As estatísticas, outrossim, não se alteram ao longo dos anos, consoante a seguir revela, exemplificativamente, gráfico da lavra da autarquia federal INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária[217], referente à concentração da propriedade rural no País:

Propriedades	**1966**	**1972**	**1978**	**1992**
Até 100 hectares	20,4%	16,4%	13,5%	15,4%
Mais de 1000 Hectares	45,1%	47,00%	53,3%	55,2%

> No que concerne aos aspectos jurídicos atinentes à reforma agrária no ordenamento jurídico pátrio, não menos controvertido é o debate. O fato é que, consoante demonstrar-se-á neste breve trabalho, a norma jurídica que atribui fundamento de validade a toda a atividade jurisdicional, administrativa e legislativa quanto à propriedade rural no Brasil, qual seja, a Constituição da República, eiva-se de imprecisões e, ao menos em tese, antinomias. Destarte, ora são expostos parâmetros hermenêuticos quanto ao conteúdo jurídico de duas matérias reguladas pela Carta de 1988 em relação à propriedade rural: a) quais são as glebas suscetíveis de desapropriação e; b) qual o alcance semântico-jurídico da idéia de justa indenização em relação aos imóveis rurais desapropriados por descumprimento da função social.

[217] Disponível em: <http://www.geocities.com/pro_jure/conflito.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2003.

Destarte, doravante são comentados os arts. 184, 185 e 186[218] da Constituição de 1988, com o escopo de se elucidar alguns aspectos problemáticos do regime jurídico da propriedade rural em nosso ordenamento jurídico.

2 SUSCEPTIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO: DIAGNÓSTICO E SOLUÇÃO DE INCOERÊNCIAS NORMATIVAS

A Constituição da República prescreve que será desapropriada para fins de reforma agrária a gleba que não cumprir sua função social, bem como que as produtivas, médias e pequenas propriedades não são passíveis de tal modalidade de desapropriação (arts. 184 e

[218] É o seguinte o texto das referidas normas constitucionais: "art. 184. Com pete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei... art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para os requisitos relativos a sua função social. 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 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."

186). Entretanto, prescreve o art. 185 que a função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, a requisitos concernentes no aproveitamento racional e adequado, na utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, na observância das disposições que regulam as relações de trabalho e na exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Ora, não raros são os casos, portanto, de terras produtivas onde, por exemplo, não são observadas as relações de trabalho, de modo que deveriam ser desapropriadas segundo isolada leitura do art. 184 do Texto Maior e não o deveriam nos termos do art. 185. Incontáveis arranjos e combinações podem ser abstratamente tecidos no mesmo sentido, citando-se aqui apenas mais um, referente à propriedade média que emprega trabalho escravo, a qual, então, amolda-se às previsões de desapropriação dos arts. 184 e 186 e de insusceptibilidade do art. 185. Abordar-se-á, pois, a possibilidade de desapropriação das terras produtivas e, a seguir, dos imóveis rurais pequenos e médios.

2.1 Da possibilidade de desapropriação de imóveis rurais produtivos

Ao prescrever, no art. 185, que nenhuma propriedade produtiva pode ser desapropriada para fins de reforma agrária, a Constituição da República criou um meta-critério quanto ao cumprimento da função social da propriedade que impossibilitou a aplicação de seu art. 186.

Ora, reduziu-se a obediência à função social a apenas um apêndice semântico da idéia de *aproveitamento racional e adequado* prescrita no inciso I do art. 186, qual seja, a produtividade. Em síntese, tem-se, por imperativo lógico, como rigorosamente impossível conceber-se válidos, concomitantemente, os arts. 185 e 186 da Carta de 1988, em um sistema que se pretenda coerente.

Se entendemos que o art. 185 deve ser aplicado, então apenas o critério do aproveitamento racional e adequado (que inclui, por óbvio, produtividade) deverá ser utilizado, ainda assim apenas em fração de seu espectro semântico, para se aferir qual gleba não cumpre a função social e deve ser expropriada, nos termos do art. 184. Seriam, portanto, vazios ou despiciendos o termo *simultaneamente* do art. 186, bem como a íntegra de seus incisos II a IV, já que toda terra com aproveitamento racional e adequado é produtiva e, destarte, à luz do art. 185, apenas a gleba que descumprisse a tal específico critério poderia ser desapropriada.

Por outro lado, entender como válido e potencialmente eficaz o art. 186 implica negar a idéia de que o art. 185 pode ser aplicado pois, além de produtividade (termo contido na idéia de aproveitamento racional e adequado), os imóveis rurais devem obedecer, simultaneamente, a outros três requisitos, sob pena de sofrerem desapropriação nos termos do art. 184 da Constituição da República.

Patente está que entre os arts. 185 e 184/186 da Constituição da República há indubitável antinomia, assim entendida, nos termos de BOBBIO, como "aquela situação na qual são colocadas em existência

duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e a mesma permite o mesmo comportamento" (BOBBIO, 1995:86), acrescentando o referido autor, ainda, que ambas as normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e revestirem-se do mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

O conceito em apreço amolda-se ao quadro em estudo, na medida em que o artigos 184/186 determinam algo que resta proibido pelo art. 185 (v.g., desapropriação de terra que descumpre a legislação ambiental), todos da Constituição, sendo certo que é coincidente o âmbito de validade dos preceitos em tela.

Constatada a antinomia, é imperioso recorrer-se a critérios hermenêuticos que logrem solucioná-la, permitindo uma harmonização do ordenamento jurídico enquanto sistema.

Primeiramente, recorre-se à obra de BOBBIO, para quem:

> As regras fundamentais para a solução de antinomias são três:
>
> a) o critério cronológico;
>
> b) o critério hierárquico;
>
> c) o critério da especialidade;" (BOBBIO, 1995:92)

Impele-se expor, ainda, que nos termos do referido autor não há, ao menos no âmbito da validade jurídica, outros critérios idôneos à solução de antinomias, já que quaisquer elementos distintos dos três parâmetros supracitados estariam além do âmbito jurídico, referindo-se, pois, a problemas de ordem fática. Assim, aponta-se que:

> Existe um quarto critério que permita resolver as antinomias deste tipo? Aqui, por 'existe', entendemos um critério

'válido', isto é, um critério que seja reconhecido como legítimo pelo intérprete quer por sua razoabilidade, quer por seu incontrastado uso.

Devemos responder que não. (BOBBIO, 1995:98)

Na situação em voga, resta incontestável que os artigos constitucionais em conflito se equivalem cronologicamente (integram a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988); hierarquicamente (são normas constitucionais); e quanto à especialidade, uma vez que todos remetem de modo especial ao conteúdo da função social da propriedade rural e à reforma agrária. Quanto a este último critério, não se pode aduzir, racionalmente, que a exclusão da possibilidade de desapropriação de imóveis produtivos seria uma norma especial a derrogar proposições gerais, na medida em que, consoante se demonstrou, seu conteúdo revela-se incompatível com o *caput* e três incisos do artigo 186, os quais impregnam-se, igualmente, da natureza de normas especiais a pormenorizarem a idéia de função social da propriedade contida no art. 184.

Portanto, depreende-se que os apontamentos hermenêuticos de BOBBIO revelam-se precários na análise de antinomias como a que ora se aborda. É dizer: a partir dos critérios oferecidos pelo jus-filósofo italiano, o sistema jurídico não poderia resolver um quadro de normas pertencentes a um mesmo diploma e incompatíveis entre si, deixando-se a superação de tal sorte de antinomias ao âmbito fático da aplicação, como se de indiferentes jurídicos se tratassem. É o que se conclui da seguinte transcrição:

> ... a compatibilidade é uma condição necessária para a validade de uma norma jurídica? Aqui devemos responder negativamente, pelo menos em relação ao terceiro caso, isto é, ao caso de normas de mesmo nível e contemporâneas, no qual, como vimos, não existe nenhuma regra de corência. *Duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas*. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa) (BOBBIO, 1995: 113).

O texto acima reproduzido conduz à conclusão de que normas jurídicas incompatíveis entre si podem conviver validamente em um sistema, o qual, destarte, não necessita de coerência como condição de validade. Desse modo, se o sistema jurídico não se confunde com a realidade dos fatos, a mera impossibilidade de aplicação de duas normas em situações concretas não macularia sua validade. Ora, mas se, em tais ocasiões, a decisão de questões concretas seria arbitrária e não teria fundamento no direito, encontra-se nova contradição, pois o sistema jurídico prescreve que as decisões sejam fundamentadas em seus mandamentos. Nota-se que, além de não contribuir para a solução da antinomia em apreço, a obra de BOBBIO parece se acomodar diante de incoerências em um ordenamento jurídico, como se fosse possível a concomitante validade de enunciados que se opõem.

Seria o direito, então, um sistema fechado, bastante em si, mas, ao mesmo tempo, passível de formulações que se negam ou se

contradizem. Seria um sistema absurdo, paradoxal, autofágico... não seria um sistema.

Poder-se-ia imputar a comodista proposição de que a superação hermenêutica de determinadas antinomias é questão de fato (e não jurídica) a uma influência positivista que pretende traçar rigorosa fronteira epistemológica entre normas e fatos, de modo que o que não é possível ser verdade nestes poder ser válido naquelas.

Entretanto, convencionando-se como despicienda a crítica a movimentos positivistas indiscutivelmente obsoletos como a Escola da Exegese, resta que o positivismo jurídico do século XX, contemporâneo do positivismo lógico, tem por inconfundível característica a negativa de contradições e proposições sem sentido[219]. Esta é a linha argumentativa de KELSEN, a seguir evidenciada em breve transcrição da tradução da edição de 1960 de sua Teoria Pura do Direito:

> Com efeito, a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de uma determinada maneira. O ato tem de – neste sentido normativo – ser um ato com sentido. Quando ele tem um outro sentido, por exemplo, o sentido de um encunciado (v.g. de uma teoria consagrada na lei) ou não tem qualquer sentido – quando a lei contém palavras sem sentido ou disposições inconciliáveis umas com as outras-, não há qualquer sentido subjetivo a ter em conta que possa ser pensado como sentido objetivo, não existe qualquer ato cujo sentido subjetivo seja capaz de uma legitimação pela norma fundamental. (KELSEN, 1998:231) (sem negritos no original)

[219] Neste sentido, é exemplificativa a seguinte passagem produzida no contexto do Círculo de Viena em 1933, por HANS HAHN e traduzida para o inglês por Arthur Pap: "On the basis of this stipulation we can now assert with absolute certainty the proposition that there is no object to which both the designation 'red' and the designation 'not red' is applied. It is cost umary to formulate that this briefly by saying that nothing is both red and not red. This is the law of contradiction." (HAHN, 1959:153)

Os apontamentos hermenêuticos de KELSEN impregnam-se de relevante mérito em relação à tese esposada por BOBBIO, uma vez que negam a possibilidade de normas inconciliáveis conviverem validamente em um ordenamento jurídico. Assim, quanto ao objeto deste texto, não seria possível entender que compete ao aplicador optar arbitrariamente entre os arts. 185 e 186 da Carta de 1988, já que ambos seriam inválidos. Em verdade, normas incompatíveis entre si não lograriam obter fundamento de validade, pois o sistema deve possuir sentido, o que implica sua coerência.

Entretanto, não é suficiente, ou sequer razoável, para a solução do problema em comento, a simples caracterização das normas inconciliáveis entre si como inválidas. Ora, se não devem ser aplicados os arts. 185 e 186 da Carta de 1988, estariam amputadas do Texto Maior as disposições que definem o conceito de função social da propriedade rural. Desse modo, defrontar-se-ia diante de situação em que a Constituição pretendeu explicitar as condições em que a função social da propriedade rural é atendida, mas incorreu em antinomia que frustrou o alcance de tal escopo. Estaria, então, precarizando-se o conteúdo da norma jurídica que atribui fundamento de validade a todas as demais, delegando-se a preceitos infraconstitucionais e à atividade interpretativa a definição de um conceito indeterminado que a Constituição pretendia elucidar.

Ademais, se no caso em tela se trata apenas de frustração de um objetivo da Constituição, em outras situações os critérios hermenêuticos apontados por KELSEN implicariam plena contradição diante de seu escopo referente à atribuição de coerência (sentido) ao ordenamento jurídico, de modo que devem ser descartados.

Valendo-se de um exemplo exposto pelo próprio jus-filósofo alemão, se uma norma jurídica autoriza o adultério e outra o proíbe nas mesmas circunstâncias, ter-se-ia a invalidade de ambas, já que inconciliáveis entre si. Entretanto, sob a ausência de ditame normativo quanto ao adultério, tal prática se elevaria à condição de lícita, ou seja, uma das normas teria sido – arbitrariamente e por via transversa – considerada válida em detrimento da outra.

O equívoco das proposições sucintamente abordadas, que as impede de contribuir para a solução do conflito entre os arts. 185 e 186 da Constituição de 1988, reside na premissa de que o direito se constitui estritamente de regras jurídicas, olvidando-se, destarte, os princípios. O fato é que o positivismo jurídico opera tão-somente com a idéia de regras, não contemplando os princípios, sendo que o reconhecimento e distinção de tais conceitos revela-se como condição fulcral da solução de controvérsias constitucionais contemporâneas. Recorre-se a trecho da obra de DWORKIN para esclarecer as diferenças entre os termos em voga:

> A diferença entre os princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002:39)

Os princípios, por outro lado, possuem grau de generalidade deveras mais acentuado do que as regras, não são aplicados no automático modo do "tudo-ou-nada" e impregnam-se de carga axiológica intensa. São, como as regras, normas jurídicas, na medida em que orientam a tomada de decisões em situações específicas e compõem o sistema jurídico.

A antinomia apontada não restou solucionada por meio dos procedimentos hermenêuticos positivistas expostos porque se consideraram apenas os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade (todos atinentes apenas ao conceito de regras jurídicas), não se socorrendo do preferencial critério principiológico. Portanto, recorrendo-se a um quarto e primaz critério, qual seja, o da compatibilidade das regras dos arts. 185 e 186 com princípios do direito brasileiro, desfaz-se a aparente contradição contida na Constituição.

Ora, primeiramente aponta-se o princípio da igualdade material entre os homens, que decorre da leitura conjunta do art. 5º da Constituição em seu *caput*, com preceitos como função social da propriedade e o objetivo político-jurídico atinente à erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais (art. 3º e art. 170, CR88). Salienta-se que este último objetivo conduz, mais do que a um

escopo político, à idéia de um princípio, segundo o qual *não haverá pobreza e desigualdades regionais e sociais significativas*.

Não há dúvidas de que a exigência de cumprimento simultâneo dos requisitos do art. 186 guarda maior compatibilidade com os princípios aplicáveis ao regime da propriedade rural, de modo que deve ser aplicada em prejuízo do ditame do art. 185, cuja regra veda a desapropriação de terras produtivas.

Assim, em situações concretas em que há pobreza no meio rural, conflitos pela posse de terra e não há propriedades grandes e improdutivas para serem desapropriadas, conclui-se pela juridicidade da desapropriação para fins de reforma agrária dos imóveis que, mesmo produtivos, não atendam a algum dos requisitos da função social.

Ademais, urge a menção ao princípio jurídico implícito consoante o qual a Constituição deve ser interpretada de modo sistemático. Neste sentido, como o conteúdo do art. 186 guarda maior compatibilidade com preceitos fundamentais como tutela do meio-ambiente e das relações de trabalho do que a restrição do art. 185, impele-se sua aplicação.

Não há dúvidas de que a regra que explicita quais imóveis devem ser desapropriados que logra ser condizente com princípios de nosso direito é a do art. 186 (v.g. defesa do meio ambiente, igualdade material, proteção das relações de trabalho etc.), a qual, com o emprego do quarto e central critério hermenêutico proposto, prevalece sobre a vedação à desapropriação de terras produtivas.

Obviamente, como não se subsumem os princípios à lógica do "tudo-ou-nada", é incontroverso que, sendo possível, em um só contexto, a expropriação de terra produtiva e improdutiva para atender a determinada população sem terra de uma região, optar-se-á pela expropriação desta. Entretanto, para se amenizar tensões sociais ou se tutelar bens jurídicos como, por exemplo, o meio-ambiente, resta a possibilidade de desapropriação de imóveis produtivos.

Conclui-se que os princípios de nosso ordenamento jurídico não autorizam que se conceba a produtividade como único critério a preencher o conceito de função social da propriedade, de modo que, em determinadas situações concretas (tensões no campo, miséria crescente, etc.) deve-se aplicar o art. 186 da Constituição em detrimento do art. 185.

É, pois, juridicamente válida e possível a desapropriação para fins de reforma agrária de imóvel rural que, não obstante seja produtivo, descumpra algum dos requisitos atinentes à função social da propriedade.

Conforme já se expôs, os princípios possuem conteúdo axiológico consideravelmente mais denso do que as regras. No atual contexto do constitucionalismo, bem como diante dos imperativos fáticos de nossa iníqua realidade social, a aplicação e interpretação do direito deve se socorrer de variáveis axiológicas e teleológicas na solução de controvérsias. No presente caso, valores constitucionais como os objetivos da República, a igualdade material e a tutela do meio-ambiente e das relações de trabalho só são considerados quando se

atenta aos simultâneos requisitos do art. 186, em detrimento da contraditória exclusão prescrita na norma art. 185. Quanto à utilização dos valores como indispensáveis parâmetros para a ação de preferência referente à interpretação ou aplicação do direito, é pertinente a exposição de ALEXY segundo a qual "...tal ação de preferência, no entanto, exige um julgamento de que a alternativa escolhida é melhor do que a outra e, neste ponto, propicia a base de um julgamento de valor. Quase todos os tratadistas contemporâneos enfatizam que a jurisprudência não pode passar sem esses julgamentos de valor." (ALEXY, 2001:20)

Por todo o exposto, está claro que a interpretação dos mandamentos constitucionais atinentes à desapropriação das terras que não cumprem sua função social para fins de reforma agrária deve contemplar, antes de critérios formalistas como hierarquia, especialidade e cronologia, a elementos teleológicos e axiológicos.

Quanto ao aspecto teleológico da reforma agrária, é indiscutível que este se concentra primordialmente na redução das desigualdades sociais e na promoção da dignidade da pessoa humana, a qual será concretizada de modo mais eficaz a partir da aplicação do art. 186 em detrimento do art. 185 da Constituição da República.

No que tange ao componente axiológico, apenas a observância simultânea dos requisitos do art. 186 da Constituição guarda compatibilidade com princípios como a defesa do meio ambiente, das relações de trabalho e do bem-estar dos cidadãos, de modo que

prevalece sobre a quase vazia de valores jurídicos vedação do art. 185.

2.2 Sobre a impossibilidade de desapropriação de médias e pequenas propriedades

A partir dos critérios já delineados, a vedação à desapropriação de médias e pequenas propriedades é válida no ordenamento jurídico pátrio, pois dá sentido ao aspecto teleológico da redução das desigualdades sociais (não faz sentido expropriar quem pouco tem para dar a quem nada tem, invertendo-se posições em um nefasto jogo de soma zero).

Ademais, não há, neste caso, uma incompatibilidade entre os incisos do art. 186 e a restrição do art. 185, pois esta seria apenas uma norma de exclusão em situações específicas, não impedindo, em todos os casos, a aplicação do inteiro teor do art. 186.

O fato é que, como produtividade é conceito contido na idéia de aproveitamento racional e adequado, a observância de tal critério implicaria, sempre, a impossibilidade de cumprimento da simultaneidade prescrita no art. 186. Quanto à vedação à desapropriação de glebas médias e pequenas, tal conflito lógico não

ocorre, havendo tão-somente uma norma de exclusão em circunstâncias peculiares.

Obviamente, haverá casos em que médias e pequenas propriedades poderão ser, não desapropriadas, mas confiscadas, citando-se como exemplo o caso de uso da terra para plantio de narcóticos (cf. art. 243 CR), bem como a possibilidade, levantada em sede de proposta de emenda constitucional já aprovada pelo Senado, de confisco das glebas onde ocorra o crime de redução do trabalhador a condição análoga à de escravo.

3 DO CONTEÚDO JURÍDICO DA JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

O art. 5º da Carta de 1988 prescreve, em seu inciso XXIV, que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição."

De modo mais específico, institui a Constituição, em seu artigo 184, a competência da União para desapropriar o imóvel rural que estiver descumprindo sua função social, "mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do

segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei." Acrescenta o texto normativo em voga, em seu parágrafo primeiro, que "as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro."

Com o escopo de regulamentar as normas constitucionais acima mencionadas, a Lei Complementar 76, de 6 de julho de 1993[220], que cuida do processo judicial de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, faz referência, em seu art. 12, inciso IV, ao valor do imóvel calculado em perícia e compatível com preços de mercado, como parâmetro para o *quantum* da indenização.

Depreende-se do arcabouço legislativo brevemente apresentado o fato de que as indenizações devidas em função de desapropriação de terras para fins de reforma agrária orientam-se quantitativamente de acordo com o valor do imóvel expropriado. Pode-se, dizer, então, por decorrência lógica, que o procedimento de desapropriação em tela em muito se assemelha a uma operação de compra compulsória, pela União, de propriedades rurais para promoção de projetos de reforma

[220] A norma em comento sofreu alterações em seus artigos 5º, 6º, 10 e 17, pela Lei Complementar 88, as quais, entretanto, não se relacionam com os objetos deste estudo. Há, em trâmite perante o Poder Legislativo, o Projeto de Lei do Senado número 336, cujo conteúdo normativo é o seguinte: "Art. 1º O disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 12 da Lei Complementar nº 76, de 6 d e julho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:Parágrafo 2º O valor da indenização corresponderá ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento, excluído o pagamento d e juros compensatórios. Parágrafo 3º Na sentença, o juiz individualizará o valor do imóvel, de suas benfeitorias e dos demais componentes do valor de indenização, excluído o pagamento de cobertura florística." Como se vê, com a pretensa mens legis de reudu zir os valores de indenizações atualmente pagos, o projeto de lei complementar ainda relaciona, explicitamente, o valor de mercado apurado em perícia com a indenização devida.

agrária. Resta, portanto, aferir se esta é a melhor linha hermenêutica amoldável ao caso, bem como se os pagamentos efetuados consoante os critérios expostos são compatíveis com o conceito de justa indenização, o que, por via oblíqua, permite identificar a validade ou não, do artigo 12 da Lei Complementar 76.

Urge, destarte, delimitar o conceito constitucional de justa indenização insculpido no art. 184 da CR88, o que far-se-á a seguir.

3.1 Da propriedade no paradigma do Estado Democrático de Direito

Sob a ressalva dos riscos de incompletude ou mesmo de superficialidade, faz-se necessária, para que se alcance o objetivo deste estudo, uma exposição, ainda que em linhas gerais, do significado do direito de propriedade no Estado Democrático de Direito, a qual é condição essencial para que se entenda a figura da justa indenização nas desapropriações de glebas que não atendem à função social.

Assim, não será realizada, aqui, uma reconstrução histórica do Estado Constitucional, desde o Estado de Polícia até o Estado Democrático de Direito, tampouco será abordado o esgotamento burocrático do Estado Social e os efeitos de sua associação entre interesse público e interesse estatal. Limitar-se-á a apresentar o significado, no paradigma do Estado Democrático de Direito, do direito de propriedade.

O direito de propriedade, no paradigma definido no *caput* do artigo 1° da Constituição, é constituído de dois elementos, quais sejam, o estrutural e o funcional.

O elemento estrutural da propriedade, que remonta ao paradigma do Estado Liberal, senão a período anterior ao advento do Estado Constitucional, pode ser resumido na simples e conhecida formulação de que a propriedade é o direito de se usar, fruir, reivindicar e dispor de determinado bem móvel ou imóvel, atendidas a limitações como servidões, direito de vizinhança, obrigações tributárias etc.

O componente funcional do direito de propriedade, que o intergra ontologicamente na mesma medida dos aspectos estruturais, encontra seu fundamento de validade, no ordenamento jurídico pátrio, na prescrição contida no art. 5°, inc. XXIII, que determina que a propriedade atenderá à sua função social. Quanto à propriedade rural, já se expôs e se delimitou o conteúdo do aspecto funcional do direito de propriedade, tal como prescrito no art. 186 da Carta de 1988.

Além de elucidação do componente funcional do direito de propriedade, a exigência quanto à função social é, indubitavelmente, princípio fundamental de nosso sistema jurídico.

Independentemente do cânone interpretativo a que se recorra (literal, histórico, sistemático, etc.), ou, ainda, valendo-se de exercício hermenêutico desapegado de cânones, é correto dizer que, ao menos no Estado Democrático de Direito, notadamente no ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em tutela ao direito de propriedade, senão o daquela que cumpre sua função social.

Em outros termos, o direito de propriedade é aquele que permite ao seu titular usar, fruir, reivindicar e dispor de bens cumpridores de sua função social, atendidas a limitações. Portanto, a função social não é, de modo algum, uma limitação ao direito de propriedade, mas seu componente ontológico, condição de sua existência, de modo que está correto José Afonso da Silva ao manifestar que "[A] função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade." (SILVA, 1999:284)

Resta patente, assim, que não há tutela jurídica para a pretensa propriedade que não cumpre sua função social. Empresta autoridade ao que ora se afirma o excerto a seguir reproduzido:

> o texto Maior não permite outra conclusão - o pressuposto para a tutela de uma situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo pré-determinado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários (TEPEDINO, s.n.t).

Conclui-se, então, que só é tutelada, como direito fundamental à propriedade, a detenção de imóvel rural que observa os princípios e objetivos de nosso direito e atende simultaneamente a todos os requisitos do art. 186 da Constituição.

3.2 Critérios informativos do aspecto quantitativo da justa indenização

Sendo certo que não há tutela jurídica à situação proprietária descumpridora de sua função social, pode-se notar, ao menos *a priori*,

eventual contradição entre o ditame constitucional que prevê a desapropriação por descumprimento do elemento funcional da propriedade somente mediante justa e prévia indenização.

Ora, se não há propriedade na situação de não atendimento à função social, o que se estaria indenizando? Estaria sendo reparado um direito que não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico, por força de mandamento do próprio ordenamento?

O problema apresentado é apenas aparente. Refere-se a Carta de 1988 ao predicado justa quanto à indenização devida. Sem dúvida, nas hipóteses de desapropriação por utilidade pública, que recaem sobre imóveis usualmente cumpridores de sua função social, não há dúvidas de que só será justa a indenização que reparar a perda da propriedade, do exercício do direito fundamental de propriedade, o que se expressará, na grande maioria dos casos, com um ressarcimento pecuniário correspondente ao valor de mercado do bem.

Entretanto, diferentes são os requisitos para que seja justa a indenização por descumprimento da função social, também identificada, por diversos legisladores, com o libelo desapropriação-sanção. Se não há tutela de situação proprietária que não cumpra a função social, já que no Estado Democrático de Direito o elemento funcional é essencial ao direito de propriedade, por óbvio não se está a indenizar o expropriado como se proprietário fosse. Seria *nonsense*, ou ilógico, indenizar-se a supressão de um direito de propriedade porquanto seu exercício não alcançou os requisitos para que se constituísse como tal. Ora, é por demais evidente a idéia de que, se

não há propriedade, não há indenização por expropriação de propriedade.

O conceito jurídico indeterminado de justa indenização, contido nos arts. 5º e 184 da Constiuição da República, impregna-se, quanto à detenção que não cumpre sua função social, de diversos elementos, exceto de reparação por subtração pública de direito de propriedade de um particular, pois não há direito de propriedade na hipótese.

A Constituição, por exemplo, faz menção expressa às benfeitorias úteis e necessárias, cuja correspondente indenização deve ser efetivada em dinheiro. Nada mais correto, uma vez que aquele que não cumpria a função social imaginava-se no exercício do direito de propriedade e investiu em benesses que valorizaram a gleba, de modo a não serem necessários, eventualmente, futuros gastos públicos na implementação de um assentamento.

Do mesmo modo, o pretenso proprietário do imóvel rural reúne significativas expectativas de direito quanto a sua detenção, eventualmente tem a sede da propriedade como sua moradia e talvez invista recursos na manutenção da gleba. Assim, a justa indenização deve ser apurada sempre a partir das variáveis específicas ocorrentes em cada situação concreta.

Obviamente, o aspecto quantitativo da indenização será, sempre, substantivamente inferior ao valor de mercado do imóvel rural. O preço da fazenda é a expressão pecuniária do direito de propriedade, o qual, insiste-se, não há sem a observância da função social. Portanto, na desapropriação-sanção o que se indenizam são situações jurídicas

cuja expressão quantitativa é necessariamente inferior à propriedade, de modo que nunca haverá uma indenização correspondente ao preço do imóvel expropriado, ou seja, a modalidade expropriatória em estudo não é, de acordo com o sistema constitucional, uma compra compulsória.

No processo de aferição do valor devido como indenização por desapropriação de imóvel rural que não cumpre a sua função social (sempre sgnificativamente inferior a preços de mercado), o princípio da proporcionalidade, "entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo, na medida do jurídico e faticamente possível, a todo direito fundamental..." (GUERRA FILHO, 2002:407).

É necessário, portanto, um valor que preserve a dignidade da pessoa expropriada, mas não lhe permita enriquecimento ilícito por receber contrapartida de direito de propriedade que não havia. O respeito aos direitos individuais fundamentais do detentor desapropriado deve ser observado na medida da promoção do direito social fundamental e objetivo da República de redução das desigualdades sociais, alcançado, dentre outros modos, mediante a realização da reforma agrária.

Encarece-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado em situações concretas, de modo que o julgador dever ter-lhe em consideração, uma vez que "esse aspecto concreto, material, do princípio da proporcionalidade, inclusive, já fez com que se referisse a ele como uma proposição jurídica, à qual, como ocorre com normas

que são regras, se podem subsumir fatos jurídicos diretamente." (GUERRA FILHO, 2002:407)

Os argumentos, conceitos, princípios e variáveis apresentados levam à clara conclusão de que o artigo 12 da Lei Complementar 76/93 não encontra fundamento de validade em nosso ordenamento jurídico, de modo que o julgador, nos processos de desapropriação, deve optar por aplicar a Constiuição e os princípios de nosso direito, em detrimento de norma jurídica inválida, de modo a determinarem valores de indenização justos e sempre muito menores do que o preço do imóvel.

4 CONCLUSÃO

Este breve trabalho procurou, dentro de suas limitações, demonstrar que a concentração fundiária no País, a miséria no meio rural, bem como os conflitos e tensões no campo, poderiam se reduzir exacerbadamente desde que fosse conferida a devida eficácia, sobretudo por parte dos poderes Executivo e Judicário, aos ditames constitucionais.

Não faz sentido um leviano debate público que associa à ilegalidade legítimos movimentos sociais, cuja pauta reivindicatória exige o cumprimento da Constituição, enquanto latifundiários cujas terras não atendem à função social são ora considerados imunes a desapropriações, ora contemplados com anti-jurídicas indenizações que lhes permitem o enriquecimento indevido.

Não é o bastante contarmos com um avançado regime jurídico da propriedade morto nas páginas da Constitição. Impele-se a atuação da administraçáó pública e dos magistrados em consonância com os princípios de nosso direito e os objetivos da República, de modo a promoverem-se as conquistas da Carta de 1988 e sanarem-se os históricos problemas sociais deste país.

Com efeito, a desapropriação de determinadas terras produtivas e o pagamento de indenizações realmente justas à luz de nosso ordenamento jurídico, podem contribuir para que existam recursos e condições de se intervir, com eficácia, na quase imutável situação do âmbito rural brasileiro.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução Zilda Huctchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS; Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HAHN, Hans. Logic, Mathematics and Knowledge of Nature. In: AYER, A. J. (Org.). *Logical Positivism*. New York: The Free Press, 1959.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Propriedade* (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a Legislação Ordinária e a Constituição). [s.n.t]. Disponível em: <http://www.cidadanet.org.br/dados/dout8.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2003.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E APLICAÇÃO DO DIREITO: O CONCEITO DE RACISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Hebert Soares Leite

Sumário

1. Apresentação. 2. A Abrangência do Conceito de Racismo na Constituição de 1988. 3.A Contribuição da Hermenêutica Jurídica. 4. A Aplicação do Direito ao Caso Concreto. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1 APRESENTAÇÃO

Durante o ano de 1989, o Movimento Popular Anti- Racismo (Mopar), integrado pelos Movimento Negro, Movimento Judeu Independente e Movimento de Justiça e Direitos Humanos de Porto Alegre, tomou a iniciativa de um processo criminal contra o brasileiro, escritor e editor de livros Siegfried Ellwanger, então na faixa dos sessenta anos, que foi denunciado pelo Ministério Público em 1991 pelo crime previsto no art. 20 da lei nº 8081, de 21 de setembro de 1990: