

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

REFORMA AGRÁRIA E PREÇO JUSTO:
A Indenização na Desapropriação para fins de reforma agrária e
possibilidades de ruptura do individualismo proprietário.

João Paulo de Faria Santos

Brasília
2008

João Paulo de Faria Santos

REFORMA AGRÁRIA E PREÇO JUSTO:

A Indenização na Desapropriação para fins de reforma agrária e possibilidades de ruptura do individualismo proprietário.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Constituição, Processo e Teoria Constitucionais, Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Paulo Luiz Netto Lobo

Co-Orientador: Professor José Geraldo de Sousa Jr.

Brasília

2008

A todos,
Grandes amigos e companheiros,
Flávia, Bruno, Gustavo, Carol e Lucas,
que construíram,
com tanta ternura,
o dia a dia desse trabalho.

Ao Dr. Valdez e a Dra. Gilda,
Que me impregnaram com sua vontade
De transformar em realidade
a urgência da reforma agrária.

Ao Professor Paulo Lobo,
Pelo carinho e atenção
E pela insistência em pregar
Que o Direito tem por centro o ser humano.

Aos mestres Zé Geraldo e Warat,
Que me reanimaram
Quando tudo parecia tão sombrio,
e me lembravam sempre que
A justiça é o pão do povo,
E pode ainda
ser a poesia da nossa vida.

À Carol,
Por escancarar o futuro,
E compartilhar angústias, sonhos e desafios.
E permanecer.

A **Irmã Dorothy Stang** (1931-2005),
mártir da floresta
e da vida em abundância,
inspiração não somente desse trabalho,
mas da esperança militante
de um amanhã em que não precisaremos de mártires.

Ao **Frei Henry des Roziers**,
Advogado do povo,
Que me ensinou tanto.
Por seu exemplo de uma vida
dedicada à construção da paz
que, bem sabe o profeta Isaias,
somente pode ser fruto da justiça.

A todos os trabalhadores rurais sem terra,
da **Escola Carlos Marighella**, localizada
no Acampamento 26 de Março,
Município de Marabá, Pará,
antiga Fazenda Cabaceiras.
No mesmo espaço em que antes
trabalhadores eram escravizados e mortos
e castanheiras eram derrubadas,
Hoje, trabalhadores se reúnem,
Conversam, plantam, aprendem e
edificam há quase uma década
um outro mundo possível.

*“Para quem estuda os fenômenos sociais,
não há crime maior do que o do monopólio da terra;
é o fator principal da escravidão e da servidão da gleba (...);
É o produtor satânico da miséria e
de todos os horrores do desespero
que ora afligem o Velho e o Novo Mundo”*

André Rebouças, abolicionista,
em carta a Joaquim Nabuco.
12 de Março de 1897.

*“O Brazil, em outras palavras,
para não ferir de leve a propriedade
de uma classe de indivíduos,
muitos d’elles estrangeiros,
assentiu a continuar responsável por um crime.”*

Joaquim Nabuco,
em O Abolicionismo, 1883.

Resumo

O presente trabalho enfrenta o tema do preço justo a ser pago em indenizações na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Resgata a memória da ruptura do discurso proprietário no Império Brasileiro do século XIX, em que Joaquim Nabuco, sob o manto do movimento abolicionista radicalizado, traz a argumentação de que a consciência nacional estaria acima da garantia dos proprietários de serem indenizados por seus escravos libertos.

Compara tal precedente com as tentativas de funcionalização da propriedade privada rural na República para a construção de uma justiça no campo e a efetivação da reforma agrária.

Sob o marco teórico de que o Direito é dialético e emana das lutas históricas dos movimentos sociais, tenta traçar uma interpretação progressista para o sistema constitucional de 1988, a fim de desvincular o valor pago pelas indenizações em desapropriações para a reforma agrária do exclusivo parâmetro do mercado, quando as mesmas forem motivadas por descumprimentos graves da função social nas esferas ambiental e trabalhista, como crimes ambientais ou trabalho escravo.

Palavras-chave: Indenização; Preço Justo; Desapropriação para fins de reforma agrária; Joaquim Nabuco; Movimento Abolicionista; Função Social da Propriedade Rural; Crimes Ambientais; Trabalho Escravo.

Abstract

The following study discusses the theme of the fair price to be paid in indemnification for expropriation with social interest for the purposes of land reform.

It reminds the collapse of the property speech from the Brazilian Empire in the nineteenth century, where Joaquim Nabuco, under the mantle of the abolitionist movement, brings the argument that national consciousness would be above the guarantee for owners to be compensated for their freed slaves.

It compares this with the previous attempts in creating social function for rural private property in the Republic for the construction of land justice and effectiveness in the field of agrarian reform.

Under the theoretical framework that the Law is dialectical and it emanates from historical struggles of social movements, tries to chart a progressive interpretation to the constitutional system of 1988 in order to release the amount paid for the damages in expropriations for agrarian reform of the unique parameter of the market when they are motivated by serious breaches of the social function in the labor and environmental spheres, such as environmental crimes or slave labor.

Keywords: Indemnification; Fair Price; Expropriation for agrarian reform; Joaquim Nabuco; Abolitionist Movement; Social Function of the Rural Property; Environmental Crimes; Slave Labor.

Sumário

Introdução:

A indenização na desapropriação para reforma agrária a partir da realidade – 10

Capítulo I:

A Ruptura do discurso proprietário no Brasil do Século XIX: O Movimento Abolicionista – 15

1. O paradigma do Estado Liberal no Brasil – 15
2. A Indenização como proteção proprietária constitucional – 20
3. O Discurso Proprietário Constitucional do Movimento Indenizista – 23
4. O Fragmento de Racionalidade: A Abolição sem indenização – 30
5. Consciência Nacional e as teorias críticas do século XX – 33
 - 5.1. O Paradigma da Repersonalização do Direito Civil – 36
 - 5.2. O Poder Constituinte Permanente – 42
 - 5.3. A Teoria Dialética do Direito – 46

Capítulo II

Reforma Agrária e Função Social na República Brasileira: A realidade consolidando outra noção de propriedade privada – 50

1. Breves comentários sobre releitura(s) da doutrina liberal sobre propriedade – 50
2. Histórico da desapropriação no Brasil Republicano – 63
3. Nuances da desapropriação-sanção e sua indenização – 70
4. A multiplicidade e os pormenores da função social da terra a partir da Constituição de 1988 – 73
5. As discussões na doutrina nacional – 80
6. Entendimentos progressistas sobre o art. 243 da CF/88 – 82

Capítulo III

Crítérios não-econômicos de averiguação do preço justo - 90

1. Terra não é commodity – 90
2. Direito a um meio-ambiente sustentável e passivo ambiental – 101
3. Cálculos dos prejuízos sócio-econômicos da super-exploração dos trabalhadores: o dano moral coletivo – 105
4. Um Caminho Hermenêutico: Do Enriquecimento Sem Causa aos Lucros Cessantes Sociais – 114

Conclusão

As tradições dialéticas do Direito para além do individualismo proprietário – 120

Referências Bibliográficas – 128

Introdução

A indenização na desapropriação para reforma agrária a partir da realidade

Ao analisar os processos de reescravização (anulação de alforrias de escravos) na Corte de Apelação do Rio de Janeiro durante o século XIX, Keila Grinberg¹ percebe um argumento jurídico como o mais citado: o art. 179 da Constituição Imperial de 1824. Era o artigo que protegia “o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”. Além disso, a historiadora ainda ressalta que qualquer derrota da tese da reescravização e vitória dos alforriados, as críticas eram ríspidas, especialmente nos aspectos jurídicos:

Não sabemos até onde pode ir a jurisprudência do Supremo Tribunal em casos iguais ao que foi ventilado; porque importa em nada menos que na condenação do senhor, sem culpa sua, na perda da sua propriedade (...) Porventura essa disposição veio transtornar os princípios invioláveis e reguladores da propriedade?²

Hoje, quase dois séculos após a Constituição Imperial e já há mais de cem anos da abolição da escravidão, a realidade parece totalmente diferente. Parece. Entretanto, o apego ao entendimento absoluto do direito de propriedade permanece, inacreditavelmente, semelhante.

¹ GRINBERG, Keila. Reescravização, Direitos e Justiças no Brasil. In: LARA, Silvia Hunold e MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (org.) *Direitos e Justiças no Brasil*. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2006.

² Gazeta Jurídica, volume 24, de 1879, páginas 673-74 encontrado em GRINBERG, Keila. Op. Cit. Página 116.

Diante das manifestações pela reforma agrária, por desapropriações de áreas, o discurso parece antigo: “querem mesmo é relativizar o direito de propriedade”³.

O discurso proprietário hoje aparece inclusive com nomes eufemísticos, como produtivismo, lucratividade, ascensão do etanol, divisas que geram o superávit da balança comercial de exportações. São tantos que parecem apagar outras facetas, como antes acontecia no século XIX, em que a discussão sobre os ganhos das elites e suas repercussões na manutenção do sistema econômico limitavam o avanço sobre a realidade dos pobres, escravos ontem, bóias-frias hoje:

Os trabalhadores (da cana), na sua grande maioria, são migrantes provenientes dos Estados do Nordeste e do norte de Minas Gerais (em torno de 200 mil, segundo a Pastoral do Migrante). São homens, jovens entre 16 e 35 anos de idade. Durante oito meses ao ano, permanecem em cidades-dormitório em pensões (barracos) ou nos alojamentos encravados no meio dos canaviais.

(...) São submetidos a duro controle durante a jornada de trabalho. São obrigados a cortar em torno de dez toneladas de cana por dia (...) A resposta a qualquer tipo de resistência ou greve é a dispensa. Durante o trabalho, são acometidos pela sudorese em virtude das altas temperaturas e do excessivo esforço, pois, para cada tonelada de cana, são obrigados a desferir mil golpes de facão. (...) Os salários pagos por produção (R\$2,50 por tonelada) são insuficientes para lhes garantir alimentação adequada.

As conseqüências desse sistema de exploração-dominação são: de 2004 a 2007, ocorreram 21 mortes, supostamente por excesso de esforço durante o trabalho.⁴

³ Discurso de proprietário rural sobre as demandas dos movimentos rurais. Carta Capital, 27 de Janeiro de 2008.

⁴ MORAES, Maria Aparecida. Atrás das cortinas no teatro do etanol. Folha de São Paulo, 02 de outubro de 2007.

Isso é o exemplo do Sudeste brasileiro, supostamente mais desenvolvido. No Norte, aonde repousa o que ainda existe de floresta amazônica, o cotidiano aceito é o da concreta redução dos trabalhadores a condição análoga a de escravos, por vezes, para que estes auxiliem da devastação daquele bioma.

Entre janeiro e setembro de 2007⁵, o Governo Federal libertou mais de dois mil trabalhadores escravos, sendo quem 1.439 somente em fazendas do Estado do Pará. Alguns proprietários destas fazendas pagarão indenizações aos trabalhadores, entretanto nenhum proprietário perdeu suas terras e as perspectivas de que isso aconteça são muito poucas.

Dos poucos que poderão ter, no futuro, suas terras desapropriadas para a reforma agrária, todos irão embolsar o valor de mercado de seus imóveis para manterem seu padrão econômico. O pensamento jurídico ainda afirma que indenização na desapropriação por descumprimento da função social deve manter o estado econômico anterior das coisas. Muitos lamentam, mas não enxergam perspectivas na legislação vigente.

Sabemos que o mero lamento faz parte do *modus operandi* do Direito que se entende mantenedor do *status quo*. Por isso não nos filiamos a essa corrente. Entendemos o Direito como criativo, como a possibilidade de transcrever em argumentos jurídicos o sentimento de justiça histórico e geograficamente localizado. Esse paradigma é o que sustenta este estudo: um paradigma que tem no estudo jurídico um único objetivo, a busca de soluções.

⁵ FIGUEIRA, Ricardo Rezende. O trabalho escravo e a promiscuidade de autoridades. In: *Direitos Humanos no Brasil 2007 – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Social, 2007. Página 53).

Por isso, iniciamos o trabalho a partir de um resgate dos discursos abolicionistas, em especial de Joaquim Nabuco, jurista que não lamentou, mas inseriu-se radicalmente no debate pela liberdade que acreditava, mesmo sabendo que enfrentaria o discurso proprietário em seu auge no Estado Liberal.

Somente a isso se dedicará o Capítulo I: a entender essa ruptura histórica importantíssima como um fragmento de racionalidade jurídica do qual nos entendemos herdeiros. A aproximação das formulações de Nabuco com teorias críticas do século XX, especialmente o Direito Civil Constitucional e a Teoria Dialética do Direito, delimitará conceitos, caminhos e propostas hermenêuticas que serão analisadas ao longo dos seguintes capítulos.

No Capítulo II, a discussão se dará em torno da função social da propriedade ao longo da República Brasileira e, especialmente, no contexto da Constituição Federal de 1988. Perante a Constituição Cidadã, o estudo terá como escopo entender um sistema constitucional que, perante e paradoxalmente à realidade agrária explanada acima, nos afirma veementemente que vivemos um Estado Democrático de Direito sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de construir uma sociedade justa, livre e solidária. Reativar tais noções constitucionais, trazendo-as para o cotidiano implicará na busca de uma hermenêutica progressista dos instrumentos que esta mesma Constituição disponibilizou.

Tal tentativa irá permear a última parte do Capítulo II e todo o Capítulo III, no qual enfocaremos os equívocos jurídicos oriundos da consideração da terra (propriedade rural) como mera mercadoria.

Entendendo, enfim, os demais aspectos da propriedade rural (como aspectos ambientais e trabalhistas), formularemos propostas, abertas para debate, a fim de fugir do mero lamento.

Propostas estas com os pés na realidade, que caminharão para o sentido de que a indenização ao expropriado que descumpra a função social de sua propriedade seja mitigada em face de outras garantias, fundamentos e objetivos constitucionais que, se não levados a sério, transformarão o ordenamento jurídico em falácia e as promessas constitucionais em palavras vazias, o que pode findar por ruir além dos projetos de vida de trabalhadores, o tecido jurídico e social como um todo.

Capítulo I

A Ruptura do discurso proprietário no Brasil do Século XIX: O Movimento Abolicionista.

1. O paradigma do Estado Liberal no Brasil

A metamorfose sesmarial: As origens jurídicas do Brasil-Colônia na Metrópole Portuguesa.

Em 26 de junho de 1375, Sua Majestade El Rei de Portugal proclamava a máxima legislativa que inaugurava o regime das sesmarias portuguesas:

Todos os que tiverem herdades próprias, emprazadas, aforadas, ou qualquer outro título que sobre as mesmas lhes dê direito, **sejam constrangidos a lavrá-las e semeá-las.** (...) Se os senhores das herdades não quiserem estar por aquele arbitramento, e por qualquer maneira o embargarem por seu poderio, devem perdê-las para o comum, a que serão aplicadas para sempre; devendo arrecadar-se o seu rendimento a benefício comum, em cujo território forem situadas.⁶

Preenchidas sob a ótica de nossos tempos, tal vontade real poderia parecer um anacronismo surpreendente que falaria de função econômica da propriedade em pleno século XVI. Entretanto, a data da rubrica de Sua Majestade na Lisboa de 1375 não nos

⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Coletânea de legislação e jurisprudência agrária e correlata*. Organizadores Joaquim Modesto Pinto Júnior, Valdez Farias. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2007. Página 43.

dá outra possibilidade que não a de repensar historicamente o que significou o instituto da sesmaria no feudalismo tardio e na formação do Estado Português.

Em 1375, Portugal se firmava como reino, dois séculos depois do grande feudo concedido a Dom Afonso Henriques na volta da guerra da Reconquista contra os mouros. O nascimento da dinastia de Avis marcava, nos primeiros anos posteriores à lei citada, a formação do Estado nacional que se dava nos moldes dos vínculos pessoais do medievo, em que o Rei se relacionava com a nobreza como um suserano a um vassalo.

O instituto das sesmarias deixava claro isso, estabelecendo obrigações feudais em que o domínio eminente permanecia e poderia sobrepor-se, em algumas circunstâncias (no caso, a inutilização), sobre o domínio útil. É a forma na qual se estabeleceu em Portugal o senhorio possessório identificado como “reino da efetividade”⁷ que regia todo medievo, sem ainda a concepção proprietária própria da ascensão burguesa.

A efetividade necessária sobre a posse era a garantia do poder monárquico-feudal em Portugal:

Ao príncipe, (...), incumbe reinar (*regnare*), ao tempo que os senhores, sem a auréola feudal, apenas exercem o *dominare*, assenhoreando a terra sem governá-la. (...) O rei, como senhor do reino, dispunha, instrumento de poder, da terra, num tempo em que as rendas eram predominantemente derivadas do solo.⁸

⁷ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. Página 18.

Com acento na terra e sua estabilidade hegemônica, Portugal lança-se no mercantilismo nascente, planejado em cada passo, numa grande missão sebastianista que envolveria a Revolução de Avis e a Escola de Sagres. E é dentro desse projeto que surge o Brasil-Colônia e nesse contexto deve ser analisado o sistema de sesmarias adotado aqui, com suas fundamentais diferenças em relação ao molde original português.

A estrutura feudal atípica portuguesa⁹, de um Estado Patrimonial, na construção dessa “empresa estatal” poderosíssima chamada Brasil, necessitava de um marco jurídico pertinente a regular as concessões administrativas na nova terra, encontrado no tradicional instrumento legislativo português das sesmarias. Entendê-lo, mesmo que brevemente, é o primeiro passo para entender a noção proprietária que se instalou na colônia: “A história territorial do Brasil começa em Portugal”¹⁰.

O que o reinado de Dom Fernando I pensara em 1375 dizia respeito a concepções fundamentais do Reino Português em que a expansão mercantil se tornou tarefa centralizada e vigiada fortemente pela Coroa. O predomínio da coisa pública sobre a ordem particular constituiu o pano de fundo que emergiu no instituto sesmarial que revertia a terra não cultivada à Coroa. No Brasil-colônia, mesmo mantendo formalmente o vínculo inafastável do aproveitamento, a tarefa de agricultar campos foi

⁹ Muitos autores afirmam que não somente o Brasil, mas nem mesmo Portugal, com a estruturação a partir da guerra da Reconquista e o marco da Revolução de Avis, jamais foi feudal, tendo apenas elementos de feudalismo, mas caracterizando seu sistema econômico muito mais como um capitalismo de Estado do que como os demais vistos na Europa medieval. “*Portugal não conheceu o feudalismo. Não se vislumbra, por mais esforços que se façam para desfigurar a história, uma camada, entre o rei e o vassalo, de senhores, dotados de autonomia política*”. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. Página 37.

¹⁰ FAORO, Op. Cit. Página 146.

substituída pela de povoar o território, ainda florestal, devastando, escravizando os negros da terra e prestando auxílio às obras semi-públicas de exportação açucareira. O sesmeiro, então, se transformou na prática em um interventor da Coroa para que em toda a colônia Brasil fosse proibido qualquer uso da terra que não estivesse de acordo com o projeto econômico português¹¹.

As sesmarias, muito mais que econômica, tinha no Brasil um potencial político-militar. No lugar de fazendas, o Portugal dividiu o Brasil em províncias, sem limites territoriais e com poderes administrativos e judiciais sobre o território. Muito mais clara ficaria tal metamorfose a partir de 1695, quando se passa a impor foro às sesmarias, que substituiria o aproveitamento tradicional da terra, passando o regime de terras a ter um eminente caráter dominial:

A realidade americana torce o conteúdo da lei, transformando a terra, de instrumento régio de colonização e povoamento, em garantia permanente de investimento agrícola.¹²

De concessão administrativa vigiada, passa a se constituir no território colonial a formação de imensos latifúndios, a ponto de, em 1822, não existirem mais terras brasileiras para a Coroa distribuir.

Tal mudança acabou gerando um paradoxo em nossas terras: após a independência, com o fim da sesmarias, a Lei de Terras de 1850 possibilitou somente a

¹¹ MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003. Página 59 a 61.

¹² FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. Página 150.

compra e venda como aquisição proprietária futura¹³ e a essência de aproveitamento da terra como legitimadora foi a parcela da qual nada herdamos do antigo instituto. Herdamos sim, o caráter político-militar de território acima da idéia econômica de propriedade mercantil e, como fruto do primeiro, a naturalidade de entender o incomensurável como o padrão de extensão agrária das propriedades:

O sistema de sesmarias deixou, depois de extinto, a herança: o proprietário com sobra de terras, que não as cultivava, nem permite que outrem as explore¹⁴

O liberalismo brasileiro, então, surge também como Estado patrimonial, não nas mãos simplesmente do imperador, mas de todos aqueles que tinham no passado conquistado concessões administrativas da Coroa Portuguesa e conseguiram se perpetuar em estruturas agrárias que eram mais próximas de províncias que de empresas.

É, assim, desse capitalismo oligárquico que surge o Estado liberal brasileiro, protegendo a propriedade privada, mas sem observar, em nada seus aspectos econômicos. A proteção era uma mistura dos novos fundamentos mercantilistas com o que existia de mais arraigado na confusão território e fazenda, que por aqui era a regra e a base de todo e qualquer poder político. A propriedade não garantia simplesmente o modelo econômico capitalista que, no século XIX, por vezes visava a superar o Império e a escravidão, mas também era a garantia do modelo político baseado no latifúndio e nas grandes oligarquias, que tinham naqueles seus grandes aliados.

¹³ A Lei 601 de 1850, conhecida como Lei de Terras, passa a regular o regime imobiliário brasileiro, após o vácuo legislativo pós-independência, legitimando as posses conseguidas entre 1822 e 1850, mas proibindo a posse como meio de aquisição de propriedade para o futuro.

¹⁴ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. Página 477.

A Constituição de 1824, um avanço tipicamente liberal dentro da tradição das idéias do individualismo proprietário¹⁵, não percebe isso e protege a propriedade, contemplando na verdade as duas noções diferenciadas, uma político-militar e outra econômica-liberal. Durante as discussões da Assembléia Constituinte, isso não terá efeito prático, entretanto, na radicalização capitalista do final do século XIX (e sua questão central da necessidade da abolição) tal confusão de interesses positivados da mesma forma irá repercutir em um discurso jurídico, por vezes contraditório, de rever a noção de propriedade, para avançar o capitalismo.

2. A Indenização como proteção proprietária constitucional

Não há muito que se discutir sobre o fato de que a proteção absoluta a propriedade constituiu fundamento da ordem no Estado Liberal¹⁶. Entretanto, ainda é

¹⁵ A expressão individualismo proprietário, amplamente utilizada neste trabalho, significa a arraigada permanência da centralidade do ordenamento jurídico na categoria, vista de forma absoluta, da propriedade privada, mesmo em uma concepção antropocêntrica, que a insere sempre como peça angular no funcionamento do sistema. Ver BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta: 1996 e CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁶ A proteção a propriedade privada é central em todas as Constituições Liberais e em todos os grandes teóricos do liberalismo. John Locke (1632-1704) é quem dá o salto teológico rumo a acumulação de capital e François Voltaire radicaliza a aproximação entre liberdade e propriedade, iniciando seu entendimento como ‘sagrada’ ou ‘absoluta’, com argumentações que, hoje, pareceriam mais frágeis: “Tout les paysants ne seront pas riches; et il ne faut pas qu’ils le soient. On a besoin d’hommes qui n’aient que leurs bras et de la bonne volonté. Mais ces hommes mêmes, qui semblent le rebut de la fortune, participeront au bonheur des autres. Ils seront libres de vendre leur travail à qui voudra le mieux payer. Cette liberté leur tiendra lieu de propriété. L’espérance certaine d’un juste salaire les soutiendra” VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *Dictionnaire Philosophique*. Tome VII. Paris: Chez Lequien Fils, 1829. Tradução Livre: “Todos os camponeses não serão ricos, e não é preciso que o sejam. Carecemos de homens que tenham seus braços e boa vontade. Mas até esses homens que parecem o rebotalho da sorte, participarão da felicidade dos outros. Serão livres para vender o seu trabalho a quem quiser pagá-los melhor. A liberdade será a sua propriedade. A esperança certa de um justo salário os sustentará.”..

necessário um debate que esclareça sob qual paradigma de Estado emerge o instituto da desapropriação.

O senso comum nos passa a impressão de que sendo a desapropriação uma intervenção no direito de propriedade seria a mesma um instituto típico do Estado Social intervencionista. Entretanto a previsão constitucional da desapropriação não inicia, em nosso país, por exemplo, em 1934 e no populismo social-intervencionista de Vargas, mas em 1824, que prevê isso em seu art. 72, § 17 quando afirma que a propriedade poderia ser desapropriada por utilidade pública, mediante indenização prévia para que não se ferisse o caráter absoluto desta.

Com um olhar mais apurado, sob o manto da história, percebemos que classicamente, a desapropriação surge como parte da proteção liberal à propriedade privada:

Pode parecer aos mais afoitos que a desapropriação seja um meio de se negar o direito de propriedade. Mas não o é. Ao contrário, é confissão de respeito ao direito de propriedade, pelo reconhecimento de que o Poder Público só pode subtrair a propriedade ao particular obedecendo a regras jurídicas precisas¹⁷

E esse ganho foi uma conquista importantíssima para a burguesia emergente que, saindo do Estado Absolutista, encerrava com a altíssima insegurança jurídica do confisco a mando da vontade do soberano, fazendo com que esse, mesmo com o maior dos interesses públicos, fosse obrigado a agir, em parte, como mercador, pagando em dinheiro, previamente e a preço de mercado pela propriedade que utilizasse.

¹⁷ BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos de Direito Agrário*. 11ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1998. Página 61.

Sendo assim, cabe ressaltar que é inerente ao conceito clássico de desapropriação, a obrigação estatal de pagamento de indenização, tendo em vista o escopo do mesmo de assegurar a proteção à propriedade privada, núcleo do Direito Liberal:

Se o magistrado desejar fazer algum edifício público, alguma estrada nova, cumpre que indenize; o público é, a este respeito, como um particular que trata com um particular.¹⁸

O Estado estava sendo, na verdade, com a consagração da desapropriação, limitado pelo liberalismo para que não ferisse a propriedade privada, não podendo mais intervir nela de qualquer forma. E, caso necessitasse fazê-lo por utilidade pública relevante, não poderia arbitrariamente tomar propriedades, mas teria que garantir que exerceria um contrato, mesmo que compulsório, com o dono da terra e pagaria de forma prévia e justa por este contrato. Seria como um particular, como diz Montesquieu. Assim, a desapropriação surge vinculada a uma indenização e como direito do proprietário e não uma sanção, é “irmã siamesa da propriedade moderna”¹⁹, diametralmente diferente do que ocorrerá no século XX com a desapropriação para fins de reforma agrária:

A desapropriação é velha medida do liberalismo: mantém a integridade do patrimônio individual. É verdade que no começo do século dezenove a desapropriação era concebida somente para o uso público e esta nova forma (desapropriação-sanção do século XX) é

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles Secondat Barão. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Página 403.

¹⁹ MARÉS, Carlos Frederico. Desapropriação Sanção por Descumprimento da Função Social? In: *Revista de Direito Agrário*, n.º. 18. Brasília: Incra, 2006. Página 66.

para uso social, isto é, possibilita que o Estado entregue a um novo proprietário que se comprometa a cumprir a função social. Note-se que a finalidade não é acabar com o latifúndio e promover uma alteração na estrutura agrária, mas garantir a produtividade da terra²⁰.

É essa a proteção proprietária, desapropriação mediante indenização, que foi positivada na Constituição Imperial de 1824, em seu art. 72, § 17, na linha de todas as demais constituições burguesas do século XVIII e XIX. Entretanto, por detrás dessa garantia estariam interesses conflitantes que viriam à tona no fim do século XIX. Ao se proteger a propriedade privada no Brasil, se protegeriam a propriedade colonial arraigada, ainda oriunda do aspecto político-militar das sesmarias, e, ao mesmo tempo, contemplaria os novos ventos burgueses de proteção a uma propriedade eminentemente econômica, com base no trabalho assalariado e na acumulação capitalista.

Nenhum problema, a priori, já que nessas terras de transições controladas e indolores sói acontecer acomodações que em outros espaços geográficos seriam impossíveis. Porém, o primeiro embate se dará na segunda metade do século XIX, na proteção ou não da propriedade privada dos escravos, discussão inflamada feita ainda sob a vigência daquela mesma ordem constitucional.

3. O Discurso Proprietário Constitucional do Movimento Indenizista.

O processo de abolição da escravidão brasileira foi o tema mais debatido na segunda metade do século XIX, contabilizando oitenta anos de controvérsias²¹ e de

²⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *Função Social da Terra*. Página 113.

²¹ BUENO, Eduardo. *Brasil: uma História*. 2ª. Edição. São Paulo: Ática, 2003. Página 218.

movimentos de avanços e refluxos. Vários argumentos eram levantados nesses debates, inclusive os eminentemente jurídicos.

À época, vivíamos o auge, inclusive constitucional, das idéias liberais e da proteção à propriedade. E na base dessa propriedade estavam os meios de produção (as fazendas de café e os engenhos de cana-de-açúcar) e a mão-de-obra escrava, tida como mais uma peça no estoque do capital consolidado da elite brasileira.

Entretanto, tal *mainstream* cedo deixa de ser unanimidade no cenário do Segundo Império. A elite brasileira, sempre fragilizada, para utilizar a clássica expressão de Nelson Rodrigues, pelo seu inexorável complexo de vira-latas²², não se conformava em ser taxada de anacrônica pela Europa capitalista. Taxação essa que se transforma, pouco a pouco, em uma dura pressão política, inclusive com a edição da Bill Aberdeen²³ em 1845 que refletira por aqui na aprovação da Lei Eusébio de Queiroz, de 1848, proibindo o tráfico negreiro e iniciando um caminhar legislativo importante para a discussão jurídica que iria findar em 1888.

Central nessa discussão foi a presença de Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo, político eleito sempre em pleitos apertados mas que, com erudição, a fama de “viajado” (frente à elite vira-lata) e a confiabilidade de um defensor ferrenho da monarquia, conseguira inserir o fim da escravidão em tese mais plausível e transformar seus adversários em obsoletos herdeiros do passado.

²² RODRIGUES, Nelson. Complexo de vira-latas. In: CASTRO, Ruy (seleção). *À sombra das chuteiras imortais: crônicas de futebol*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. Página 51.

²³ Slave Trade Supression Act, legislação britânica promulgada em 8 de agosto de 1845, proibindo o tráfico de escravos no Oceano Atlântico, atribuindo à marinha inglesa o direito de apreender quaisquer navios negreiros que se dirigissem ao Império do Brasil.

Entre as várias discussões estabelecidas, interessa a nosso estudo entender os debates jurídicos da abolição em torno da discussão da proteção à propriedade privada. Por isso, importante entendermos especialmente um período de menos de vinte anos que vai da edição da Lei do Ventre Livre (1871) até o notório 13 de maio de 1888, pelo menos.

Dizemos a Lei do Ventre Livre por que essa, sob a regência do gabinete conservador do Visconde de Rio Branco, previa uma indenização do Estado para o fazendeiro que deveria libertar os filhos dos seus escravos, a fim de manter inclusive a ordem constitucional estabelecida desde 1824.

E a partir daí que a discussão abolicionista se torna outra: o movimento, liderado por Nabuco, José do Patrocínio, André Rebouças e outros, passam a exigir a abolição sem indenização, tendo em vista inclusive a estratégia dos escravocratas que, se mantida a ordem constitucional, leia-se ‘desapropriar’ escravos somente indenizando os escravocratas, não tão cedo o fim da escravidão seria viável.

José do Patrocínio, brilhante jornalista do Império filho de um padre com uma escrava, utilizava-se da máxima de Pierre Joseph Proudhon²⁴, para, antes de atacar simplesmente a escravidão, atacar diretamente a ordem proprietária vigente, em sua célebre frase, em que assinava com o pseudônimo Prudhomme:

²⁴ “Se eu tivesse de responder à seguinte questão: o que é a escravidão?, e a respondesse numa única palavra: é um assassinato, meu pensamento seria logo compreendido. Eu não teria necessidade de um longo discurso para mostrar que o poder de tirar ao homem o pensamento, a vontade, a personalidade é um poder de vida e de morte, e que fazer um homem escravo é assassiná-lo. Por que então a esta outra pergunta: o que é a propriedade?, não posso eu responder da mesma maneira: é um roubo.” PROUDHON, Pierre Joseph. *A propriedade é um roubo*. Porto Alegre: L&PM, 1998.

*“Se toda a propriedade é roubo, a propriedade escrava é um duplo roubo, contrária aos princípios humanos a que qualquer ordem jurídica deve servir”*²⁵

Porém, Joaquim Nabuco conseguia inserir um diálogo mais próximo com os escravocratas e, em discussões no parlamento, consegue construir uma argumentação interessante para estabelecer não uma destruição, mas uma ruptura localizada no discurso proprietário da época.

Nabuco inclusive, além de em 1880, ter chegado a propor a abolição com indenização²⁶, chega a afirmar, em sua autobiografia, que a aceitaria, em último caso, mas que o acúmulo político conseguido ao longo da década de 1880 é que tornou possível o 13 de maio²⁷.

²⁵ BUENO, Eduardo. *Brasil, uma História*. Página 223.

²⁶ “Em agosto de 1880, o deputado pela província de Pernambuco, Joaquim Nabuco, apresentou à Câmara um projeto de lei contendo os seguintes pontos: abolição da escravidão, com indenização, até 1890.”. VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil Imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. Página 19.

²⁷ “Se a abolição se fez entre nós sem indenização, a responsabilidade não cabe aos abolicionistas, mas ao partido da resistência. O meu projeto primitivo, em 1880, era a abolição para 1890 com indenização. Se em qualquer tempo um ministro da coroa chegasse às Câmaras e dissesse: “A escravidão não pode mais ser tolerada no Brasil, o nosso grau de civilização repele-a, e eu venho pedir que decreteis a liberdade imediata dos escravos existentes, votando os precisos recursos para a respectiva desapropriação”, poderia haver abolicionista que quisesse prolongar a escravidão? Nenhum de nós assumiria a odiosa responsabilidade. Esse homem, porém, não surgiu dentre os estadistas do Império; todos pensavam, ou que a abolição arruinaria a lavoura e o crédito do país, ou que o Brasil não era rico bastante para pagar a libertação moral do seu território. Podia haver abolicionistas contrários à indenização; de fato, os houve; mas podiam eles, acaso, votar nunca contra uma lei de abolição imediata? A responsabilidade foi assim dos partidos, que se comprometeram perante a lavoura a resistir ao movimento, e que teriam, do seu ponto de vista, feito melhor sacando sobre o futuro e desapropriando os escravos, quando o princípio da não-indenização ainda não tinha triunfado no projeto Dantas e na segunda lei de 28 de setembro. Essa intuição só a teve meu querido amigo José Caetano de Andrade Pinto no Conselho do Estado; não lhe deram, porém, valor. Com relação à lei de 13 de maio devo dizer que em 1888 era tarde para se pleitear a equidade da desapropriação diante de um movimento triunfante, quando já a maior parte dos escravos tinha sido liberalmente alforriado pelos senhores e o resto da escravatura estava em fuga.” NABUCO, Joaquim. *Minha Formação*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2004. Página 118.

A vitória da tese de que a escravidão era “uma propriedade anômala, a que o legislador marcava sem ônus para o Estado o prazo de duração que queria”²⁸ percorreria ainda um caminho de intensos debates. Se a vitória sobre o tráfico negreiro foi importante, ainda por algum tempo (quarenta anos) iria se discutir com muito mais ardor se o fato do escravo ser uma propriedade da qual não se caberia indenização. O empecilho residia em que tal tese, para muitos, configuraria uma quebra da ordem jurídica e constitucional inaceitável:

O papel central do direito de propriedade no ideário liberal permitiu uma sobrevivência da instituição (escravidão), mas o tráfico negreiro esteve, desde então, golpeado de morte.²⁹

Os juristas, ou porta-vozes dos fazendeiros ou, por vezes, acumulando as duas funções, percebendo a abolição como fato consumado, se agarraram a tese de ‘nenhuma concessão sem indenização’³⁰, agregando-se em grupos de pressão que mais tarde os historiadores chamariam de movimento indenizista³¹.

A tendência indenizista ganhara no Brasil muita força, sendo a proposta vencedora em 1871, com a promulgação da Lei do Ventre Livre prevendo indenização ao fazendeiro escravocrata. Tristão de Alencar Araripe em discurso parlamentar conseguiu sintetizar tal pensamento indenizista, que via, mesmo com toda a consciência

²⁸ NABUCO, Joaquim. *Minha Formação*. Página 119.

²⁹ VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil Imperial*. Página 16.

³⁰ VAINFAS, Op. Cit. Página 185.

³¹ Termo empregado pelo historiador Alaôr Eduardo Scisínio para designar o movimento de fazendeiros que exigiam o pagamento de indenização como pressuposto da abolição da escravidão no século XIX. SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *Dicionário da Escravidão*. Rio de Janeiro: Léo Christiano Editorial, 1997. Página 256.

nacional e a popularidade do tema, um óbice constitucional formal intransponível à abolição sem indenização:

A decretação da liberdade do ventre, sem prévia indenização, viola a propriedade, é evidente, porquanto contraria o princípio de nossas leis civis, consagrado nesta mui conhecida fórmula: *partus sequitur ventrem*. Em consequência deste princípio, o filho da escrava é também escravo, e pertence ao dono desta. Logo, o proprietário do fruto procedente do ventre servil não pode ser privado de sua propriedade sem prévia indenização, conforme o preceito constitucional. **Logo, decretar a liberdade do indivíduo nascido de ventre escravo, sem indenização, é manifesto esbulho do direito de propriedade, e constitui ofensa da nossa constituição política.**³²

O discurso proprietário dos fazendeiros alcançou, além de força constitucional, uma extrema habilidade política que o fez ser vencedor, além da Lei do Ventre Livre, na Lei dos Sexagenários, de 28 de setembro de 1885, que igualmente previa indenização à libertação dos cativos acima de 65 anos (entendendo tal ato assim como uma desapropriação constitucional). A força do argumento proprietário era tão grande que até Nabuco, quatro anos antes, apresentara no parlamento uma proposta de abolição com indenização, rejeitada inclusive por ser radical³³.

Os argumentos, em um país formalista como o Brasil, pareciam imbatíveis. Ao lado de uma força econômica que queria a continuidade da escravidão, estavam aqueles que diziam até simpáticos a diversas teses abolicionistas, mas que não abriam mão da

³² SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *Dicionário da Escravidão*. Página 256.

³³ “Quando qualquer medida emancipadora era proposta, faziam-lhe tremenda oposição. Invocavam o direito de propriedade, acusavam os abolicionistas de ‘comunistas’, de agitadores, que não tinham nada a perder e estavam pondo em risco a segurança pública e a riqueza nacional”. IGLESIAS, Francisco et. al. *O Brasil Monárquico. Volume 3: Reações e Transações*. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002. Página 181.

ordem constitucional³⁴. O Barão de Cotegipe, presidente do Conselho dos Ministros em 1885, era um dos grandes ícones desse movimento. Ele que conseguiu angariar apoios para vetar o projeto do senador Manoel Dantas (escrito, na verdade, por Ruy Barbosa), apresentado um ano antes, direcionando todas as críticas a possibilidade prevista de libertação dos sexagenários sem indenização aos proprietários³⁵. Veio então a proposição da Lei Saraiva-Cotegipe, feita em aliança com o gabinete do conselheiro José Antonio Saraiva:

Aceitando o encargo ao qual se recusava no ano anterior, Saraiva apresenta uma proposta que, reproduzindo a de Dantas nos seus objetivos gerais buscava, entretanto, dissociar o Partido Liberal do abolicionismo. Para consignar o seu respeito à propriedade, o novo projeto fazia a liberdade dos sexagenários decorrer de uma tabela em que o valor do escravo crescia com a idade.³⁶

O discurso proprietário venceria novamente, adiando por um ano a lei e garantindo a indenização conforme mandava a forma constitucional de 24.³⁷ Os fundamentos: os mesmos de 1871, que seria um roubo, um esbulho, uma “inspiração de comunistas”, perigosa socialmente³⁸, a libertação sem indenização.

³⁴ “À medida que enfraqueciam as bases econômicas do sistema escravista, os argumentos antiescravistas ganhavam peso. (...) Em tese, eram favoráveis à emancipação gradual, desde que fossem salvos os direitos de propriedade, isto é, indenizados os proprietários.” IGLESIAS, Francisco et. al. *O Brasil Monárquico. Volume 3: Reações e Transações*. Página 180.

³⁵ O projeto Dantas inclusive chegou a ser taxado de que, em seu texto “*consignava o princípio errôneo, anárquico e revolucionário de que o escravo não podia constituir propriedade legal, e emancipava sem indenização os escravos de 60 anos*”. MENDONÇA, Joseli Nunes. *Cenas da Abolição: Escravos e senhores no Parlamento e na Justiça*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. Página 27.

³⁶ IGLESIAS, Op. Cit. Página 214.

³⁷ VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil Imperial*. Página 472.

³⁸ IGLESIAS, Op. Cit. Página 181.

Isso tudo em 1885, ou seja, com uma distância temporal de quatro anos da Lei Áurea. Algo mudaria dali pra frente, inclusive com a divulgação de idéias já feitas, em especial as expostas dois anos antes no clássico da literatura política brasileira, o Abolicionismo, escrito por Nabuco, no exílio britânico que vivia na época.

4. O Fragmento de Racionalidade: A Abolição sem indenização.

O Brazil, em outras palavras, para não ferir de leve a propriedade de uma classe de indivíduos, muitos d'elles estrangeiros, assentiu a continuar responsável por um crime.³⁹

A crítica é clara e sem concessões, nas palavras de quem tem a consciência da respeitabilidade que adquirira ao longo do tempo perante o auditório a que se referia. Toda a obra “O Abolicionismo” de Nabuco é um resumo da mudança de rumos que elevaria a abolição imediata e sem indenização de tese minoritária tida como subversiva, à saída jurídica mais adequada a situação nacional⁴⁰.

Em suma, a obra abre espaço para a discussão do absurdo que seria indenizar um senhor de escravos, em um contexto de que a escravidão era extinta por ser vergonha nacional e, praticamente, um crime contra a humanidade⁴¹.

³⁹ NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000. Página 93.

⁴⁰ “Em Londres, Nabuco escreveu ‘O Abolicionismo’ que, publicado em 1883, serviu de base a um programa abolicionista doravante empenhado na abolição imediata e sem indenização da escravidão, além de outras reformas, como a subdivisão do solo”. VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil Imperial*. Página 19.

⁴¹ Nabuco é somente o exemplo paradigmático da construção do pensamento jurídico radical do fim do século XIX. Muitos outros também exerceram tarefas fundamentais na solidificação de tal doutrina, como podemos ver das afirmações de Ruy Barbosa na 5ª. Conferência Pública dos Liberais Radicais, em 12 de setembro de 1869: “A emancipação deveria ser antes um princípio de interesse universal e não uma

O fato de Nabuco descrever idéias e momentos históricos experimentados por todos os países centrais que esteve, criava uma áurea ainda maior de que a idéia de propriedade era um avanço incomparável com a propriedade dos escravos, que mais se assemelhava a um crime que deveria ser reduzido a parte infeliz da memória nacional.

Essencial para a proliferação desta tese foi uma radicalização do movimento social abolicionista, com fatos extremamente contundentes como a formação dos Caifases, grupo radical que invadia fazendas⁴², e a formação do quilombo de Jabaquara, que contava com dez mil escravos fugidos em Santos:

O que era, nos tribunais, a conflituosa construção de uma argumentação jurídica para sustentar mais uma possibilidade na busca pela liberdade, nas ruas aparecia como um direito a ser reivindicado. (...) Por mais fortes que fossem seus opositores, o movimento que unia escravos e advogados não cessaria, nos anos seguintes, de se espriar pelos tribunais e pelas ruas.⁴³.

Logo, essa sintonia dos juristas abolicionistas com o movimento social radicalizado também os levou a, cada vez mais, antes de temerem frente a argumentos constitucionais meramente formalistas, explicitarem teses como a de Silva Jardim, em que a indenização já não mais seria pauta de qualquer lei abolicionista: “A questão se

reforma política”. AZEVEDO, Elciene. Para Além dos Tribunais: Advogados e Escravos no Movimento Abolicionista em São Paulo. In: LARA, Silvia Hunold e MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (org.) *Direitos e Justiças no Brasil*. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2006. Página 217.

⁴² Os caifases eram o grupo mais radical do movimento abolicionista, que definiram que somente uma radicalização extrema e além das cortes de justiça poderia resolver corretamente a questão da escravidão no Brasil: “... os caifases, que não eram graduados em Direito, arrogavam-se outro ‘direito’, de não entrar nos tribunais e lançar nas conchas da balança da justiça os trinta dinheiros (...) mas o ‘direito’ de escalar os quadrados, libertando os escravos” Diário Mercantil de 25 de Maio de 1888 Encontrado em AZEVEDO, Elciene. Op. Cit. Página 201.

⁴³ AZEVEDO, Elciene. Op. Cit. Página 228.

resolveria assim, o primeiro artigo diria: fica abolida a escravidão no Brasil; e o segundo, pedimos perdão ao mundo por não tê-lo feito há mais tempo”⁴⁴. Os mais radicais chegavam inclusive a defender indenizações para os escravos libertos, especialmente, na forma de distribuição de terras⁴⁵.

O grande argumento jurídico, o fragmento de racionalidade, era então que a consciência nacional estava acima de qualquer formalismo jurídico ou até mesmo constitucional. Tal tese, com apoio popular e a argumentação cotidiana e radicalizada dos abolicionistas, foi então, ao contrário de 1871 e 1884, a tese vencedora que, em 13 de maio de 1888, desconstituiu a propriedade sobre os escravos, extinguindo a escravidão no Brasil. Nem uma menção à indenização.

No fundo, foi desmascarada a idéia de que os escravistas queriam a abolição mas com manutenção do direito constitucional de propriedade. Os cerca de 700 mil escravos que existiam no Brasil do fim do século XIX valiam, no mínimo, 210 milhões de contos de réis, enquanto o orçamento geral do Império era de 165 milhões⁴⁶. Enterrar a idéia da indenização era o passo que faltava para, realmente, abolir a escravidão. E tal tese passa a ser possível por essa matemática que unia os argumentos jurídicos de Nabuco com a força e a radicalização do movimento abolicionista nas ruas.

⁴⁴ BUENO, Eduardo. *Brasil, uma História*. 226.

⁴⁵ DEL PRIORE, Mary. *O livro de ouro da História do Brasil*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. Página 253.

⁴⁶ DEL PRIORE, Mary. Op. Cit. Página 228.

Os ex-senhores de escravos abandonaram a monarquia e aderiram ao movimento que chegaria a proclamação republicana no ano seguinte⁴⁷ e, após o dia 13 ainda restavam inúmeros desafios pela frente, como as possíveis ações judiciais contra a constitucionalidade da Lei Áurea⁴⁸, contra a abolição realizada sem indenizações.

Entretanto, o golpe fatal já estava dado: a consciência nacional e a noção de justiça que emanava da radicalização do movimento abolicionista superaram a argumentação de inconstitucionalidade que parecia imbatível quatro anos antes.

5. Consciência Nacional e as teorias críticas do século XX

Joaquim Nabuco fez seu discurso histórico no parlamento em 8 de maio de 1888, quando a abolição sem indenização foi proposta. Aquele momento foi um símbolo de sua posição jurídica, de que a consciência nacional brasileira impossibilitava, inclusive juridicamente, qualquer indenização aos fazendeiros. A sua prova estava no entusiasmo popular, que abarrotara o Parlamento como nunca dantes visto e aplaudia cada frase de emancipação ali formulada:

⁴⁷ “O próprio Barão de Cotegipe não apenas votou contra a Lei Áurea como fez discurso de protesto contra a sua aprovação no Senado, em 12 de maio de 1888”. VAINFAS, Ronaldo. *Dicionário do Brasil Imperial*. Página 242.

⁴⁸ Após a Lei Áurea, um dos grandes lutadores contra a indenização via judicial foi Ruy Barbosa, inclusive queimando os registros públicos das propriedades escravas para impedir a formação probatória nos futuros processos dos fazendeiros. “... exercendo o cargo de Ministro da Fazenda, entre 1889 e 1890. Foi como ministro que (Ruy Barbosa) ordenou a famosa queima de ‘todos os papéis, livros de matrícula e documentos relativos à escravidão existentes nas repartições do Ministério da Fazenda’, atendendo, ao contrário do que comumente se pensa, a reivindicações de abolicionistas históricos, que temiam pedidos de indenização de ex-proprietários de escravos” VAINFAS, Op. Cit. Página 663.

A participação efusiva da população, explicava Nabuco, era a manifestação incontestável de que o ato prestes a ser aprovado era almejado pela nação toda.⁴⁹

A importância do argumento era incomensurável, pois enfrentava a oposição do principal pilar constitucional: o respeito à propriedade privada. Nabuco tinha consciência disso mas reafirmava que a existência de uma consciência nacional que, segundo ele, agora (fim do século XIX) inseria o conceito de dignidade humana no centro do ordenamento jurídico, era o novo norte jurídico, acima mesmo das garantias previstas na Constituição:

Já existe, felizmente, em nosso país, uma consciência nacional - em formação, é certo - que vai introduzindo o elemento da dignidade humana em nossa legislação, e para a qual a escravidão, apesar de hereditária, é uma verdadeira mancha de Caim que o Brasil traz na frente⁵⁰.

Esse novo temperamento ganhava força, quando, naquele 8 de março, poderia ser elevado ao patamar de consciência nacional emanada dos movimentos da sociedade civil.

Não era uma mera opinião pública para Nabuco⁵¹, mas a consciência nacional era realmente uma espécie de vontade geral rousseauiana para aquele jurista, em que o humanismo e a boa-fé eram pressupostos. Daí que as referências de Nabuco a

⁴⁹ MENDONÇA, Joseli Nunes. *Cenas da Abolição: Escravos e senhores no Parlamento e na Justiça*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. Página 16.

⁵⁰ NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000. Prefácio. Página 1.

⁵¹ “A opinião pública, de que falo, é propriamente a consciência nacional, esclarecida, moralizada, honesta, e patriótica; essa é impossível com a escravidão, e desde que apareça, esta trata de destruí-la.” NABUCO, Op. Cit. Página 80.

consciência nacional tinham consonância com o pensamento libertário internacional, consolidado como princípio de direito internacional, sempre citado, a partir de clássicos como Johann K. Bluntschli:

Pouco tempo falta para que a humanidade inteira estabeleça, proteja e garanta por meio do direito internacional o princípio seguinte: Não há propriedade do homem sobre o homem. A escravidão está em contradição com os direitos que confere a natureza humana, e com os princípios reconhecidos por toda a humanidade.⁵²

Não há como não marcar uma semelhança do conceito de Nabuco de que, além da estrita legalidade, a consciência nacional e os princípios de direito internacional, marcam mais profundamente o que seria direito ou não em termos de escravidão, com o conceito de direito expostos ao longo de toda a teoria crítica estabelecida no final do século XX, que são marcos teórico deste estudo. Lyra Filho, cem anos depois, por exemplo, parece resgatar tal conceito: “O Direito não se limita a aspecto interno do processo histórico. Ele tem raiz internacional, pois é nesta perspectiva que se definem os padrões de atualização jurídica, segundo os critérios mais avançados”⁵³.

É oportuno então, começarmos uma referência específica a três categorias presentes no pensamento jurídico de Nabuco apresentado e que nos serão basilares: primeiro, o novo manto que estende sobre todo o direito civil, na idéia da repersonalização do mesmo e a busca de um direito civil constitucional, com centro na dignidade humana, paradigma defendido por vários autores, em que analisaremos os nacionais.

⁵² BLUNTSCHLI, Johann Kaspar APUD NABUCO, NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Página 48.

⁵³ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999. Página 72.

Segundo, a idéia permanente de poder constituinte, apresentada pelo filósofo e jurista italiano Antonio Negri, que será importante como um paralelo atual a idéia de consciência nacional de Nabuco como evolução da matriz rousseauiana⁵⁴, repousando acima de interpretações gramaticais do texto constitucional.

E por fim, a teoria dialética do direito do já citado Roberto Lyra Filho, em que o eterno caminhar dos institutos jurídicos, sempre abertos as inúmeras mudanças da sociedade, também é fundamento conceitual. O paralelo será feito entre a noção de consciência nacional (emanada do movimento social abolicionista para Nabuco) e o sujeito coletivo de direito, categoria da teoria dialética elaborada por José Geraldo de Sousa Júnior.

5.1. O Paradigma da Repersonalização do Direito Civil: Do Direito Civil Patrimonial ao Direito Civil Constitucional.

Um novo direito civil emerge em nosso país na superação dos tabus liberais que inseriam a propriedade em um campo inquestionável. Até mesmo o novo Código, em seu art. 1228 (que conceitua propriedade), parágrafo primeiro, já insere bens jurídicos que relativizam a propriedade, como o equilíbrio ecológico ou o patrimônio histórico e

⁵⁴ Evolução porque parte não mais para a categoria abstrata de vontade geral de Rousseau, a qual Negri rejeita, mas uma categoria histórica, sem nenhuma transcendência, que Negri chama de radicalidade humana, do espaço social da biopolítica: “*O que era um caminho através da necessidade abre espaço a um processo de liberdade*”. (NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, página 46).

artístico⁵⁵. Até mesmo civilistas mais conservadores, como Miguel Reale, deixam claro que o novo código alinha o direito civil à idéia de uma revisão a partir de fins sociais⁵⁶.

Tal movimento, que ora nos marca como estado da arte, é hoje bastante difundido e consolidado como Direito Civil Constitucional. A tese é de que alinhar o direito civil a um paradigma constitucional implica em uma despatrimonialização do mesmo, conforme profetizou Nabuco ao mitigar a propriedade em prol da consciência nacional que já tinha na escravidão um crime contra a humanidade a ser extirpado, mesmo que a custa de um novo espectro proprietário.

Esse é o mesmo movimento do Direito Civil Constitucional, na busca de uma repersonalização do direito civil, em que o centro civilista não seja o patrimônio, mas o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). O centro do direito civil, que é agora plenamente histórico e dinâmico, será o projeto de vida em comum que a Constituição, centralizada na dignidade humana, impõe⁵⁷.

A importância de relacionar as categorias patrimoniais com os demais princípios constitucionais urge, tendo em vista, especialmente, a necessidade hermenêutica de que

⁵⁵ “Art. 1.228, § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

⁵⁶ “(no projeto) foi revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade”. REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1999. Página 8.

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, número 141. Brasília, Senado Federal, Janeiro/Março, 1999. Página 100.

as regras sobre propriedade estejam sempre interpretadas a partir da Constituição Federal e seus princípios e não o contrário⁵⁸.

Assim que, sem desconsiderar a indenização como garantia proprietária civilista perante a possibilidade de opressão estatal, temos que considerada também como funcionalizada⁵⁹ perante princípios constitucionais e direitos fundamentais que habitam o texto constitucional, vértice do ordenamento, e por isso irradia por todas as demais categorias do direito posto.

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º.III)⁶⁰

O que é pensado hoje não são mudanças fragmentárias, mas uma nova estrutura do direito civil, com centro constitucionalizado na dignidade da pessoa humana que já era profetizada por Nabuco e serve como paradigma para uma leitura mais adequada do instituto da indenização:

O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do

⁵⁸ “Não mais interpretar a Constituição de acordo com o Código Civil, mas sim interpretar o Código Civil de acordo com a Constituição”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, nº. 65 (1993). Página 26.

⁵⁹ Sobre a funcionalização da propriedade privada, ver a evolução histórico-jurídico explanada ao longo do capítulo 2.

⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, número 141. Página 103.

direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.⁶¹

Aplicar as noções das escolas que querem, hodiernamente, um direito civil constitucional e repersonalizado, significa caminhar para além da sistematização de Jean Domat e Portalis no início do século XIX, no Code Civil des Français, em que o Direito Privado era a garantia absoluta da autonomia do indivíduo a partir da propriedade privada. Hoje, o Direito Civil são apenas regras para disciplinar certas atividades da vida social em que, por mais importância que o indivíduo tenha, no mundo pós-industrial, a figura da associação traz novas nuances além de uma tendência à justiça social decorrente, principalmente, da hiper-disseminação do trabalho subordinado.

Não há mais pura proteção da propriedade no Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), nem mesmo no tocante ao conceito de indenização na desapropriação. A intervenção não é mais exceção, mas praticamente regra, em um mundo em que se torna essencial para qualquer concepção justa de economia. A busca agora do Direito, para que se respeite a “consciência nacional” do século XXI, é que todos os seus institutos (incluindo a propriedade privada e a indenização desapropriatória) auxiliem na construção permanente de uma sociedade justa, livre e solidária que se pautem nos princípios da dignidade humana:

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens

⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, nº. 65 (1993). Página 29.

em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.⁶²

Assim o marco teórico deste trabalho nos leva a pensar, a partir da experiência nacional vivida no crepúsculo do século XIX, que a indenização não pode ser estudada como um instituto isolado, mas sim como um instituto que serve à proteção proprietária e, por sua vez, presta subordinação a princípios constitucionais centrais, como o da dignidade humana⁶³. Assim acreditamos manter uma sistematização mínima ao ordenamento que deslocou o centro do direito privado do direito civil para a Constituição, esta sim a base única dos princípios fundamentais do direito.

Assim, a propriedade não é mais o centro nem do Direito Civil nem do Direito Constitucional, tem o seu lugar no texto de 1988 e no código de 2002, em que possui aspectos internos (usar, gozar e dispor), reformulados na nova teoria do domínio⁶⁴, mas também aspectos externos, de relação jurídica com a coletividade de não-proprietários, em que a aceitação constitucional de tal direito somente subsiste na efetivação da função social dada a ele.

⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, nº. 65 (1993). Página 29.

⁶³ É marco teórico desse estudo a utilização da teoria constitucional que elabora os textos das cartas magnas a partir de macroprincípios ou superprincípios gerais. No caso da Constituição Federal de 1988, entende-se que tal princípio seria o da dignidade da pessoa humana. Existe inclusive respaldo jurisprudencial para tal entendimento: “*A Constituição de 1988 enuncia no seu primeiro artigo que o estado democrático de direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). No seu artigo terceiro define a construção de uma sociedade justa como objetivo da República (art. 3º, I) e inclui entre os direitos fundamentais, os direitos à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput). Com isso, considerou a dignidade da pessoa humana como núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento constitucional e do infraconstitucional, dignidade que deve ser preservada porquanto sem ela não há a efetivação dos direitos da personalidade*” (STJ HC 12.547-DF Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 1º de junho de 2000. DJ 12 fev. 2001).

⁶⁴ ARONNE, Ricardo. Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Ou seja, o não-cumprimento da função social desnatura, em essência, a própria propriedade privada. Assim versa Gustavo Tepedino em texto já considerado clássico pela doutrina nacional:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesse extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (...)

Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência (...)

Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.⁶⁵

Dentro dessa discussão relativizada de propriedade privada, lembre-se que a indenização é também uma tutela do ordenamento jurídico àquele clássico instituto. Assim, se a propriedade deve se coadunar, em uma lógica jurídica mais adequada, a implementação de um “programa social”⁶⁶, assim a figura da indenização, como garantia proprietária do liberalismo, também. Não poderia, no fim do século XIX, desacelerar o programa social abolicionista, assim como não pode, no século XXI, desacelerar o cumprimento dos objetivos constitucionais, entre os quais a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III).

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Página 318-320.

⁶⁶ TEPEDINO, Op. Cit. Página 322.

Em suma, o que quer dizer o Direito Civil Constitucional é que, novos rumos são traçados quando sai de cena o indivíduo proprietário do Estado Liberal, para dar lugar à pessoa humana, em todas as suas vicissitudes, que vão muito além do mero aspecto patrimonial, estático ou dinâmico⁶⁷. E isso, o próprio Nabuco nos traz como fragmento histórico de racionalidade, em que a abolição traz o elemento dignidade humana à legislação, insere o ser humano concreto no centro do ordenamento jurídico, além da garantia patrimonial individual formal.

5.2. O Poder Constituinte Permanente

Além de inserir a dignidade humana específica e concreta (dos escravos) no centro do ordenamento de sua época, causando uma reviravolta nos cânones jurídicos de então, Nabuco falava bastante (como já vislumbrado) sobre consciência nacional.

A idéia de nação estava bastante em voga no final do século XIX. A base desta teoria pode ser localizada desde o pensamento contratualista iluminista e a idéia de poder constituinte.

Todavia, Joaquim Nabuco, como diversos outros abolicionistas, era monarquista convicto. Não estava falando na necessidade revolucionária ou republicana de uma nova ordem jurídica. Neste ponto, entretanto, inesperadamente, está sua inovação.

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, número 141. Página 109.

Nabuco acreditava ser profundamente constitucional e possível a abolição da escravidão e a revisão do conceito de propriedade dentro da própria ordem imperial que vivia. E traz como argumentação para dentro da discussão jurídica, afirmando que esse espaço (de centro da ordem imperial) pertencia à consciência nacional, segundo ele, superior a qualquer interpretação literal do texto de 1824, porque legitimador daquele.

A supressão da fonte constituinte do ordenamento jurídico ou sua limitação temporal em 1824 não é, para os abolicionistas, um dogma. Ao evocá-la novamente, como consciência nacional, trazem a tona o motor da dinâmica constitucional, entendida nunca como estática. Tal potência histórica é entendida como permanente, em que, mesmo sessenta anos após, continua existindo e sendo invocada como conjunto de necessidades, desejos e determinadas ações. Não são as normas que fazem o direito, mas a construção institucional⁶⁸ que é contínua. Existe uma porta, que Antonio Negri chamará de poder constituinte permanente, em que a vontade da multidão entra no sistema sempre, não como passado, mas como presente que enuncia um futuro:

No conceito de poder constituinte está a idéia de que o passado não explica mais o presente, e que somente o futuro poderá fazê-lo.⁶⁹

É claro que Nabuco ainda não pensa em multidão, conceito de Negri, mas sim em nação. Diz acerca da consciência nacional e não da potência democrática com a qual Negri trabalha. Entretanto, a analogia, sem a sua deturpação schmittiana⁷⁰, é possível.

⁶⁸ “*Siendo esto así, el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar em términos exactos el concepto de derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el concepto de institución. Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico; la correspondencia entre estos dos conceptos es necesaria y absoluta*”. ROMANO, Santi. *El Ordenamiento Jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963. Página 113.

⁶⁹ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. Página 21.

Com um poder constituinte permanente ou com a presença da invocação à consciência nacional, o Direito deixa de ser mera norma ou meros mecanismos formais fechados e passa, pujantemente a uma busca sempre de abertura a adequação do formal com o vivo, o material: sempre mutante e que jamais pode ser totalmente previsível ou limitado.

A ruptura com o discurso proprietário da época é vista com muita tranqüilidade tendo em vista a articulação da ruptura como a chegada inevitável do novo, do progresso e que, mesmo evidenciando uma crise, pode gerar uma possibilidade de acrisolamento, de depuração de antigos marcos do constitucionalismo que o façam mais próximos das modificações institucionais materiais: “o que era um caminho através da necessidade abre espaço a um processo de liberdade”⁷¹.

O que Negri vai dizer é que, muito além da preservação do texto constitucional, ou até mesmo do sistema constitucional, o que mantém a relação jurídica da multidão, do social (ou, para Nabuco, de uma nação) é o continuidade e não-ruptura do processo constitucional, que ele chama de Poder Constituinte. Esse, ao contrário do que diria a

⁷⁰ Não cabe aqui iniciar uma discussão entre a idéia de Carl Schmitt sobre nação, entretanto simplesmente ressaltar a crítica que Negri faz a noção abstrata adotada por aquele autor, em que potência democrática é substituída por determinações abstratas de violência e eventos voluntaristas: “*À primeira vista, este conceito pareceria singularmente adequado àquele de procedimento absoluto, não fosse o fato de que ele é um conceito genérico, real só na imaginação (e, portanto, indefinidamente manipulável)*” (NEGRI, op. cit., página 42). O marco histórico defendido no texto não entra em tal concepção inclusive por ser um evento enraizado no movimento social abolicionista e se transformar até mesmo na queda do regime monárquico, ao contrário do que pensavam muito de seus idealizadores, se transformando no monstro (procedimento absoluto – poder constituinte) que renega a normalidade apontado por Negri (NEGRI, op. cit., página 136).

⁷¹ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Página 46.

teoria clássica, não se extingue jamais, mas é uma força sempre possível de ser utilizada para se carregar mais fortemente tintas radicais enunciadas no texto constitucional.

Ou seja, a luta por dignidade humana não se encerra em um texto, mas em um projeto. Projeto esse que tem tamanha força, que aparece, por vezes, além do texto, rescrevendo-o, mesmo que não mude letras, muda conceitos e interpretações. Foi o que fez Nabuco com sua idéia da que a abolição estaria acima, no projeto nacional, da proteção proprietária. E o que queremos demonstrar quando entendemos uma mitigação do conceito de preço justo na indenização para reforma agrária, quando a dignidade da pessoa humana está em jogo.

Negri analisa inúmeros processos constitucionais para referendar sua teoria⁷². Nabuco está profundamente preocupado com o processo constitucional pós-independência de 1824 e suas possibilidades. Entretanto um paralelo muito claro pode ser feito com o nosso próprio processo constitucional em vigor, analisando qual o poder constituinte e qual projeto constitucional estamos falando quando nos referimos à Constituição Federal de 1988: José Geraldo de Sousa Júnior escreve, ainda em 1986, que nosso processo constituinte, por mais “cidadão” e “democrático” que poderia ser, não se esgotaria naqueles anos, mas deveria ser constantemente repostado e aprofundado pelo conjunto dos cidadãos, em suas mais diversas ações políticas. Essa situação, que Negri chama de poder constituinte permanente e que Nabuco chamava de consciência nacional, é reescrito por este autor no contexto de nossa atual constituinte como a emergência de um sujeito coletivo na história que, com sua presença permanente, fará o

⁷² Em especial a Revolução Gloriosa (O modelo atlântico e a teoria do contrapoder), a Revolução Americana (A emancipação política na constituição americana), a Revolução Francesa (Revolução e constituição do trabalho) e a Revolução Russa (O desejo comunista e a dialética restaurada). Todos capítulos do livro *O Poder Constituinte: ensaio sobre alternativas da modernidade*, op. cit.

texto constitucional existir e o interpretará, para além de imobilismos classistas ou conservadores:

A armação, num documento constitucional, de uma estrutura de organização de poder e de direitos, resultará apenas num arcabouço formal se as forças sociais deixarem de responder consciente e mobilizadamente às indicações e referências de seu respectivo projeto histórico emergente, âmbito em que se localiza a possibilidade concreta de organização de um efetivo poder popular⁷³

É essa resposta consciente e mobilizada que Nabuco reconheceu no processo social de abolição da escravidão.

É a concretização do projeto histórico emergente de poder popular positivado na soberania constitucional que desejamos analisar em uma postura mais referendada nesse projeto histórico emergente desde 1988. Em específico, a parte deste projeto que, contando cotidianamente com a mobilização dos movimentos sociais rurais, ambientais e aqueles na luta contra o trabalho escravo, estabeleceu a necessidade de outro conceito de preço justo, na indenização por desapropriação por reforma agrária, quando esta desapropriação ofender direitos trabalhistas ou o direito a um meio-ambiente sustentável, facetas da própria dignidade humana.

5.3. A Teoria Dialética do Direito

⁷³ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. A Construção Social da Cidadania. Conferência Nacional de Saúde, 8ª. Brasília, 1986. Anais. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Página 65.

Lyra Filho nos deixou uma forma dialética de entender o direito que visava a superar o debate entre o jusnaturalismo e o positivismo, por ambos ignorarem as lutas sociais onde se avança concretamente a liberdade social⁷⁴. Nabuco lutava contra os argumentos do positivismo que mandava aplicar a letra constitucional de 1824, entretanto não pregava, de forma alguma, um jusnaturalismo que, no Brasil de então, era um eficaz legitimador da escravidão. Teve que buscar, além da aplicação estéril da lei e da busca de princípios abstratos, no seio da movimentação da sociedade, justificativa para sua revolucionária argumentação abolicionista de então.

Além de possibilitar compreender que o poder constituinte é permanente e persiste com a possibilidade de superar crises sobre letras e/ou interpretações constitucionais que se empoeiram tão facilmente, Nabuco abre espaço para a incorporação da Teoria Dialética de Lyra Filho, em que a busca do Direito vale mais que a Lei, porém não um Direito Natural, mas um Direito Histórico e Cotidiano, emanado das lutas sociais que, por conceito, são diuturnamente mutáveis.

É isso que o pensamento de José Geraldo de Sousa Júnior nos ajuda a entender. A Constituição é, antes de tudo, projeto e processo, antes mesmo de ser texto ou de ser um sistema.

E a base desse projeto e desse processo é o poder popular que, quando manifestado conscientemente (a consciência nacional que outrora disse Nabuco), transparece um significado real da Constituição, transformando as possibilidades sistemáticas anteriores em atrasadas, reacionárias e, por que não, inconstitucionais.

⁷⁴ Ver Capítulo “Principais Modelos de Ideologia Jurídica”, in: LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. São Paulo: Brasiliense, 1999.

Assim foi com o movimento abolicionista reescrevendo o direito de propriedade, assim com o Direito Civil Constitucional reescrevendo o individualismo proprietário e o substituindo pela dignidade humana, e assim deve ser diuturnamente. No caso em estudo, tal concepção se expressa no fato de que, ao entendermos a desapropriação para fins de reforma agrária em casos de crimes ambientais e trabalho escravo, compreenderemos que o movimento rural e ambiental mobilizado neste sentido, torna inconstitucional uma interpretação de preço justo indenizatório baseada meramente no preço de mercado.

Inclusive, o exemplo citado textualmente por José Geraldo de Sousa Júnior para ilustrar tal pensamento envolve, também a crítica social ao individualismo proprietário: é a afirmação do direito a moradia se apresentando como contraposição válida ao direito de propriedade⁷⁵. A conclusão é que, no Estado Democrático de Direito constitucional, a cidadania é inalienável, e o poder constituinte popular permanece, para Negri como direito à revolução (“o poder que tem a multidão de fazer história”⁷⁶), para José Geraldo de Sousa Júnior, como cidadania ativa dos sujeitos coletivos de direito:

No plano constitutivo da criação de direitos, a designação do direito de morar orienta a experiência social e a cidadania ativa, na medida em que os sujeitos coletivos – classes e grupos excluídos e oprimidos – **definem a constituição deste direito, por meio de ações**

⁷⁵ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Ser Constituinte. Brasília: Revista Humanidades, 11. Novembro/Janeiro. 1986/87. Página 14.

⁷⁶ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Página 3.

coletivas e a sua representação na sociedade, num processo de legítima organização social da liberdade⁷⁷

A presença das forças populares na Constituição objetivou não somente constituir certos direitos estáticos mas a constituição de um sujeito jurídico social (ou coletivo): não é o mero texto o resultado da Constituinte, mas o seu processo, a sua abertura a uma nova organização social que inclua as forças populares não-hegemônicas. A democracia, em uma construção social de cidadania, com seus sujeitos coletivos, passa a ser o espaço veemente de construção de direitos.

É essa abertura que traz a possibilidade de entendimento da consciência nacional, que atualizamos como uma consolidação democrática do significado constitucional no cotidiano dos movimentos da sociedade civil, que além da propriedade, vão identificando novos direitos e novas liberdades em uma possibilidade de “atualizar a noção de cidadania para a configuração do quadro jurídico, que capte o direito vivo, em seu processo de gestação”⁷⁸.

É esse direito vivo que José Geraldo de Sousa Júnior aborda que tentaremos captar em uma interpretação repersonalizada do instituto da indenização na reforma agrária não contra, mas apesar do individualismo proprietário já tão arraigado no senso comum teórico dos juristas⁷⁹ brasileiros.

⁷⁷ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito*. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. Página 141.

⁷⁸ SOUSA JÚNIOR, Op. Cit. Página 13.

⁷⁹ WARAT, Luiz Alberto. *O Senso Comum Teórico dos Juristas*. Mimeo ainda não publicada. 2007.

Capítulo II

Reforma Agrária e Função Social na República Brasileira: A realidade consolidando outra noção de propriedade privada

1. Breves comentários sobre releitura(s) da doutrina liberal sobre propriedade.

É no período imediatamente posterior a doutrina liberal clássica que se passa a estipular uma funcionalização da propriedade privada no mundo do direito.

Depois (mas certamente não em consequência) da ruptura proprietária estabelecida por Nabuco na concepção de que a consciência nacional estaria interpretando mais adequadamente a propriedade privada, mitigando a indenização para proprietários na abolição da escravidão, o mundo inteiro passa por uma concepção que poderia se chamar, grosseiramente, de funcionalização da propriedade privada.

Entretanto, entender as mudanças ocorridas ao longo do século XX passa, necessariamente, por perceber que tais nuances não eram novidades tão extraordinárias. Já estavam presentes na própria doutrina liberal clássica sobre propriedade privada, inclusive em alguns pressupostos e fundamentos de origem teológica, sempre influenciados pela escolástica-tomista.

A busca de uma mitigação da indenização (“irmã siamesa da propriedade moderna”), a partir das nuances do artigo 186 da Constituição Brasileira, tema deste

trabalho, pode assim, também, se inserir, incrivelmente, como derivação lógica do resgate desse pensamento liberal clássico.

É certo que alguns equívocos resultados de leituras apressadas (ou mesmo exageradamente ideologizadas) dos clássicos levaram a sistematização reducionista de suas obras. Na categoria cerne desse trabalho, em que a indenização é vista, segundo o preceito do Estado Liberal, como garantia proprietária cabe, necessariamente, no caminho revisitar, mesmo que de forma rápida, os clássicos em matéria de direito de propriedade. E, em matéria de propriedade, toda a concepção liberal advém de filósofos na escola do jusnaturalismo racional, em especial Hobbes, Locke e Kant.

A novidade propriedade privada, sob uma concepção absolutamente diferente da medieval e mesmo da romana (da qual, por vezes, ideologicamente, se dizia herdeira), remonta historicamente a tal pensamento filosófico-jurídico dos séculos XXVII e XVIII⁸⁰.

Em Roma, a sacração do solo era a fundamentação do direito de propriedade e de seus restritos desdobramentos econômicos. Aliás, não exista, *stricto sensu*, uma propriedade individual, mas sim uma propriedade familiar, em que o *paterfamilias*, proprietário, era um ente muito mais público que privado (inclusive com cargos estatais

⁸⁰ “*Todo el derecho racionalista del siglo XVII y XVIII ha adoptado una perspectiva enteramente nueva, que veremos formalizarse claramente en la fundamental evolución del derecho de propiedad...*” (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 1999. Página 57-58).

inerentes a sua condição), no sentido de ser o sentido e a direção de toda a constituição social romana⁸¹.

A novidade iluminista não era simplesmente de criar a propriedade privada propriamente dita, no seu auge privado, mas era a de isolar a proteção proprietária além de qualquer fundamentação religiosa ou cultural:

A propriedade moderna desvinculou-se totalmente dessa dimensão religiosa das origens e passou a ter marcadamente, com o advento da civilização burguesa, um sentido de mera utilidade econômica. Ademais, na concepção prevalecente em todo o século XIX, a propriedade figurou como o instituto central do Direito privado, em torno do qual gravitariam todos os bens, em contraposição às pessoas.⁸²

Como recorte, tal trabalho vai salientar apenas aspectos da obra de John Locke (1632-1704), da qual se retirou justificativas de uma proteção absoluta à propriedade, incorporada politicamente em todas as revoluções burguesas e na construção do Estado Moderno, em especial nos Estados Unidos e suas áreas de influência, como o Brasil jurídico de Ruy Barbosa.

Locke resume suas concepções sobre propriedade no capítulo V do seu clássico “The Second Treatise of Government” (1698). É a partir desses 26 parágrafos que a

⁸¹ “Na família romana, só o chefe, o *paterfamilias*, tinha capacidade jurídica. Os membros da família (mulher, filhos, escravos) eram considerados pessoas *alieni juris*; sujeitos ao poder do chefe, eram incapazes. O *paterfamilias* era, simultaneamente, o sacerdote, o magistrado e o senhor da família. A mulher, os filhos e os escravos não podiam ter nada de próprio. Não tinham patrimônio; este era da família, e dele só podia dispor o *pater*. A propriedade não era concebida como um direito individual, mas como um direito de família. Essa propriedade, por sua própria natureza, não se partilhava. Não podia haver em cada família senão um proprietário, que era a família mesma, e senão um usufrutuário, que era o *paterfamilias*.” REZENDE, Astolpho. *A Posse e Sua Proteção*. São Paulo: LEJUS, 2000. Página 17.

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000.

doutrina liberal se consolida como tese moralmente e politicamente justificável, sendo aplicada nas revoluções burguesas e, em especial, no desenrolar da Independência dos Estados Unidos de 1776.

Todavia, a idéia de que a propriedade era uma apresentação necessária da liberdade e por isso absoluta e sagrada é ainda uma compreensão rasteira da obra lockeana e deixa de apresentar nuances importantes que permeiam suas categorias, e podem ajudar em uma compreensão mais abrangente do liberalismo político e até mesmo auxiliar no entendimento de categorias de liberais brasileiros (como Joaquim Nabuco em sua discussão sobre propriedade e abolição no fim do século XIX).

Em seu tratado, a primeira e grande pergunta de Locke é questionar porque se protege a propriedade privada. O acesso que o autor faz a esta categoria é um encaixe dela como direito natural (anterior, portanto, a sociedade civil) e, a partir daí, a garantia de sua proteção independentemente do consenso da comunidade, assim como o direito à vida não precisaria desse consenso:

Para Locke, a propriedade não dependia de um pacto feito entre os membros da comunidade. Tendo Deus dado o mundo em comum para todos os homens, também lhes deu o dom do raciocínio para usá-lo em função do seu conforto e sustento⁸³

⁸³ LISITA, Cristiane. *Fundamentos da propriedade rural: conflitos agrários e justiça social*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. Página 59.

Os bens, dados por Deus⁸⁴, se transformam a partir da criatividade humana que, a eles misturados, se separam do comum, se tornam direito do próprio agente da transformação:

Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, **mistura-a ele com o seu trabalho** e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade (...) algo que a exclui do direito comum dos demais homens⁸⁵

Aqui, a primeira nuance destacável é que Locke naturaliza o direito de propriedade a partir de uma conexão íntima do mesmo com essa mistura⁸⁶, a qual dá o nome de trabalho (“*labour of his body*”). É esse trabalho a justificativa da propriedade e isso é ainda mais claro no parágrafo seguinte (28) de sua obra:

O trabalho que tive de retirar essas coisas do estado comum em que estavam fixou a minha propriedade sobre elas⁸⁷.

Muito antes dos questionamentos anarquistas contra a propriedade e das oposições entre trabalho e capital pelos socialistas científicos no século XIX, o filósofo-pioneiro da garantia da propriedade privada já a fundamentava sob o mesmo tronco do trabalho. Não há propriedade além do trabalho.

Para Locke, o direito de propriedade é um direito natural, porque não surge, como para Hobbes, da Lei do Estado, e, portanto, deriva da constituição civil, e nem de um livre acordo entre indivíduos

⁸⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Páginas 406 e 407.

⁸⁵ LOCKE, Op. Cit. Página 409.

⁸⁶ No original, Locke utiliza dois termos para se referir a essa ligação intrínseca entre a criatividade humana e os bens naturais apropriáveis, *mixed* e *annexed*.

⁸⁷ LOCKE, op. cit. Página 412.

no estado de natureza, como para Puffendorf; surge de uma atividade pessoal do indivíduo, e **esta atividade pessoal do indivíduo é o trabalho**.⁸⁸

A noção de Locke se aproxima muito mais de teóricos críticos do neoliberalismo de hoje do que de muito do que se pensou em senso comum sobre liberalismo desde o século XIX. Boaventura de Sousa Santos, renomado filósofo altermundista, em um de seus mais recentes trabalhos, nos alerta que devemos resgatar o significado histórico da propriedade a partir do trabalho e não a partir de títulos ou contratos⁸⁹. E inclusive salienta que as noções de direito agrário se aproximaram muito mais de tal interpretação histórica salutar de que o direito civil clássico:

No caso da terra, confrontam-se fundamentalmente duas concepções de propriedade: a concepção que tem na sua base o direito agrário, **ligado ao trabalho**; e as concepções individualistas do direito civil, com uma concepção de propriedade mais ligada ou à posse direta ou ao título. São duas concepções que estão, neste momento, em conflito. Em minha opinião, uma política forte de acesso ao direito e à justiça **pressupõe a preferência por uma concepção social de direito agrário da propriedade neste país**. Não se pode esquecer que as fracturas provocadas pela disputa da posse da terra no Brasil são também o pano de fundo da alarmante situação de violência no campo que este país vivência. Para a obviar é necessário que as instituições do Estado aprofundem o componente social da propriedade⁹⁰.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1984. Página 38.

⁸⁹ “A propriedade imobiliária tinha, para Locke, sua origem no trabalho individual, que era uma atividade que independia de um contrato para legitimá-la.” LISITA, Cristiane. Op. cit. Página 62.

⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. Página 36

A propriedade privada tem, portanto, em sua própria gênese teórica contemporânea (Locke) limitações propriamente conceituais, como sua ligação íntima com o trabalho humano, que realmente foram negligenciadas em codificações que a tinham como absoluta, como a napoleônica de 1804, em que em seu artigo 544 a protege sem limitações e, no direito civil em geral, com exceções mais atuais ligadas ao movimento do direito civil-constitucional e a repersonalização do direito civil.

Todo o movimento de codificação do século XIX, nessa busca de mitigar e fragmentar a relação indubitável que Locke inseria entre propriedade privada e trabalho, teve na abstração da categoria trabalho um auxiliar imprescindível, fazendo com que o trabalho terminasse sendo simplesmente uma forma de acesso à propriedade, mas não condição sine qua non dela⁹¹.

Tal resgate somente vai ocorrer na funcionalização da propriedade privada que se estrutura ao longo do século XX, em especial a partir da jurisprudência francesa sobre o abuso do direito, a doutrina de Leon Duguit e a normativa positivada pela Constituição Mexicana e de Weimar de que a propriedade obriga (início do século XX).

As primeiras limitações a propriedade serão feitas inclusive, como uma volta a sua ligação com o trabalho, numa leitura mais adequada da doutrina liberal. Somente a título de exemplo, citamos aqui o teórico Gustav Radbruch (Ministro da Justiça na República de Weimar) em que começa a considerar o direito ao trabalho intrínseco ao direito de propriedade, descrevendo aquele como direito à propriedade (entendido como acesso a propriedade), sem o qual não poderia ser efetivado.

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1998. Página 18.

Precisa colocar ao lado do direito de propriedade o direito à propriedade, quer dizer, o direito ao trabalho (...) não como negação socialista da propriedade privada, **mas como afirmação democrática da propriedade privada.**⁹²

De verdade, Radbruch não inova, mas reescreve o argumento de Locke, afirmando que aquele que “transforma um mero objeto da natureza em um bem econômico e cultural, cria, portanto, uma nova parte do patrimônio”⁹³.

A teoria então, descrita nos incisos I e III do art. 186 da Constituição de 1988, de que a propriedade é limitada pela sua produtividade econômica e pela garantia de proteção a direitos trabalhistas, pode ser inferida, sem muita dificuldade, da própria obra de Locke, em que o trabalho do proprietário justifica sua propriedade ou mesmo, o trabalho de outros, a ser garantido pelo proprietário não como mera fonte de lucro mas sim como direito a um trabalho digno. O que passa disso, não tem função social para a Constituição e, se lida a partir da doutrina liberal clássica que ora analisamos, nem mesmo propriedade protegida é.

Com a clareza de que a propriedade tem uma relação intrínseca com o trabalho, emanando possibilidades de proteção proprietária funcionalizadas a partir da obra estudada, cabe ainda ir além e avançar para a análise de outros meandros da proteção proprietária para Locke que serão chaves de leitura na funcionalização da propriedade no século XX.

⁹² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2004. Página 204.

⁹³ RADBRUCH, op. cit. Página 197.

Pontos como a afirmação de que a propriedade, direito natural legítimo, além de buscar legitimidade no trabalho, também o faz, segundo Locke, no fundamento de que a apropriação se dá na anexação de bens sobre os quais ainda exista quantidade suficiente para que os demais possam também, por meio da criatividade e do trabalho, continuar produzindo propriedade:

Por ser esse trabalho propriedade inquestionável do trabalhador, homem nenhum além dele pode ter direito àquilo que a esse trabalhador foi agregado, **pelo menos enquanto houver bastante e de igual qualidade deixada em comum para os demais.**⁹⁴

Ou seja, em Locke os bens são coletivos (no estado de natureza) e o fato do ser humano retirar tais bens da natureza, aperfeiçoando-os com o seu trabalho, é que torna a sua propriedade sob tais bens inquestionável. Entretanto existe o pressuposto em Locke de que existe ainda “natureza” suficiente para que a criatividade e o trabalho humano de todos sigam se desenvolvendo. Tal trabalho, entendido como usufruto efetivo, é aspecto principal, já que “nada foi feito por Deus para que o homem estrague ou destrua”⁹⁵.

A abundância de provisões naturais é assim fundamental para garantir o bem estar da humanidade, sendo inclusive citada a América (recém-descoberta no século XVII) como a infinitude do bem mais analisado por Locke, a terra. A abundância dos bens é assim, pressuposto inexorável da legitimidade da apropriação privada:

Tampouco seria essa apropriação de qualquer parcela de terra, mediante a melhoria desta, prejudicial a qualquer outro homem, uma

⁹⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Página 409.

⁹⁵ LOCKE, Op. Cit. Página 412.

vez que restaria ainda bastante e de boa qualidade, e mais do que poderiam usar os que ainda não possuíam um lote⁹⁶.

Estabelecendo, portanto, um raciocínio diverso, muitíssimo seria diferente a legitimidade de uma propriedade privada em um mundo do século XXI, em que a quantidade de terra está praticamente reduzida a nada, tendo em vista a super-população global (com o povoamento intenso e a demanda altíssima de alimentos) e, principalmente, as novas noções de sustentabilidade ecológica e de preservação dos biomas naturais, tendo em vista, especialmente, os riscos do aquecimento global.

Não há mais possibilidades de expansão de fronteira agrícola como no século XVII e nem mesmo existe mais América ou qualquer colônia a ser desbravada. O que existe são poucas áreas ainda não exploradas pelo trabalho humano e essenciais ao equilíbrio ecológico e a permanência das condições climáticas adequadas ao desenvolvimento da humanidade. Hoje, não restam mais parcelas de terra bastante e de boa qualidade para todos.

Assim, a concepção ecológica surge como um pressuposto inusitado na obra lockeana que pode hoje ser mais bem compreendida por um novo pacto sobre a propriedade privada. Pacto este em que a propriedade é garantida, mas não com a legitimidade de antes, tendo em vista que passa a ser potencialmente prejudicial a qualquer homem, diferente da realidade analisada na época do jusnaturalismo racionalista.

⁹⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Página 413.

Outro ponto superado pela realidade na obra de Locke é que, ao contrário do que imaginava aquele filósofo, nas últimas décadas, já é praticamente senso comum que nem todo desenvolvimento gera bem-estar. E a afirmação liberal clássica partia desta noção, que revista, pode refazer algumas conclusões estabelecidas:

Ao que eu gostaria de acrescentar que aquele que se apropria de terra mediante o seu próprio trabalho **não diminui, mas aumenta as reservas comuns da humanidade**, pois as provisões que servem ao sustento da vida humana produzidas por um acre de terra cercada e cultivada são (para falar moderadamente) dez vezes maiores que as que rende um acre de terra em comum inculta de igual riqueza⁹⁷

O que persiste como argumento inafastável é que aquele que se apropria de terra mediante o próprio trabalho não deve diminuir, mas aumentar as reservas comuns da humanidade. Esse é o pressuposto explícito de Locke no parágrafo 37 acima citado. O bem-estar coletivo que a época era evidente, hoje pode não ser tanto, pois produções dez vezes maiores podem significar o fim dos bens dados e da própria riqueza presente e futura da humanidade.

Locke traz, por fim, ainda, uma noção de que, a propriedade privada, não legitimada, poderá ser passada a outrem:

Mas se a relva dentro de seu cercado apodrecesse no solo, ou se o fruto de seu plantio percesse sem ser colhido e armazenado, esse pedaço de terra, não obstante sua cercadura, seria ainda visto como abandonado, **e poderia ser a posse de qualquer outro**.⁹⁸

⁹⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Página 418.

⁹⁸ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Página 419.

É a sanção para a improdutividade, exagero incabível ao proprietário que tinha, como já visto, no trabalho sua justificativa moral:

... o exagero nos limites de sua justa propriedade não residia na extensão de suas posses, mas **no perecimento inútil de qualquer parte delas**⁹⁹.

Em Locke, partindo inclusive de uma tradição cristã explícita na escolástica tomista, o não-perecimento é princípio do direito de propriedade. Esta tem como um princípio fundamental a função social, no sentido mais simples, de sua importância e proteção advir de sua contribuição efetiva ao bem-comum:

A concepção lockeana da propriedade decorre inteiramente de sua análise do estado de natureza, em especial da **obrigação do indivíduo, ao atuar para sua própria conservação, de respeitar o bem comum**. (...) A propriedade não é, portanto, simples apropriação de terra para satisfazer suas necessidades, mas corresponde a uma ordem divina que manda o homem trabalhar, **e trabalhar para o bem comum**.¹⁰⁰

Aquele que não pode consumir tudo o que possui não deve ser proprietário, a não ser que transforme seus bens em dinheiro, podendo assim acessar um conceito de “troca de sustentos de vida, verdadeiramente úteis”¹⁰¹ para uma comunidade. O dinheiro e, por conseqüência, o mercado são inventados, portanto, para garantir a propriedade privada e o seu não-perecimento principiológico. O desenvolvimento do comércio para Locke deve, assim, também partir de uma obrigação moral e de um aumento do bem comum.

⁹⁹ LOCKE, Op. Cit. Página 426.

¹⁰⁰ TADIÉ, Alexis. *Locke*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005. Página 58-60.

¹⁰¹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Página 426.

A indenização, garantia proprietária prevista desde o auge liberal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e do Código Civil Napoleônico de 1804, seguia a mesma lógica. A remuneração a ser dada ao proprietário em bens que poderia ainda usufruir e que não os estragou, deve ser dita por um consenso daqueles que acreditam serem aqueles bens úteis, ou seja, deveria ser dita pelo comércio (mercado), em sua sensação do que seria a futura contribuição daqueles bens ora indenizados ao bem comum.

Entretanto, além da desapropriação clássica, hoje, temos positivado em praticamente todos os ordenamentos e, em nossa Constituição em seu art. 184, a possibilidade de uma desapropriação-sanção, em que o proprietário recebe não mais uma indenização idêntica ao mercado, mas sim em títulos da dívida agrária a serem pagos a partir de dois até vinte anos e a preço justo, tendo em vista que o mesmo contribui com seu comportamento sobre sua propriedade para a desapropriação ao não efetivar o bem comum que emanaria de sua propriedade privada, seja em aspectos econômicos, ecológicos ou sociais.

O que a tradição liberal lockeana diria que seria preço justo neste caso? Fácil seria responder tal pergunta sob a perspectiva da desapropriação clássica, em que um proprietário produtivo (com trabalho misturado), que não deixa que seus bens pereçam e mantém a sua abundância (sustentabilidade ecológica) é desapropriado pelo Estado seja por utilidade pública ou por interesse social. Locke seria incisivo em afirmar que o mercado como consenso entre os que utilizam tais bens como úteis deve responder qual o preço devido.

Entretanto, muito mais complexo seria responder ao proprietário improdutivo ou o que, por descuido ambiental, reduz a abundância dos bens que estão em suas mãos. Ou seja, ao proprietário pólo passivo da desapropriação-sanção do art. 184 da Constituição. Alguns diriam que não existe nem mesmo propriedade legítima a ser indenizada neste caso. Outros, que o tratamento deve ser diferenciado.

Essa proposta que apresentaremos caminhará nas estradas legislativas brasileiras até a Constituição de 1988, separando o joio do trigo, ou o proprietário sem o trabalho de seu corpo e sem a possibilidade de aumento da abundância de bens daquele que tem frutos de trabalho e responsabilidade sobre a abundância dos bens da terra.

2. Histórico da desapropriação no Brasil Republicano

A funcionalização da propriedade privada, como texto positivo, em nosso país, começa sua trilha legislativa a partir do Governo Vargas, sendo que o instrumento da desapropriação-sanção¹⁰² somente será efetivamente regulamentado em 1964, no início da ditadura militar.

A questão agrária no Brasil, o empobrecimento camponês, o êxodo rural e o início das grandes manifestações de insatisfação no campo é que fará surgir, quase de

¹⁰² O termo desapropriação-sanção não é legislativo, mas doutrinário, servindo para indicar desapropriações que consideram a conduta do proprietário ao descumprir a função social da propriedade, aplicando-lhe a desapropriação como sanção. Diferencia-se da desapropriação-clássica, vista anteriormente, em que o proprietário não teve nenhuma conduta desabonadora que teria como consequência a desapropriação. Ver BEZNOS, Clovis. *Aspectos Jurídicos da Indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Página 118.

forma unânime, a necessidade de se repensar a estrutura fundiária nacional. Mesmo assim, de forma que na prática, nada se alterasse estruturalmente.

A primeira quebra formal republicana do individualismo proprietário pós-abolição tem lugar com a derrota da República Velha. Na Revolução de 30, seu espaço ideológico-jurídico foi, em parte, preenchido com um discurso de intervenção nos contratos trabalhistas e agrários. A intervenção na área trabalhista terminou solidificada na criação da CLT que ajudou a imprimir a alcunha de “pai dos pobres” a Getúlio. E a intervenção agrária, tema de nosso estudo, mesmo sem ser efetivada, enfrentava o latifúndio somente no discurso, com a positivação da Constituição de 1934¹⁰³, que em seu art. 113, 17 estabelece uma nova concepção de propriedade privada no Brasil:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

Essa concepção tem bases filosófico-históricas claras, que datam do fim do século XIX, em que, na luta contra o comunismo, a Igreja Católica começa a delinear os espaços de sua doutrina social¹⁰⁴, cuja pretensão em relação à propriedade privada da terra, com fundamento bíblico¹⁰⁵, não é a de extingui-la, conforme queriam os marxistas, mas de reformulá-la. As nascentes idéias sociais do catolicismo, que

¹⁰³ Sob uma aliança com a classe rural, Getúlio faz uma política de revolução reacionária, usando a categoria gramsciniana, em que a busca do consenso com as classes dominantes anteriores é essencial. Assim, a timidez da Constituição de 1934 vai ser ofuscada pela precisão da Constituição de 1946, que deixa claro em seu texto que o uso da propriedade deveria estar condicionado ao bem-estar social e sugere, inclusive, a possibilidade futura de uma reforma agrária em seu art. 147: “A lei poderá (...) promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Entretanto a rediscussão da ordem econômica agrária permanece somente no discurso legislativo.

¹⁰⁴ A chamada doutrina social da Igreja, com suas encíclicas *Rerum Novarum* (Leão XIII) e *Quadragesimo Anno* (Pio XI), exerceu poderosa influência em diversos intelectuais da Era Vargas, em especial sobre o eixo das mudanças trabalhistas. Ver ARRUDA, Hélio Mário. *Oliveira Vianna e a Legislação do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2007.

¹⁰⁵ “*Deus deu a terra aos filhos dos homens, concedendo-a em comum a todos os homens*” Livro de Saul, capítulo 113, versículo 24.

inspiravam as formulações como a do artigo constitucional citado, buscam inspiração no pensamento teológico de Santo Tomás de Aquino (“in necessitate, sunt omnia communia”), que passa a inserir categorias críticas (mesmo que religiosas) à propriedade privada absoluta, em especial quando discute sobre o furto (questão LXVI):

A necessidade torna todas as cousas comuns. E portanto parece não cometer pecado quem se apodera da cousa de outrem levado pela necessidade, que lhe tornou essa coisa comum. (...) Por onde, a divisão e a apropriação das cousas permitidas pelo direito humano não obstam a que essas cousas se destinem a satisfazer as necessidades do homem. (...) Porque essa necessidade torna nosso o de que nos apoderamos para sustento da nossa própria vida.¹⁰⁶

Cumprе salientar ainda que o pensamento teológico-ético da Igreja foi traduzido a categorias jurídicas na construção, ainda fundamentalmente teórica nessa época, da funcionalização da propriedade, em especial a contribuição da Escola de Bordeaux e do positivismo sociológico de Leon Duguit (1859-1928) que, em famosa conferência em Buenos Aires, salienta a importância da propriedade privada, mas como uma verdadeira função social:

Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu’il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu’il détient. Il est donc obligé socialement d’accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s’il l’accomplit et dans la mesure où il l’accomplit. **La propriété n’est**

¹⁰⁶ TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma Teológica*. 2ª. Parte da 2ª. Parte. Questões LVII – LXXIX. Do Direito, da Justiça e das Suas Partes Integrantes. Volume XIV. Primeira Tradução Portuguesa por Alexandre Correia. São Paulo: Livraria Editora Odeon, 1937. Página 173-174.

plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse.¹⁰⁷

É no desenrolar desse contexto que surge o período democrático dos anos 50 e início dos 60 no Brasil, regidos pela Constituição de 1946. É nesse ponto que, além da desapropriação estruturada por Vargas no Decreto-Lei 3.365/41, dita por necessidade ou utilidade pública (construção de obras estatais ou mesmo questões de segurança nacional), surge no texto de 1946 a possibilidade de desapropriação também por interesse social, com estruturas e rito processual semelhante ao da primeira (art. 141, § 16 da Constituição de 1946).

São os alicerces da desapropriação que este estudo foca. Na verdade, a própria desapropriação para a reforma agrária é uma espécie da desapropriação por interesse social, por isso mesmo chamada “desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária”. As poucas diferenças deste instituto para o antigo poderiam ser percebidas somente na regulamentação realizada dezesseis anos depois, no Governo João Goulart (Lei 4.132/62).

Os anos 60 são inclusive marcados como o giro legislativo na questão agrária em que a efervescência da discussão do Brasil camponês, tanto nos movimentos sociais (auge das Ligas Camponesas com a eleição parlamentar de sua principal liderança Francisco Julião, e de outros menores focos de resistência no campo, como os posseiros de Trombas e Formoso, que também elegeram o deputado Zé Porfírio) quanto no meio

¹⁰⁷ DUGUIT, Léon. *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912. Página 158. Tradução Livre: “Porém, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de deter a riqueza, pode cumprir uma certa tarefa que somente ele pode cumprir. Só ele pode aumentar a riqueza geral fazendo valer o capital que ele detém. Ele é, portanto, obrigado socialmente a cumprir essa tarefa, e será protegido socialmente apenas se cumpri-la e na medida em que o fizer. **A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário: ela é a função social do detentor da riqueza.**”

acadêmico (Caio Prado Jr. publica no início dos anos 60 na Revista Brasiliense os textos que formariam o clássico *A Questão Agrária e a influência de pensamento cepalino*¹⁰⁸ é cada vez maior no meio político, inclusive de centro), traz inevitáveis mudanças.

A Lei 4.132/62 de João Goulart não apresentou muitas novidades por somente solidificar o texto constitucional e sua estrutura jurídica já pensada desde 1946 (e inclusive antes). Agora, além de a desapropriação poder ser estabelecida para fins de Estado (segurança ou planejamento), tal instrumento deveria ser utilizado para construir justiça social. Esse é o escopo identificado no art. 1º da Lei, identificado inclusive com o artigo constitucional de 1946 que se refere ao elemento social acrescido à propriedade desde a época varguista:

Art. 1º. A desapropriação por interesse social será decretada para promover a **justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social**, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Ou seja, além das obras, agora existe uma desapropriação específica para a construção de casas populares (na cidade) e de cooperativas de trabalho (no campo) em todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades da região (art. 2º). Era o primeiro passo que enchia de esperança os movimentos rurais da época em torno de uma legislação que enfim, regularizasse a reforma agrária e a

¹⁰⁸ Pensamento Cepalino é o nome dado a um movimento de intelectuais e economistas que trabalham, desde os anos 50, a questão agrária como pressuposto para o desenvolvimento capitalista brasileiro. Formaram inúmeras comissões que discutiam internacionalmente o tema, em especial a partir do CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina). Entre seus grandes expoentes estavam José Gomes da Silva, Ignácio Rangel e Celso Furtado. Para maiores informações ler Notas sobre os 40 anos do Estatuto da Terra, in: STÈDILE, João Pedro. *A Questão Agrária no Brasil: Programas de Reforma Agrária 1946-2003*. São Paulo: Expressão Popular: 2005. Página 149.

distribuição de terras improdutivas aos inúmeros camponeses brasileiros que naquela década ainda eram a maioria populacional¹⁰⁹.

Contudo, como é exaustivamente conhecido em nossa história recente, o golpe militar veio antes do cumprimento das promessas janguistas de reforma agrária. Criou-se, assim, um paradoxo histórico, em que no momento de maior repressão às ligas camponesas¹¹⁰ é o mesmo tempo em que surge o ineditismo legislativo de um Estatuto que versaria sobre reforma agrária e sobre a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

A Lei 4.504, o Estatuto da Terra, sancionada em 30 de novembro do primeiro ano da ditadura militar pelo General Humberto Castello Branco tem 128 artigos e já estava em sua maior parte pronta antes do golpe de abril.

Alguns intelectuais do movimento cepalino, especialmente pelas relações que construíram internacionalmente com os Estados Unidos a partir da Conferência de Punta del Este em 1961¹¹¹, continuavam influenciando a parte da ditadura militar que via na reforma agrária não somente um caminho para o comunismo soviético, mas

¹⁰⁹ “Acima de 30 milhões de brasileiros, ou seja mais de metade da população do País, dependem necessariamente para seu sustento – uma vez que não lhes é dada outra alternativa, nem ela é possível nas atuais condições do País – da utilização da terra.” PRADO JÚNIOR, Caio. *A Questão Agrária no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2000 (Publicado originalmente na Revista Brasiliense n.º. 28, em 1960).

¹¹⁰ Diferentemente da cidade, em que a maior repressão ocorreria pós-AI5, no fim dos anos 60, no campo, a perseguição e o extermínio das ligas camponesas foi praticamente concluído nos primeiros anos da ditadura, de 1964-68. STÉDILE, João Pedro (org.). *A Questão Agrária no Brasil: história e natureza das ligas camponesas*. São Paulo: Expressão Popular, 2006. Página 14.

¹¹¹ Espaço de formação das idéias da Aliança para o Progresso Brasil – Estados Unidos. In: STÉDILE, João Pedro (org.). *A Questão Agrária no Brasil: história e natureza das ligas camponesas*. Página 149.

também, por influência estadunidense, como medida urgente de avanço capitalista¹¹². Eram as teorias desenvolvimentistas que influenciavam também economistas e burocratas da ditadura militar:

As teorias desenvolvimentistas, que vêm na reforma agrária o mecanismo fundamental de aceleração do progresso econômico, buscam, em primeiro lugar, ativar a economia e assegurar uma base ao desenvolvimento industrial; fazer uma parcela do campesinato ascender à condição de pequenos proprietários integrados na economia de mercado como produtores e consumidores, mantendo a maioria na condição de assalariados rurais mais bem remunerados do que agora. Em segundo lugar, reduzir as tensões sociais perigosamente revolucionárias geradas pela miséria do campo e implantar um fator de estabilidade político-social, interessando os camponeses na consolidação da ordem capitalista, para defender suas pequenas propriedades.¹¹³

Entretanto, o Estatuto será considerado, por muitos¹¹⁴, uma quimera da ditadura, especialmente após a morte de Castello Branco e a ascensão da linha dura, feito para que nunca fosse aplicado e simplesmente acomodasse os anseios camponeses.

Entretanto, afora essa discussão, nos interessa entender como, juridicamente, surge neste momento, conceitos importantes para nosso estudo, como a desapropriação-

¹¹² “Para isso, defendia a necessidade de reestruturação da propriedade da terra como forma de consolidar a via capitalista, assustado que estava (o presidente John Kennedy) com as conseqüências e possível influência da recente Revolução Cubana, que teve forte base social entre os camponeses sem terra e que, como uma das primeiras medidas, decretou a expropriação de grandes extensões de terra de empresas estadunidenses” STÉDILE, op. cit. Página 149.

¹¹³ RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a Civilização: Processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Página 230.

¹¹⁴ MANÇANO, Bernardo Fernandes. *O MST no Contexto da Formação Camponesa no Brasil*. In: STROZAKE, Juvelino. *A Questão Agrária no Brasil*. São Paulo: RT, 2000.

sanção e a sua modalidade de indenização: prévia, justa e paga em títulos da dívida agrária.

3. Nuances da desapropriação-sanção e sua indenização

Com o histórico acima descrito, começamos a entender que surge no Brasil outra noção de desapropriação. Não mais a desapropriação clássica, mera proteção proprietária, mas outra espécie, denominada pela doutrina: desapropriação-sanção.

Essa é a descrita no art. 19 do Estatuto da Terra de novembro de 1964 e constitucionalizada dias antes (Emenda Constitucional nº.10, datada 20 dias antes do Estatuto) e, mais pormenorizadamente, em 1988 (art. 184)¹¹⁵.

O instrumento jurídico objetivava agora desapropriar proprietários específicos, que descumpriram elementos sociais essenciais ao exercício de seus direitos e, assim, não podem ter o mesmo tratamento daqueles que sofrem uma desapropriação clássica (por utilidade pública ou interesse social) já que, *a priori*, aqueles não contribuíram para tal desapropriação.

Para realizar tal empreitada, não bastou à ditadura militar a feitura do Estatuto da Terra, mas, conforme já indicado, este veio acompanhado de algumas alterações constitucionais. Entre tais alterações, nos chama atenção ao tema em estudo, a Emenda 10 à Constituição de 1946 que, além de versar primeiramente sobre direito agrário no ordenamento jurídico brasileiro, inclui a primeira diferenciação substancial

¹¹⁵ Após a Emenda 10, de novembro de 1964, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária foi positivada em todas as demais constituições, até 1988, como no art. 157, § 1º da Constituição de 1967, mantido pela reforma de 1969.

na natureza da indenização desapropriatória da história jurídica brasileira, modificando o parágrafo primeiro ao artigo constitucional 147:

Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, **mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública**, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

Com pequenas modificações, especialmente com a identificação de tal dívida pública como títulos da dívida agrária e acerca da compensação tributária possível, o instituto criado no final de 1964, continuou o mesmo também no texto constitucional de 1988.

A grande novidade dos anos 60 é que, a indenização é mitigada pela primeira (e, para muitos, última) vez no espectro legislativo nacional. Antes, a proteção proprietária era necessariamente a indenização prévia, justa e em dinheiro. Agora, com a concepção antes descrita de que o proprietário contribuíra para a desapropriação ao negligenciar o caráter social de sua propriedade, o mesmo merecia outra garantia: a de uma indenização prévia, justa, porém, não em dinheiro, mas em títulos da dívida pública, que seriam recebidos previamente à intervenção do poder público, entretanto, somente seriam pagos posteriormente, em um prazo máximo de vinte anos¹¹⁶.

¹¹⁶ A jurisprudência é também pacífica ao entender que o pagamento em TDA (Títulos da Dívida Agrária) é prévio, mesmo que somente liquidado posteriormente: “O pagamento em títulos de crédito com justa cláusula de correção monetária corresponde a um pagamento prévio” (MS 1.126-0/DF. Rel. Min. Gomes de Barros. Primeira Seção STJ. Unânime. DJ 03.02.92)

Tal avanço tem a idéia implícita de que o proprietário, improdutivo, terá que esperar um tempo até que o Estado possa, concedendo a propriedade a outro proprietário, recolher deste novo proprietário, teoricamente, os tributos necessários para pagar o antigo. O avanço, mesmo tímido, já era grandioso, em especial lembrando que estamos falando de modificações propostas em plena ditadura militar que contava a elite latifundiária brasileira da época entre seus grandes aliados.

O escopo de tal mitigação era a demonstração de uma sanção mínima ao latifúndio improdutivo, porém sem fazer com que este perdesse o seu poderio econômico de investimento, garantindo assim ao Estado possibilidade de realizar a reforma agrária e respaldá-la economicamente sob certo prazo. Era a forma de conciliar todas as tensões rurais dos anos 60 em uma forma que não desagradasse a ninguém, especialmente aos aliados de sempre:

A imaginação do constituinte de 1964, que precisava compatibilizar a necessidade de modernidade (exigência externa dos credores internacionais) e o apoio dos conservadores internos (que lhe davam sustentação política), acomodou então a necessidade de prévia e justa indenização com o pagamento dela em títulos da dívida pública com correção monetária, de modo a poder tomar a propriedade sem ter que desembolsar imediatamente o numerário correspondente. Não há dúvida de que o expediente, ao menos formalmente, compôs **uma solução doutrinariamente aceitável e politicamente bem comportada.**¹¹⁷

Isso na ditadura militar tornou-se um texto praticamente sagrado, intocável nas décadas seguintes. O que impressiona é que, mesmo na Constituição Democrática

¹¹⁷ CASTILHO, Manoel Lauro Wolkmer de. O Justo Preço. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch (et. al.) (org.). *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. Página 59.

de 1988, tal texto permaneceu, formalmente, com o mesmo caráter. E continuamos a sacramentar que a única modificação possível ao justo preço da indenização seria o pagamento não em dinheiro, mas em títulos da dívida.

Entretanto, a nossa tese, como já analisado no capítulo anterior, é a de que mesmo que o texto pareça o mesmo, o projeto e o processo constitucional de 1988 foram completamente inovadores, a partir de características cidadãs e não-autoritárias, gerando algumas possibilidades hermenêuticas (e de consciência nacional) anteriormente subjugadas.

Essas possibilidades, que somente emergem com o estudo do sistema constitucional (ou a interpretação é sistemática, ou nem mesmo interpretação é), é que será nosso objeto de análise, ao entender o que significará a função social da propriedade e a reforma agrária na Constituição de 1988 e seus desdobramentos sobre mitigação da indenização para tais desapropriações, mitigações inclusive que, como em todos os institutos do novo Estado Democrático de Direito, avancem em relação aquelas estabelecidas nos primeiros anos da extinta ditadura militar brasileira.

4. A multiplicidade e os pormenores da função social da terra a partir da Constituição de 1988

A Constituição de 1988, entendida como processo e projeto, traz como um dos eixos mais significativos a reforma agrária.

Já no período ditatorial a consciência nacional elevava a reforma agrária a um espaço constitucional com a Emenda 10 de 1964. Na redemocratização, então, o tema passa a ter relevância prioritária na construção da sociedade que queremos.

O Brasil pré-constituente era de uma tensão social rural praticamente incontrolável. Além dos camponeses sem-terra, agora organizados em grandiosos movimentos sociais, seringueiros, bóias-frias, pequenos posseiros, indígenas e quilombolas traziam a questão agrária para a discussão constitucional de primeira grandeza. No final da década, depois da elaboração do primeiro PNRA (Plano Nacional de Reforma Agrária), muita discussão na constituinte e com a maior emenda popular apresentada (1,5 milhão de assinaturas)¹¹⁸, o texto constitucional de 1988 tratará de forma muito mais ampla e sistemática a questão da reforma agrária¹¹⁹.

O texto da Constituição Federal de 1988 inaugura um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Todo o texto tem como objeto a proteção desta, não meramente como indivíduo isolado e abstrato, mas na concretude das relações cotidianas, de classe, de raça, de trabalho e dos inúmeros grupos em que o ser humano concreto possa participar em seus projetos pessoais e coletivos.

A Constituição tem, então, como eixo e objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e se acresce de muita significação social. Em seu rol de direitos

¹¹⁸ MEDEIROS, Leonilde Servolo de. *Reforma Agrária no Brasil: história e atualidade da luta pela terra*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003. Página 39 e ss.

¹¹⁹ Isso como um sistema constitucional, não como “tiras de textos”, em que, inclusive sob meios escusos, grupos de pressão minoritários de latifundiários acabaram inserindo trechos que gerariam dificuldades interpretativas que, hoje, 20 anos depois, já podem ser superadas por uma hermenêutica sistemática. Ver MEDEIROS, op. Cit. e LAUREANO, Delze dos Santos. *O MST e a Constituição*. São Paulo: Perseu Abramo, 2007.

fundamentais garantidos ultrapassam as liberdades individuais do iluminismo e atinge direitos sociais e até mesmo garantias difusas como a proteção ao meio-ambiente.

Uma mudança importante da Constituição cidadã é a garantia do atendimento à função social da propriedade como direito fundamental e não mais como mero limite extrínseco à propriedade privada (art. 5º, XXIII), sendo inclusive elevada a categoria de cláusula pétrea.

A novidade constitucional de 1988 é que a reforma agrária perpassa todo o texto constitucional, como um objeto inafastável dos progressos que o Brasil deveria passar na busca de uma sociedade justa, livre e solidária. Eixo tão presente em seu texto que chega a assustar muitos teóricos pelo fato de que, mesmo tão presente e repetido, tal objetivo constitucional permaneça, vários governos após a promulgação da carta, descumprido:

A onerosidade excessiva gerada aí para o povo credor da promessa é tão evidente, que a Constituição Federal de 1988, no seu título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira do país, depois de vinculá-la ao princípio da função social da propriedade, procura inseri-la expressamente em dois dos seus capítulos, num claro reconhecimento de que a realidade fundiária do país exige mudança, tanto de política urbana quanto de política agrícola, fundiária e de reforma agrária, tentando extrair das funções sociais, o ‘bem estar dos habitantes’ (art. 182, caput), o ‘bem estar dos proprietários e dos trabalhadores’ (art. 186, IV), isso tudo depois de ter incluído a mesma função social da propriedade no capítulo I do título II – dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, XXIII) – resguardando os últimos em cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV)¹²⁰

¹²⁰ ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à Terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. Página 206.

Sem embargo, na busca de implementação, sob a bandeira de proteção desses direitos, o sistema constitucional tem o claro entendimento que, além do Estado, regulado por este, existem outros potenciais violadores dos direitos fundamentais: os chamados poderes privados (o descumprimento da função social da propriedade, direito fundamental, por exemplo, é comumente realizado por privados).

Entre tais poderes privados, encontram-se os poderes econômicos em específico. Por isso, em seu texto, após definir os direitos fundamentais e organizar o Estado, a Constituição passa a dedicar 23 artigos à regular a ordem econômica¹²¹, em especial a propriedade imobiliária urbana e rural.

É na ordem econômica que percebemos a dupla natureza jurídica da função social da propriedade: além de direito fundamental é também princípio que rege a ordem econômica (art. 170, III). Ou seja, a economia, juridicamente considerada, se submete a uma ordem para que flua de acordo com princípios positivados e, entre eles, o da função social da propriedade. É um patamar inédito para a doutrina iniciada por Léon Duguit:

(...) no Brasil pós 1988, a propriedade que não cumpre sua função social não está protegida, ou, simplesmente, propriedade não é.¹²²

¹²¹ “Além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político, e da garantia das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado Social incorpora outra função, que identificará: a de reguladora da ordem econômica e social.” FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Página 171.

¹²² MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. Página 116.

É nestes termos que a Constituição passa então a dedicar um capítulo à reforma agrária como motivadora do cumprimento da função social da propriedade rural que, tem sua multiplicidade econômica, ambiental e social não mais prevista em legislação ordinária (como era no Estatuto da Terra), mas elevada, em minúcias¹²³, ao patamar constitucional (art. 186).

E, por fim, para garantir o cumprimento da função social, o texto traz ainda duas formas de intervenções sancionatórias no campo: a desapropriação-sanção (art. 184)¹²⁴, mais pormenorizada que nas constituições vetustas, e a possibilidade nova de uma expropriação ou mero confisco, em caso de um uso nocivo e ilegal da propriedade rural, para a plantação de psicotrópicos (art. 243)¹²⁵.

Diante das sanções apresentadas (art. 184 e 243), partimos para uma discussão mais aprofundada sobre a natureza e eficácia dos institutos.

A desapropriação-sanção já debatida, não modificou, aparentemente, sua natureza no texto constitucional de 1988. Permanece como sanção econômica para os

¹²³ 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 trabalhadores.

¹²⁴ Art. 184. Compete a 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 de valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

¹²⁵ Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

proprietários que não produzem, fazendo com que os mesmos não recebam de forma imediata (como na desapropriação clássica), mas sim após um prazo, necessário inclusive ao Estado, e ao conseqüente colono, para conseguir tornar tal fazenda produtiva:

(...) A desapropriação é uma troca de ativos e se o ativo de um cidadão está em bens que não estão produzindo ou estão produzindo em desacordo com a lei, a indenização se dará, também em ativos de igual qualidade, tanto que as benfeitorias, o que realmente faz a terra produzir devem ser pagas em dinheiro¹²⁶

Como já afirmado anteriormente, tal justificativa e sanção econômica remonta ao início da ditadura militar brasileira e até hoje, não foi substituída legalmente por nenhuma outra. Já são inúmeros os críticos que urgem para a ineficácia de tal sanção para proprietários improdutivos, que nem mesmo sanção seria:

Já em meados da década de 1990, nos processos de privatização, os TDAs alcançaram expressivo valor no mercado **fazendo das desapropriações para fins de reforma agrária um ótimo negócio**. Não podemos perder de vista que diversos latifúndios improdutivos representam mera especulação imobiliária. Grandes extensões de terra foram adquiridas como investimento, imobilização de capital para aguardar a valorização; ou ainda, como instrumento para a obtenção dos incentivos fiscais do governo federal, principalmente na região Norte e Centro-Oeste nas décadas anteriores. Mesmo com os incentivos do governo, permaneceram improdutivas¹²⁷.

¹²⁶ MARÉS, Carlos Frederico. *Desapropriação Sanção por Descumprimento da Função Social?* In: Revista de Direito Agrário, 18. Brasília: Incra, 2006. Página 71.

¹²⁷ LAUREANO, Delze dos Santos. *O MST e a Constituição*. Página 162.

Ou seja, a desapropriação-sanção com indenização em títulos da dívida agrária é hoje questionada como sanção eficaz até mesmo em fazendas economicamente produtivas, que seriam seu objeto de ação natural.

Agora, centremos em um ponto ainda mais sensível. Nosso objeto de estudo é a sanção jurídica não a fazendas improdutivas, mas sim fazendas com produtividade socialmente nociva. Neste ponto temos o avanço gramatical da introdução do art. 243 em nossa Carta: a expropriação ou mero-confisco.

Entretanto o texto constitucional parece direcionar tal sanção simplesmente ao cultivo de plantas psicotrópicas. Pelo menos, teríamos um avanço importante, na medida em que agentes criminosos que fossem tipificados na conduta dos art. 12 da Lei 6.368/76 não teriam uma remuneração estatal: o Estado não remunera o crime, lição já aprendida, a duros embates, desde a abolição do século XIX.

Todavia, à coerência do sistema constitucional de 1988, restaria uma pergunta fundamental: ao proprietário improdutivo, a sanção (questionável) do prazo de até vinte anos dos títulos da dívida agrária; ao proprietário que produza contra o art. 12 da Lei de Entorpecentes, o absoluto confisco da propriedade, sem nenhuma indenização, pelo art. 243; e ao proprietário que produzisse à custa de crimes ambientais ou mesmo à custa da própria dignidade humana (superexploração do trabalho ou mesmo trabalho escravo, conduta criminosa prevista no próprio art. 149 do Código Penal), qual seria a sanção aplicável para se garantir o sistema constitucional?

O vazio imediato que parecemos encontrar não é coerente. O ordenamento jurídico encerra regras e princípios para que possamos estabelecer questionamentos e sentidos de direito muito além da letra fria da lei.

5. As discussões na doutrina nacional

A discussão não é diminuta na doutrina nacional. Inclusive porque a discussão já atingiu patamares muito perigosos quando até mesmo juristas como José Afonso da Silva¹²⁸ afirmam que o art. 185, II (que afirma que a propriedade produtiva não será desapropriada para fins de reforma agrária) impede uma sanção mais radical a propriedades que produzam, mesmo com crimes ambientais ou trabalho escravo. Não existiu a percepção, neste caso, de que a Constituição quando diz produtividade, não quer dizer produtividade no estrito sentido econômico ou lucrativo, mas no sentido dos princípios constitucionais, ou seja, também diz produtividade social e ambiental¹²⁹.

A análise mais sistemática entende que uma cidadania ativa e um projeto constitucional abominam a grandiosa rentabilidade de um imóvel por ter este uma

¹²⁸ “A proibição de desapropriação da propriedade produtiva, para fins de reforma agrária, com pagamento da indenização mediante títulos da dívida agrária, é, a nosso ver, absoluta, sendo inútil procurar interpretação diferente com base em nossos desejos. Isso não seria científico.” SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3a. Edição. São Paulo: Malheiros, 2007. Página 747.

¹²⁹ Acreditamos equivocadas tais interpretações literais, tendo em vista que a Constituição Federal em seu art. 185, II, não protege esse tipo de propriedade, excluindo-a da desapropriação para fins de reforma agrária ou qualquer outra sanção específica. Por mais importância constitucional que tenha a produtividade econômica, esta não poderá ser conseguida a qualquer custo, com afrontas diretas ao ordenamento, desdizendo todo seu sistema e abrindo uma brecha para o trabalho escravo, para o desmatamento predatório, etc.

origem intrinsecamente ligada a uma prática criminosa e nociva aos direitos fundamentais e a ordem constitucional vigente.

Sua produção é uma afronta a ordem jurídica, é a feitura de um crime que traduz desagregação social pelo desrespeito absoluto à dignidade do ser humano e/ou destrói a possibilidade de qualidade de vida e um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Hodiernamente, após o Parecer Conjunto CPALNP-CGAPJP/CJ/MDA 011/2004, a propriedade rural, simplesmente por ser economicamente produtiva, não estaria livre de cumprir sua função social, devendo a autarquia responsável pela reforma agrária verificar também as condições trabalhistas e ambientais do imóvel, aplicando o procedimento da desapropriação-sanção quando este não atingir patamares satisfatórios também nesses aspectos.

Neste sentido, entendemos superada a idéia de que nenhuma sanção de caráter expropriatório cabe a uma propriedade economicamente produtiva com problemas ambientais ou trabalhistas.

Entretanto, tal solução (desapropriação-sanção, com indenização em títulos a preço de mercado) parece exageradamente similar à proposta pelos proprietários no século XIX perante as propostas abolicionistas (abolição com indenização a preço de mercado). É possível, a partir da doutrina, encontrar espaços que já considerem, tal qual Nabucos do século XXI, afronta a consciência nacional indenizar uma propriedade de uso nocivo à sociedade da mesma forma que se indeniza uma propriedade improdutiva economicamente.

É nessa perspectiva que tentaremos propor possibilidades hermenêuticas que possam acompanhar tal movimento fruto da cidadania ativa de nosso tempo e do projeto constitucional considerado como um processo de fortificação dos sujeitos coletivos de direito e não meramente como um texto pronto.

6. Entendimentos progressistas sobre o art. 243 da CF/88.

Parte respeitável da doutrina nacional tem chegado a uma conclusão radical, porém de técnica e lógica jurídica inquestionável (em especial sob os paradigmas apontados neste estudo, que insere a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento), além de se afinar com o projeto constitucional democrático de 1988: aplicar a tais casos a expropriação sumária, sob o procedimento da Lei 8.257/91, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis, trabalhistas ou penais previstas legalmente, de acordo com o art. 243 da Constituição Federal.

A lógica é a de que o art. 243 tem como fundamento o fato de ser absurdo o Estado remunerar, de qualquer forma, a ilegalidade, a iniquidade, o crime. Tal fundamento é exemplificado com os exemplos expressos do combate a cultura de psicotrópicos (caput) e ao tráfico ilícito de entorpecentes (parágrafo único), mas não se esgota nesses, devendo ser interpretado tal dispositivo de acordo com os princípios constitucionais e, em específico, a dignidade humana. Assim, sob mesmo fundamento

poderia ser aplicada, de forma analógica simples, tal sanção aos casos de infrações ambientais ou trabalho escravo.

Ainda conta a favor de tal interpretação a possibilidade de outra inteligência ao artigo 185, II (que afirma que propriedades produtivas não serão desapropriadas para reforma agrária) passando a inferir dele que as propriedades rurais ou serão produtivas e socialmente funcionais e, assim, imunes a qualquer sanção, ou serão propriedades que produzem a partir de um uso nocivo, sendo assim objetos de mero confisco (sanção mais grave) e não desapropriação para fins de reforma agrária (sanção mais branda).

Não erram tais doutrinadores ao afirmar que afrontas inequívocas ao princípio macro da dignidade humana no descumprimento da função social da propriedade deveriam ser tratadas de igual forma:

Estes bens não só carecem de proteção jurídica, como o Estado tem obrigação de retirar das mãos de seus proprietários, mesmo que a produção seja em regime de contrato agrário. (...) ... a propriedade produtiva que não cumpre a função social sequer pode ser desapropriada, deve seguir a linha das produtoras de psicotrópicos e ser expropriadas sem pagamento de indenização.¹³⁰

O laço doutrinal é a de que a sanção que visa proteger um bem jurídico como a saúde humana, ou a higiene, não pode ser mais gravosa do que a sanção a um bem jurídico como o meio-ambiente sustentável (que visa igualmente à proteção da saúde

¹³⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. Página 129.

humana, mas em escala global) ou mesmo, diretamente, a dignidade da pessoa humana (caso do trabalho escravo):

(...) é suficiente mencionar que a Constituição ela mesma abre ensejo à construção de soluções novas, bastando referir que o imóvel rural no qual o dono ou terceiros a seu mando ou autorização se dedicam à cultura ou à produção de substâncias entorpecentes pode ser confiscado, sem direito a qualquer indenização. **Como não se há de dizer, que, eticamente, a vida e o interesse de trabalhadores sem terra e suas famílias (...) tem valor menor que a saúde e a higiene públicas – objetos juridicamente tutelados na repressão do uso e tráfico de entorpecentes – se a repressão aos entorpecentes justifica a perda da propriedade pelo titular que nela cultivava substância proibida e assim fez mau uso da propriedade, certamente o proprietário que não dá uso adequado ao seu imóvel, assim impedindo que outrem o faça, terá de ter idêntico tratamento.**¹³¹

A analogia, que é tecnicamente possível por não se tratar de sanção penal (mas imobiliária, portanto civil¹³²), a ser feita da expropriação em áreas de outros crimes em prejuízo à dignidade humana, deseja simplesmente expandir tal instituto às glebas rurais em que a produção se vincule ao crime de redução à condição análoga a de escravo, art. 149 do Código Penal (crime contra a pessoa, afronta direta a dignidade humana), ou aos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98, como a caça e pesca predatórias (arts. 29 e 35, respectivamente), desmatamentos irregulares (art. 38 e 39) ou carvoarias ilegais (art. 45).

¹³¹ CASTILHO, Manoel Lauro Wolkmer de. O Justo Preço. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch (et. al.) (org.). *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. Página 78.

¹³² Não recaindo assim em *bis in idem*, na medida em que a sanção civil à propriedade tem natureza jurídica completamente distinta da sanção penal ao agente da conduta: “Independentemente das conseqüências de ordem penal que possa advir para o proprietário, haverá de ter conseqüências civis para o direito de propriedade”. MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. Página 126.

E sob o mesmo fundamento do cultivo de plantas psicotrópicas, sancionar imobiliariamente (não penalmente) tais práticas é uma solução constitucionalmente favorável, tendo em vista a necessidade de uma interpretação extensiva para salvaguardar o sistema principiológico constitucional, em um texto de artigo que disse menos que deveria:

O legislador, exprimindo seu pensamento, introduz um elemento que designa espécie, quando queria aludir ao gênero, ou formula para um caso singular um conceito que deve valer para toda uma categoria¹³³.

Tal corrente já conta inclusive com o trâmite de um Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº. 438/2004, em que se modifica o artigo 243, inserindo sanção explícita às glebas onde se encontre trabalho escravo¹³⁴, positivando assim, definitivamente, tal interpretação.

Entretanto, é óbvio que para essa parcela da doutrina a positivação explícita não é necessária para a aplicação da expropriação sem indenização. O sistema que a permitirá após a inserção da PEC é o mesmo que hoje já permite aos casos de crimes

¹³³ FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002. Página 43.

¹³⁴ Com caráter meramente informativo, segue a explicação da ementa da PEC, em trâmite na Câmara dos Deputados: “Estabelecendo a pena de perdimento da gleba onde for constada a exploração de trabalho escravo (expropriação de terras); revertendo a área ao assentamento dos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba; alterando a nova Constituição Federal”.

A modificação proposta ao artigo constitucional, mesmo com modificações ainda em curso (como a recente que acrescenta glebas urbanas com presença de trabalho escravo) tende a ficar da forma a seguir: “Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a *exploração de trabalho escravo* serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas à reforma agrária, com o assentamento prioritário aos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

que envolvam a propriedade. Não é de uma leitura gramatical que se retira tal interpretação, mas sistemática.

A necessidade de se interpretar extensivamente o art. 243 é saída mais viável tendo em vista que a aprovação de tal projeto de lei, mesmo que pareça tão salutar a consciência nacional de legítimo e justo, ainda esta distante¹³⁵.

Na verdade, ainda esbarra, incisivamente, no individualismo proprietário arraigado em nosso senso comum teórico. Inserir tal concepção, não somente para o combate ao trabalho escravo, mas também em relação a crimes ambientais, em um parlamento como o atual, que ainda representa fortemente as elites nacionais, é tarefa que beira o impossível¹³⁶. Mesmo com poucas possibilidades, talvez estas ainda existam

¹³⁵ Na verdade, mais parlamentares fazem discursos em defesa de fazendeiros acusados de trabalho escravo do que contra a prática. Exemplo é o discurso do Senador João Ribeiro (PR/TO) em 14/06/2004, em defesa do proprietário rural acusado de manter trabalhadores escravos, João Rosa: “E agora isso chegou ao limite máximo. A forma inapropriada que representantes dos órgãos públicos têm adotado na execução de suas tarefas acabou por levar um cidadão honesto e cumpridor da lei, meu estimado amigo João Rosa, ao desvario. (...) O fato se sucedeu na sua única propriedade no Município de Xambioá, no Estado do Tocantins, onde recentemente fiscais do Ministério do Trabalho e agentes da Polícia Federal, com base em infundada denúncia feita pela Pastoral da Terra, encontraram peões ou trabalhadores rurais que batiam pasto ou que roçavam pasto sob um contrato de prestação de serviço à moda antiga. (...) Senhores fiscais do trabalho, complacência para com aqueles homens rudes do campo que ainda não se adaptaram aos novos tempos. (...) Não se pode, de forma agressiva, tratar um proprietário da fazenda como bandido, como marginal. Invadem a propriedade de um cidadão e levam-no preso muitas vezes. Foi o que aconteceu ao Senhor João Rosa.”

¹³⁶ Mesmo figurando todo ano como prioridade nas votações do Congresso Nacional, sempre o assunto foi preterido. Em 2005, a Câmara atinge o cúmulo sob a presidência do Deputado Severino Cavalcanti (PP/PE), que era publicamente contra a expropriação de terras com trabalho escravo: “Coerente com essa posição, chegou – como presidente da Câmara – a pressionar grandes distribuidores de combustível que haviam descartado de seus fornecedores a Destilaria Gameleira (de Confresa-MT, flagrada várias vezes de trabalho escravo e por isso incluída na lista suja) para que desistissem do boicote anti-escravista” (PLASSAT, Frei Xavier. *A face hedionda do modelo de desenvolvimento ora imposto – sobre o trabalho escravo*. In: *Direitos Humanos no Brasil 2005 – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. Fundação Heinrich Boll. 2005. Página 98).

Este ano de 2008, as perspectivas não são muito animadoras, perdendo tal tema inclusive a prioridade em tese que teve em outros anos: “Os temas sociais vêm em segundo lugar entre as prioridades de votação. Estarão em debate trabalho escravo, estatutos da igualdade racial, do portador de deficiência física e de necessidades especiais, além da criação do dia nacional de combate à homofobia” LUIZ, Edson. *Agenda apertada em ano eleitoral*. Correio Braziliense, 28 de janeiro de 2008. Página 3.

em sensibilizar o poder executivo conforme ocorreu para barrar as indenizações aos escravocratas no século XIX, ou mesmo uma tentativa de influenciar a jurisprudência, mesmo que minimamente, papel natural da produção doutrinária.

Entretanto, ressaltamos, que mesmo sem perspectivas muito esperançosas que o Estado possa aplicar o mero confisco para os casos de trabalho escravo ou crimes ambientais, recordamos o afirmado no capítulo primeiro, que não simplesmente ao Estado serve um ordenamento jurídico, mas a todo aquele que o vive. O jurídico é apenas uma pequena parte do que consiste ser o social, que o engloba e, quando sob mudanças efetivas, o avassala. Lembremos o explicitado no capítulo 1, quando em quatro anos o que parecia impossível (abolição sem indenização) passa a ser uma solução praticamente consensual a partir do ativismo da sociedade civil de então.

Assim, os diversos sujeitos coletivos de direito que formam o processo constitucional brasileiro podem, utilizando o argumento exposto por esta parcela da doutrina, por sua coerência irretocável, relembrar, em suas estratégias políticas, que, sob a égide da Constituição de 1988:

O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.

Em razão disso – pontualizo – é que justamente a sua função justifica e legitima essa propriedade.¹³⁷

Parece, assustadoramente, cada vez mais verdadeira a denúncia de Dalmo Dallari de que existiria, organizadamente, uma “bancada da escravidão” no Congresso Nacional (Jornal do Brasil, 20 de outubro de 2007, Página A 11).

¹³⁷ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. Página 260.

Ou seja, sem legitimação não existe propriedade, “o proprietário tem a obrigação de cumprir o determinado, é um dever do direito, e quem não cumpre seu dever, perde seu direito”¹³⁸. Não há assim possibilidade do proprietário que não cumpre sua função social, mesmo sem a expropriação ou desapropriação estatal, reivindicar o seu direito de propriedade, que já se esvaiu:

O proprietário da terra cujo uso **não cumpre a função social não está protegido pelo Direito, não pode utilizar-se dos institutos jurídicos de proteção**, como as ações judiciais possessórias e reivindicatórias para reaver a terra de quem as use, muito especialmente se quem as usa está fazendo cumprir a função social, isto é, está agindo conforme a determinação legal e constitucional.¹³⁹

Reafirmamos, todavia, que o Estado ainda tem o dever de se precaver a situações de anomia como a acima descrita, por mais que sejam as mesmas possíveis, tendo em vista o direito de propriedade necessitar da função social cumprida para existir e ser o mesmo um direito privado e disponível: “todo Estado com vocação de sobrevivência deve estar atento a exigências da realidade social”¹⁴⁰.

E é exatamente acreditando na possibilidade de construir alguma saída jurídica possível de compor o conflito de forma mais principiológica que não cessaremos o estudo com a apresentação única desta saída hermenêutica (expropriação analógica ao art. 243) que, conforme afirmamos, é irretocável tecnicamente, mas de difícil

¹³⁸ MARÉS, Carlos Frederico. Desapropriação Sanção por Descumprimento da Função Social? In: *Revista de Direito Agrário*, 18. Brasília: Inbra, 2006. Página 73.

¹³⁹ MARÉS, Carlos Frederico. Desapropriação Sanção por Descumprimento da Função Social? Página 74.

¹⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. In: *Revista Humanidades*, p. 270.

concretização prática na jurisprudência, de caráter conservador e de tendência diametralmente oposta.

Por isso, tentaremos, no capítulo seguinte, apresentar outras propostas hermenêuticas que, sem propor a mera expropriação de propriedades rurais que tenham ilícitos ambientais e trabalhistas, possa, ao menos, rever a simbiose naturalizada e invariável entre preço justo e preço de mercado, no caso das indenizações para reforma agrária em propriedades com super-exploração do trabalho, trabalho escravo ou crimes ambientais e tentar avançar, paulatinamente, na busca da efetivação do processo constitucional em vigor.

Capítulo III

Critérios não-econômicos de averiguação do preço justo

1. Terra não é commodity

Nem todo bem jurídico deve ser livremente disposto no mercado. Todas as sociedades diferem preços de valores. Ou seja, diferem bens que podem ser trocados livremente no mercado, com preços calculáveis em moeda para aferição de lucros e bens que são para esses mecanismos indisponíveis. A vida, a liberdade e os órgãos humanos são exemplos mais simples de tais bens indisponíveis. Entretanto, muitos outros bens podem pertencer a essa categoria, em especial, aqueles que ensejam aspectos importantes na preservação da dignidade humana, com uma variação intensa, geográfica e histórica:

E o que esses bens são varia de sociedade para sociedade, e pode variar ao longo da biografia dos indivíduos. Assim, uma roda de samba, uma licença poética, o ambiente de um templo, uma paisagem, um sorriso, uma peregrinação, o respeito a gerações passadas ou futuras podem não ter preço para o modo de viver em uma comunidade.¹⁴¹

Hoje, com toda a influência economicista que presenciamos quase como um *modus operandi* absoluto das sociedades contemporâneas, é cada vez mais difícil preservar bens além do mercado. A lógica da governabilidade e da manutenção de

¹⁴¹ CASTRO, Marcus Faro de. *A Mensagem de Praga*. Jornal do Brasil, 10 de Novembro de 2000.

expectativas perfeitamente seguras para os investidores faz com que qualquer tentativa de regulação do mercado ou mesmo retirar deste situações e bens que são de outra ordem encontre barreiras grandiosas, especialmente se relembramos “o declínio da capacidade que o Direito teve (ou pretendeu ter) até o século XIX, de oferecer os critérios de realização da justiça”¹⁴² e como a ciência econômica tomou seu espaço como doadora de esperança.

Entretanto, a cada dia, manifestações contra a globalização do paradigma econômico hegemônico¹⁴³ parecem inaugurar um consenso de que há que se preservar a vida além da economia e que esta já não oferece mais critérios de justiça e, pelo contrário, parece inaugurar um mundo cada vez mais desigual e injusto¹⁴⁴. É nesse espaço que avançam teses jurídicas em que direitos fundamentais, em especial direitos sociais, econômicos e culturais, devem ser preservados além de qualquer paradigma econômico, por não estarem disponíveis à troca no mercado.

Reiteramos então que a terra (propriedade rural), em nosso ordenamento, não representa meramente uma mercadoria. Não é uma commodity, no sentido de um

¹⁴² CASTRO, Marcus Faro de. Julgar a Economia. In: *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, volume 68, nº. 1, jan/mar 2000. Página 192.

¹⁴³ Entendemos a globalização como um fenômeno de interação global, em que, todas as culturas do globo passam a se conhecer e a se por em conflito ou consenso (geralmente conflito), desencadeado com mais vigor a partir da colonização americana no século XVI (“*primeira onda de mundialização*” NUNES, Antonio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Página 67). Entretanto, não há como negar uma dupla semântica, na medida em que globalização significa também a globalização hegemônica e mais pungente tem um inegável caráter econômico e, mais particularmente, da mundialização de uma vertente econômica específica, dita neo-liberal: “Sem dúvida que o neo-liberalismo é a matriz ideológica da chamada globalização” (NUNES, Op. Cit. Página 67).

¹⁴⁴ CASTRO, Marcus Faro de. *A Mensagem de Praga*. *Jornal do Brasil*, 10 de Novembro de 2000.

produto inteiramente padronizado que sirva simplesmente para moedas comerciais em mercados e bolsas de valores¹⁴⁵.

Não deixa de ser também uma mercadoria, entretanto é uma mercadoria diferenciada, conforme explicitado a partir do pensamento de Locke. Além de mercadoria, a terra possui outros espaços de significação jurídica e axiológica.

Tamanha é a diversidade das propriedades rurais no Brasil¹⁴⁶ que, por vezes, estas são retiradas do trânsito mercantil, estão fora do tráfico econômico, como, por exemplo, no caso de terras indígenas, dos territórios quilombolas, reservas extrativistas (seringueiros) e até mesmo, em algum grau, as faixas de fronteiras protegidas pelo art. 20, § 2º da CF.

E, inclusive, mesmo em propriedades rurais economicamente transitáveis, a sociedade acabou gravando-as com um aspecto axiológico muito alto em que, mesmo sendo bens econômicos, não se resumem, de forma alguma, a isso. É o que versam os doutrinadores de Direito Agrário, em que a propriedade rural, devido a sua função

¹⁴⁵ Sabemos que é evidente que terra não pode ser considerada commodity jamais, principalmente pela influência de especificidades como localização e possibilidades de cultivo no seu preço. Entretanto, o que queremos dizer aqui, quase como uma licença poética que sabemos será pouco palatável a economistas mais ortodoxos, é que uma commodity tem por essência sua padronização absoluta, em que a história de produção ou mesmo quaisquer fatores considerados individualmente perdem o interesse por completo (o arroz tipo 01 produzido por uma comunidade indígena dos Chiapas ou o arroz tipo 01 produzido pela Syngenta Co. tem o mesmo preço, eis a essência da commodity). Uma mercadoria, que não seja commodity (como um café colombiano especial ou mesmo um champanhe francês), agrega a seu valor outras concepções específicas de sua história, sua cultura, sua produção própria. É este o ponto. A terra, é uma mercadoria e assim, se aproxima de uma commodity na medida em que pode ser comprada e vendida no mercado. Entretanto, não é uma commodity, não no sentido de variações específicas de preço por singularidades, mas porque não é **somente** uma mercadoria: agrega outros valores (de difícil, ou até impossível, aferição econômica), como aspectos ambientais e sociais, que a lançam além da identificação absoluta com o mercado.

¹⁴⁶ O professor Carlos Frederico Marés ao analisar o arcabouço das propriedades rurais brasileiras, chega a afirmar inclusive que a mesma, nem sempre é propriedade, mas é antes de tudo terra, que tem um significado comunitário, afetivo ou mítico por vezes muito mais forte que o significado econômico. Por isso, inclusive, o doutrinador trata sobre Função Social da Terra e não Função Social da Propriedade. Ver MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, especialmente a Introdução e a Primeira Parte.

social em um país desigual e, por vezes, sem soberania alimentar e com milhões de trabalhadores rurais sem terra, jamais é considerada no ordenamento uma mera mercadoria:

(...) fundamenta-se no princípio do direito agrário contido no novo conceito do direito de propriedade, segundo o qual a terra está a serviço do homem, e não o homem a serviço da terra; **no princípio de direito agrário de que a terra não é uma mercadoria**, e sim um meio de produção e de utilidade social. (...) o fundamento do direito de propriedade é o trabalho: a terra é de quem a trabalha, de quem a faz produzir, de quem a amanha. A simples detenção da terra pelo poder econômico de seu proprietário ausente, não tem guarida em uma lei de reforma agrária como a brasileira.¹⁴⁷

O eminente ex-professor de direito agrário da USP não exclui a terra de seus aspectos econômicos, mas simplesmente abre espaço para outras nuances além deste. Especificamente o aspecto social, ou sócio-trabalhista, da terra. Existem outros que, mesmo com uma galopante influência economicista, não só no direito, mas em toda a sociedade desde a Revolução Industrial, ainda estão impregnados no conceito de terra, não simplesmente na legislação, mas na própria estrutura cultural nacional (ou, para Nabuco, novamente, na consciência nacional):

A terra ainda é sinônimo de vida, apesar de tanta matança ter havido em seu nome. E é vida não só porque oferece frutos que matam a fome, mas porque purifica o ar que se respira e a água que se bebe. Fosse pouco, dá ainda o sentido do viver humano, sua referência, sua história, sua utopia e seu sonho. (...)

A cultura que confunde a terra e sua função humana, social, com o direito abstrato de propriedade, exclusivo e excludente, faz uma

¹⁴⁷ SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. Página 116 e 117.

opção contra a vida. Mas porque, apesar de tão claras necessidades, tão evidentes lógicas, tantas mazelas sociais e ambientais, continua tão difícil mudar a concepção da propriedade?¹⁴⁸

Concorre para tal concepção o direito processual, quando torna absolutamente impenhorável o módulo rural no art. 649, X do CPC (constitucionalizado no art. 5º, XXVI da Carta Magna)¹⁴⁹, retirando assim tal imóvel, mesmo que parcialmente, de certos trânsitos econômicos.

Reduzir a terra a regras de uma instituição circunscrita (como a economia de mercado) pode ser uma simplificação perigosa e ilusória, fazendo com que a sociedade perca o controle sobre seus valores mais importantes¹⁵⁰.

Portanto, sabendo que a terra passa, constitucionalmente e infraconstitucionalmente, por outros eixos axiológicos que miram à sociedade e não simplesmente ao mercado (em aspectos relevantes aos direitos trabalhistas ou às gerações futuras, por exemplo), queremos neste estudo questionar se auferir o preço da indenização de uma terra a ser destinada à reforma agrária simplesmente por parâmetros de mercado é a melhor (ou a única) via, mesmo que sob aquela situação interajam de forma avassaladora outros aspectos ambientais e sociais.

¹⁴⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Página 15 e 16.

¹⁴⁹ Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: X – o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário. Art. 5º. XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

¹⁵⁰ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Página 18.

A terra, se resumida à mercadoria padronizada, significa a redução de todo o meio-ambiente a regras meramente econômicas e, assim, ao esfacelamento das relações sociais. Polanyi nos remete a essa idéia, de perceber a ficção de reduzir terra a mercadoria. Ficção porque a terra não é meramente produzida para venda (na realidade, nem mesmo é produzida¹⁵¹) e, com tal construção abstrata acabamos esquecendo que a terra representa o ambiente em que vivemos e, portanto, a relação com ela encerra muito mais que um simples produto:

Terra é apenas outro nome para a natureza, que não é produzida pelo homem. (...) Permitir que o mecanismo de mercado seja o único dirigente do destino dos seres humanos e do seu ambiente natural (...) resultaria no desmoronamento da sociedade. (...) A natureza seria reduzida a seus elementos mínimos, conspurcadas as paisagens e os arredores, poluídos os rios, a segurança militar ameaçada e destruído o poder de produzir alimentos e matérias-primas.¹⁵²

Assim, a terra, antes de mercadoria, representa, profundamente, outros elementos que denotam, na verdade, direitos fundamentais: “o solo é toda a hipótese e possibilidade de vida”¹⁵³. Inserir tais extensões sob apreciações meramente econômicas pode gerar uma discrepância que viola direitos fundamentais mais inúmeros íntimos dos indivíduos (habitação, trabalho, meio-ambiente sustentável, etc):

¹⁵¹ Bem natural e finito, não-criado, a terra jamais pode ser considerada como meramente mercadoria ou meramente capital: “A terra é um instrumento de trabalho qualitativamente diferente dos outros meios de produção. Quando alguém trabalha na terra, não é para produzir a terra, mas para produzir o fruto da terra. O fruto da terra pode ser o produto do trabalho, mas a própria terra não o é. (...) o fato de que a terra pareça, socialmente, capital, não faz dela, efetivamente, capital.” MARTINS, José de Souza. *Os camponeses e a política no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1983. Página 159.

¹⁵² POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. Página 94 e 95.

¹⁵³ HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil – derechos reales*. In: CHALUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária, função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Página 1.

Aquilo que chamamos terra é um elemento da natureza inexplicavelmente entrelaçado com as instituições do homem. (...) A função econômica é apenas uma entre as muitas funções vitais da terra. Esta dá estabilidade à vida do homem; é o local da sua habitação, é a condição da sua segurança física, é a paisagem e as estações do ano. Imaginar a vida do homem sem a terra é o mesmo que imaginá-lo nascendo sem mãos e pés.¹⁵⁴

Um exemplo importante de tais violações se encontra na história de um imóvel rural conhecido por Fazenda e Castanhal Cabaceiras¹⁵⁵, de 9.774 ha (nove mil, setecentos e setenta e quatro hectares), pertencente ao grupo Jorge Mutran Exportações e Importações, localizada na PA-47, trinta quilômetros de Marabá, cidade-pólo no Sudeste do Pará.

Esta propriedade, como outras diversas pertencentes à família Mutran¹⁵⁶, é notoriamente conhecida por praticar trabalho escravo¹⁵⁷ e corte raso de castanheiras

¹⁵⁴ POLANYI, Karl. A Grande Transformação. Página 214.

¹⁵⁵ As notícias sobre a Fazenda e Castanhal Cabaceiras foram amplamente divulgadas pela imprensa nacional, todavia, buscamos nossas informações em quatro fontes jornalísticas específicas: O Jornal Estado de São Paulo (“Empresa é condenada a pagar R\$1,35 milhão por trabalho escravo”, de 31 de julho de 2004), A Agência de Informação Frei Tito para a América Latina (“Fazenda com trabalho escravo é desapropriada no Pará), Agência de Notícias Carta Maior (“Os negócios da Família Mutran” e “Dossiê Trabalho Escravo”) e o periódico Em Questão, editado pela Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República (“Fazenda com trabalho escravo é desapropriada para Reforma Agrária”, na edição nº 246 em 27 de Outubro de 2004), além da bibliografia citada posteriormente. Indicamos ainda que o autor deste estudo advogou para movimentos sociais rurais na região de Marabá – PA, no ano de 2005 e 2006.

¹⁵⁶ “O envolvimento dos Mutran com os conflitos na região sul do Pará se estende longe. Dados da Comissão Pastoral da Terra em Marabá mostram que, entre 1976 e 1984, quase metade dos conflitos aconteceu em áreas controladas pela família.” NEPOMUCENO, Eric. *O massacre: Eldorado do Carajás, uma história de impunidade*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007. Página 30 e 31.

¹⁵⁷ Jorge Mutran Exportações e Importações e Aziz Mutran Neto foram incluídos na chamada Lista Suja do Trabalho Escravo do Governo Federal, veiculada pela Secretaria de Inspeção do Trabalho – TEM e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos. Benedito Mutran Filho, proprietário de outra fazenda, chamada Espírito Santo, já fez inclusive que o Brasil fosse parte em processo sobre Trabalho Escravo na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, petição 11.289, proposta por Américas Watch e CEJIL – Centro para Justiça e Lei Internacional. Inclusive um cemitério clandestino foi encontrado no imóvel em questão. Para mais informações ver LE BRETON, Binka. *Vidas Roubadas: A escravidão moderna na Amazônia brasileira*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Páginas 79 a 81.

(crime ambiental de acordo com o art. 15 do Código Florestal e o art. 4º da Lei 1282/94). A fazenda foi finalmente multada, depois de diversos flagrantes de trabalho escravo na área, feito pelo Grupo Móvel de Combate ao Trabalho Escravo, numa quantia de R\$1.350.440,00 (um milhão, trezentos e cinquenta mil e quatrocentos e quarenta reais), além dos R\$20.993,15 (vinte mil, novecentos e noventa e três reais e quinze centavos) de direitos trabalhistas aos lavradores libertos¹⁵⁸. Em um processo de desapropriação para reforma agrária, conforme poderá ser efetivado pelo Decreto Presidencial (ora sub-judice no STF pelo MS 25.260, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), o Governo Federal irá pagar em indenização ao proprietário de, no mínimo, R\$ 6.370.000 (seis milhões e trezentos e sessenta mil reais)¹⁵⁹, pela terra-nua, sem contabilizar o valor específico das benfeitorias. Ou seja, descontando a multa recebida, o proprietário, que feriu frontalmente um dos princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana, irá receber o saldo de quase cinco milhões de reais.

Tal exemplo com certeza não assustaria os defensores do movimento indenizista do Século XIX, em que o Estado Liberal coadunava com tal estratégia, tendo em vista a superação da propriedade a quaisquer outros patamares (mesmo que assustasse a consciência nacional, segundo Nabuco, condensada no movimento abolicionista). Entretanto, em um Estado Democrático de Direito, mesmo sob uma economia de

¹⁵⁸ “Em julho de 2004, uma das mais poderosas famílias do estado – a Mutran – recebeu a, até então, maior multa aplicada em casos de trabalhadores em regime de escravidão pelo Ministério Público do Trabalho: um milhão e 350 mil reais, o que equivalia, na época, a 435 mil dólares. O destinatário da multa foi Jorge Mutran Exportações e Importação, uma das principais empresas de agronegócio do Pará, e a razão foi a reincidência de manter trabalhadores em regime de escravidão numa das fazendas do grupo, a Cabaceiras, a uns 25 quilômetros de Marabá. (...) A Cabaceiras é uma fazenda imensa, cortada pelo asfalto da rodovia PA – 150. No total, são dez mil hectares. Desde 1999, parte dessa extensão é ocupada por famílias de migrantes organizadas pelo MST. É fácil imaginar o grau de tensão permanente entre os que reivindicam a desapropriação judicial da terra que ocupam e os que controlam o resto da área.” NEPOMUCENO, Eric. O Massacre. Páginas 27 e 28.

¹⁵⁹ O preço mínimo de um hectare com benfeitoria na região Sul e Sudeste do Pará, segundo o INCRA – Superintendência Regional 27, é de R\$637,00 (seiscentos e trinta e sete reais). O máximo é R\$1.093,00 (mil e noventa e três reais), o que elevaria o preço da indenização para mais de dez milhões de reais. (Fonte: Agência Carta Maior).

mercado vigorosa, a perspectiva de fraude aos direitos e expectativas constitucionais do País significaria um suicídio da legitimidade de nosso ordenamento.

Por esse motivo, tentaremos estabelecer outros critérios que permitam perceber que a terra, mesmo como bem econômico, não pode ser negligenciada em todos os direitos indisponíveis que sobre ela recaem, na busca não simplesmente de eficiência econômica, mas de justiça que repercute também nos padrões e critérios econômicos:

Portanto, na vida social, existem diversas práticas de usufruto ou consumo que os indivíduos, em determinadas circunstâncias e sob padrões de cooperação social, elegem como bens circunstancialmente indisponíveis, sobre os quais desejam fazer incidir uma ‘consideração especial’ ou proteção, diante da possibilidade de seu desaparecimento, decorrente de causas naturais ou sociais. Tais bens com reserva de indisponibilidade constituem, por assim dizer, o núcleo essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais, que necessitam de elaboração doutrinária e jurisprudencial contextualizada em diferentes meios sociais e culturais.¹⁶⁰

A “consideração especial” que o ordenamento concede a terra é a chave para a efetivação de direitos fundamentais e da própria dignidade da pessoa humana. Esquecer tal concepção, mesmo que somente no cálculo do preço da indenização na desapropriação para a reforma agrária, pode significar a traição fatal dos padrões de cooperação social conquistados, constitucionalmente, inclusive.

A conclusão que se define, então, é a de que, avançando em relação à hermenêutica explanada no capítulo anterior, por mais que a indenização seja necessária

¹⁶⁰ CASTRO, Marcus Faro de. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma Abordagem Pós-Neo-Clássica. Brasília: *Revista do Site do Palácio do Planalto*, 2007 (<http://www.planalto.gov.br>). Página 6.

(caso a possibilidade de mero confisco possa ser descartada) esta tem aspectos muito maiores que, simplesmente, o direito privado do proprietário que está envolvido, mas aspectos eminentemente públicos¹⁶¹ e constitucionais, ligados a direitos fundamentais, inerentes a quaisquer padrões de propriedades, em especial a de um meio de produção e reprodução social e ambiental como a terra.

Assim, o mercado deve ser um critério (pois não excluimos radicalmente a noção de que a terra é também mercadoria), entretanto, não deve ser o único critério de aferição do preço justo a ser pago em uma indenização.

Van der Walt, jurista da Universidade de Stellenbosch, ao analisar casos do poder judiciário sul-africano, nos afirma que toda Constituição que busca transformações sociais (como a brasileira e a sul-africana, que este autor analisa em específico) mantém uma função pública da propriedade¹⁶² e, em toda intervenção sobre este, pode ir além das leis de mercado, para definir o valor da desapropriação justa:

This conclusion finds support in a decision of the Land Claims Court: market value, while important, is not the conclusive and determinative factor in establishing just and equitable compensation in terms of the Constitution; and while market value is a key factor in

¹⁶¹ VAN DER WALT, A. J. *Property Theory and the transformation of property law*. Página 361 e 362.

¹⁶² Van der Walt se preocupa com o que o direito de propriedade encerra de direito público, chegando inclusive a afirmar que, em toda desapropriação (não somente aquelas para reforma agrária ou urbana) o preço de mercado não é o justo, porque a indenização deve levar em conta não somente o interesse do particular expropriado, mas também o interesse público, devendo o proprietário, a partir da finalidade pública da desapropriação, receber menos que o preço de mercado: “...to take the purpose of the expropriation into account when calculating compensation was therefore used as the basis for the argument that property owners should receive significantly less than market value for expropriated property that is to be used for maintenance of a national asset, because that would reflect a fairer balance between the public interest and the interest of the expropriated owner than paying full market price would, even in a case that has no bearing on land reform or the transformation of land rights or greater access to land rights. (VAN DER WALT, A. J. *The State’s Duty to pay ‘just and equitable’ compensation for expropriation: reflections on the Du Toit Case*. Página 771 e 772)

other jurisdictions, many of them also allow other factors to play a significant role.¹⁶³

É a busca destes outros fatores determinantes que passamos a analisar. Em especial a partir do art. 186, II e III da Constituição Federal, que indica a necessidade de um fator ambiental e um fator sócio-trabalhista no cumprimento da função social da propriedade rural e, portanto, inexorável à própria existência e proteção do direito. Indenizar uma propriedade que descumpra a legislação trabalhista ou ambiental por preço de mercado seria ignorar a conduta do proprietário, desnaturando a essência da desapropriação-sanção:

Ela (a desapropriação-sanção) constitui, na verdade, a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, 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. 5º, XXIV, quanto no art. 182, § 3º, 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 absurdo.¹⁶⁴

A busca de um “valor justo” que, mais que critérios econômicos, reflita critérios constitucionais, ou seja, econômicos sim, mas também ambientais e trabalhistas,

¹⁶³ VAN DER WALT, A. J. *The State's Duty to pay 'just and equitable' compensation for expropriation: reflections on the Du Toit Case*. Página 767.

¹⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Página 145.

especialmente, é uma resultante mais adequada a um Estado Democrático de Direito que tem na dignidade da pessoa humana seu centro.

2. Direito a um meio-ambiente sustentável e passivo ambiental

O primeiro dos critérios não-econômicos que tentaremos inserir no cálculo da indenização na desapropriação para fins de reforma agrária é o critério ambiental. Como já afirmado por Polanyi anteriormente, terra é outro nome para natureza. A preservação ambiental, aspecto absoluto na garantia da dignidade humana desta e das próximas gerações, previsto constitucionalmente como um direito fundamental a um meio-ambiente sustentável (art. 225)¹⁶⁵ tem aspectos rurais ineludíveis.

A legislação agro-ambiental tem, inclusive, um avanço considerável no ordenamento nacional (mesmo com sua institucionalização e conseqüente aplicação ainda ineficaz), em especial na repressão a desrespeitos ambientais específicos e na proteção florestal conseguida pela garantia da reserva legal em toda propriedade rural e proteção permanente de áreas imprescindíveis ao equilíbrio ambiental de nossos biomas

¹⁶⁵ A proteção constitucional ao meio-ambiente é, na verdade, a busca de proteção do ser humano em sua dignidade humana, por isso o artigo se refere a um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este essencial a sadia qualidade de vida, aspecto essencial da dignidade humana e direito fundamental previsto no art. 5º, caput (direito à vida) e no art. 6º (direito à saúde). A discussão do direito ambiental constitucional é, assim uma discussão indissociável de direitos e garantias fundamentais: “O homem vive da natureza – ou seja, a natureza é seu corpo – e ele deve manter um diálogo contínuo com ela se não quiser morrer. Dizer que a vida física e mental do homem está ligada à natureza significa simplesmente que a natureza está ligada a si mesma, pois o homem é parte da natureza” (MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret. 2007)

(APPs). Ambas com previsão no Código Florestal (Lei 4.771/65, art. 2º – áreas de proteção permanente¹⁶⁶ – e art. 16 – reserva legal¹⁶⁷):

De acordo com o Código Florestal, as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, ‘exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente o Código Florestal estabelecem’ (artigo 1º). O desrespeito às normas relativas à utilização e à exploração das florestas é considerado ‘uso nocivo da propriedade’ (artigo 1º, parágrafo único). O Código Florestal prevê duas modalidades de áreas de preservação permanente (APP): aquelas estabelecidas pela própria lei (*ope legis*), elencadas no art. 2º, e aquelas cuja criação depende de atos do poder público, elencadas no art. 3º, e as reservas legais, que são percentuais mínimos estabelecidos sobre as propriedades.¹⁶⁸

Com inúmeras quantidades de infrações e crimes ambientais possíveis no meio rural, tentaremos limitar nosso foco às citadas garantias a cobertura florestal nas propriedades rurais, por três razões.

¹⁶⁶ Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal (...); b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais e artificiais; c) nas nascentes (...); d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas (...); e) nas restingas, como fixadoras de dunas u estabilizadores de mangues; f) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas (...); h) em altitude superior a 1.800 metros, qualquer que seja a vegetação.

¹⁶⁷ Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvada as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo: I – 80%, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal; II – 35%, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia legal, sendo no mínimo 20% na propriedade e 15% na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo; III – 20%, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e IV – 20%, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

¹⁶⁸ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005. Página 87 e 88.

Primeiro, e principalmente, pela grande repercussão coletiva de tais precauções (incidindo sobre ‘bens de interesse comum a todos os habitantes do país’¹⁶⁹), na preservação de rios, nascentes e lagos contra a erosão do solo e conseqüente assoreamento dos cursos de água (no caso das áreas de preservação permanente) e na proteção da biodiversidade (fluxo gênico da flora e da fauna) e, ainda, na regulação do clima local e global (manutenção de carbono no combate ao aquecimento global).

Segundo, pela grande incidência de crimes florestais¹⁷⁰ no meio rural, sendo recorrentes descumprimentos ao art. 186, II da CF/88, configurando “uso nocivo da propriedade”¹⁷¹. E, por último, por terem uma possibilidade relativamente simples de quantificação econômica dos danos causados a partir do cálculo do passivo ambiental (referência ao custo de recuperação das áreas ilegalmente degradadas no passado).

Já existem cálculos de passivos ambientais efetivados por diversos órgãos da administração pública, especialmente o Incra, que antes acabava assumindo tal passivo

¹⁶⁹ “O Código Florestal antecipou-se à noção de interesse difuso, e foi precursor da Constituição Federal quando conceituou meio ambiente como bem de uso comum do povo. Todos temos interesse nas florestas de propriedade privada e nas florestas de propriedade pública. A existência das florestas não passa à margem do Direito e nem se circunscreve aos interesses de seus proprietários diretos.” MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 720.

¹⁷⁰ São vários os tipos penais que criminalizam condutas relacionadas à cobertura florestal nacional. Em especial, na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), os artigos 38, 39, 44 e 48 relacionam-se a desrespeitos às áreas de preservação permanente e o artigo 50 à reserva legal. Além, existem ainda inúmeras infrações administrativas (Decreto 3.170/99), que podem ser resumidas em multas e apreensão dos produtos, subprodutos e equipamentos utilizados na infração. Acerca da incidência criminal mais acentuada desses tipos, utilizamos os dados de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (51% das incidências criminais ambientais são referentes a destruição florestal, e 15% referentes a impedimentos a regeneração natural), que podem ser encontrados em MADEIRA FILHO, Wilson et alli. (org.). *Laudo multidisciplinar em conflito sócio-ambiental*. Série Pesquisas nº 2. Niterói: PPGSD-UFF, 2007. Página 213 e ss.

¹⁷¹ A destruição ou o perecimento das mesmas podem configurar um atentado à função social e ambiental da propriedade, através de seu uso nocivo. O ser humano, por mais inteligente e mais criativo que seja, não pode viver sem as outras espécies vegetais e animais. Conscientes estamos de que sem florestas não haverá água, não haverá fertilidade do solo; a fauna depende da floresta, e nós – seres humanos – sem florestas não viveremos. As florestas fazem parte de ecossistemas, onde os elementos são interdependentes e integrados.” MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. Cit. Página 721.

para uma recuperação posterior sem discuti-lo com o expropriado e hoje já não está mais indenizando benfeitorias construídas em áreas de reserva legal ou de preservação permanente (nem mesmo culturas), tendo inclusive respaldo jurisprudencial para tal decisão¹⁷².

O grande avanço da autarquia responsável pela reforma agrária, entretanto, tem sido a coragem de descontar no valor das indenizações o passivo ambiental caracterizado pela necessidade de recomposição das áreas protegidas degradadas pelo expropriado, de altíssimo custo¹⁷³.

O cômputo do passivo ambiental é hoje praxe na administração federal¹⁷⁴ e conta até mesmo com um acórdão do TCU em que indica a necessidade de descontar tal quantia da indenização na desapropriação-sanção, a fim de aproximá-la da noção de justiça:

¹⁷² PAVARINO, Marco Aurélio. Indenização de Imóveis Rurais e o Custo de Recuperação do Passivo Ambiental. In: *Revista de Direito Agrário*, n 18. Brasília, Incra, 2006. Página 204.

¹⁷³ “Qualquer que seja o projeto de recuperação de áreas protegidas por lei em estado de degradação, especialmente as de preservação permanente, provavelmente haverá a necessidade de plantio de espécies nativas, cujas mudas não estão facilmente disponíveis no mercado. Haverá a necessidade, na maioria dos casos, de construção de viveiros florestais, o que apesar de representar fator bastante positivo no aspecto de conscientização e educação ambiental da comunidade de um assentamento, representa também necessidade de recursos financeiros e condução técnica adequada. (...) O assessoramento técnico adequado constitui-se em outro ponto fundamental para o sucesso de um plano de recuperação de áreas degradadas. As especificidades de atividades na implantação e acompanhamento do plano dependem diretamente de uma assessoria técnica qualificada e constante” (PAVARINO, Marco Aurélio. Op. Cit. Página 206 e 207)

¹⁷⁴ “... o Incra entende ser cabível compensar na indenização os custos decorrentes da recuperação da APP e RL. Assim, nos procedimentos administrativos de avaliação de imóveis rurais para fins de obtenção, tem-se procedido a dedução dos valores correspondentes ao custo de materiais e serviços para recuperação de áreas degradadas ocasionadas pela utilização de técnicas inadequadas de manejo e conservação dos solos; os custos de recuperação das Áreas de Preservação Permanente que foram total ou parcialmente suprimidas sem a devida autorização do órgão ambiental competente; e, os custos de recuperação das Áreas de Reserva Legal que estejam com sua vegetação total ou parcialmente suprimida.” LIMA, Eliani Maciel. Licenciamento e Recomposição Ambiental em Projetos de Reforma Agrária. In: *Revista de Direito Agrário*, número 19. Brasília: Incra, 2007. Página 169

(...) no sentido de determinar à Superintendência Regional do Incra no Mato Grosso, SR-13 que (...) dê continuidade aos processos de desapropriação somente naqueles casos em que foi efetuada a devida avaliação do passivo ambiental das terras a serem desapropriadas com a conseqüente consideração de seu valor no cômputo do montante da justa indenização.¹⁷⁵

Entretanto, a degradação do solo e do ecossistema (profundamente interligada com a proteção de áreas de mananciais e preservação de uma mínima quantidade de floresta e de conseqüente fauna), ainda não aparece em nenhum cálculo de “justa indenização” por parte da administração pública. Falta avançar nesse aspecto do cumprimento constitucional do direito a um meio-ambiente sustentável a ponto de descontar no valor das indenizações também o desgaste do solo e do ecossistema, por vezes irreparáveis, aspectos que influenciam até mesmo economicamente o valor da terra nua.

3. Cálculos dos prejuízos sócio-econômicos da super-exploração dos trabalhadores: o dano moral coletivo.

Além da função socioambiental já debatida, a propriedade rural no ordenamento brasileiro tem outra característica importantíssima que pretendemos tratar neste presente estudo: a função sócio-trabalhista da propriedade privada.

Como já afirmado anteriormente, o direito ao trabalho (direito social fundamental, do qual se depreende a possibilidade estrutural da efetividade da dignidade

¹⁷⁵ Acórdão 1.362/2004, TCU (Publicado no DOU de 16/09/04).

humana) tem uma ligação umbilical com a propriedade rural. Fazê-la produzir, cumprindo sua função social, é a única forma que nossa sociedade capitalista contemporânea tem de garantir direitos para milhões de trabalhadores rurais não-proprietários, especialmente em uma sociedade em que o trabalho subordinado está hiper-disseminado.

Já foi explicitado (ver capítulo 2) que a propriedade tem uma relação, desde o seu surgimento na modernidade, com o trabalho. Mesmo teóricos fundamentais ao Estado Liberal, como John Locke, asseguravam tal relação intrínseca. O desenvolvimento da teoria da função social da propriedade acabou crescendo, no século XX, concepções mais contemporâneas de como a propriedade assegurava direitos, em especial o direito ao trabalho.

Na verdade, tal concepção se insere no mundo capitalista em seu pleno desenvolvimento no pós-guerra, em que a privatização total da propriedade acabou gerando que esta, como um poder privado, era a única possibilidade de assegurar certos direitos. A propriedade, de liberdade dita por Locke e por outros clássicos, se transformara em propriedade-poder, ou seja, em possibilidade de intervir na liberdade de terceiros que, não-proprietários, tinham como única forma de efetivar seus direitos ao trabalho e a uma vida digna (a ser assegurada com a garantia de todos os direitos trabalhistas) a venda da força de trabalho para os proprietários privados:

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.¹⁷⁶

Assim, o direito de propriedade deve permitir a efetivação não somente de direitos ambientais, bens de interesse comum de todos, mas também direitos fundamentais individuais, daqueles que, sem propriedade e, logo, sem meios de produção, devem vender sua força de trabalho em propriedades (meios de produção) alheias.

Entretanto, uma série de direitos fundamentais cerca essa venda da força de trabalho. O ser humano, indissociável de seu trabalho, não pode também ser reduzido a mera mercadoria; sua força de trabalho somente pode ser comercializada, com a garantia da permanência de uma condição humana ao trabalhador, assegurada pela preservação de seus direitos trabalhistas:

Com efeito, só se poderia permitir que o mercado de trabalho conservasse a sua função principal desde que os salários e as condições de trabalho, os padrões e as regulamentações pudessem resguardar o caráter humano da suposta mercadoria, o trabalho.¹⁷⁷

Para isso que o art. 186 da Constituição Federal indica a necessidade do proprietário rural produzir racionalmente (para que existam postos de trabalho mínimos) e observar a legislação trabalhista (para que o art. 7º da Constituição – direitos dos trabalhadores urbanos e rurais – tenha eficácia). Porque, do contrário, o proprietário

¹⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (org.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Página 141.

¹⁷⁷ POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. Página 213

estaria não simplesmente deliberando sobre seus interesses, mas sobre interesses de terceiros que revertem em direitos fundamentais, como é exemplo o direito ao trabalho digno, justamente remunerado e sanitariamente adequado.

Não há como separar o trabalho da própria existência do ser humano. O uso da força de trabalho, para o trabalhador é manifestação de sua própria vida¹⁷⁸. Sujeitar o trabalho às leis de mercado, separando-o de outras áreas da vida, significou aniquilar “todas as formas orgânicas da existência”.

O direito do trabalho em seu contínuo fortalecimento histórico foi a oportunidade de manter a sociedade ainda minimamente coesa frente à inerente exploração do trabalho assalariado como padrão de crescimento econômico. As limitações ao poder do empregador, na garantia de mínimas condições de reprodução social ao assalariado, formaram um direito com normas tutelares e protetivas de natureza pública¹⁷⁹.

Normas públicas estas que, em casos gravosos, se configuraram como tipos penais, inclusive. É o caso clássico citado ao longo de todo este trabalho do art. 149 do Código Penal, que sanciona com multa e reclusão de dois a oito anos, aquele que reduz alguém a condição análoga à de escravo, submetendo-o a trabalho forçado ou jornada exaustiva.

¹⁷⁸ MÉSZÁROS, István. *A Teoria da Alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006. Página 113.

¹⁷⁹ GENRO, Tarso. Natureza Jurídica do Direito do Trabalho. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (et alli.) (org.). *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Série O Direito Achado na Rua, volume 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. Página 85.

Entretanto, o crime de trabalho escravo não é o único ponto do direito do trabalho que tem conseqüências criminais por sua gravidade, o Código Penal Brasileiro tem um título dedicado a tais crimes, os crimes contra a organização do trabalho. Crimes que ferem frontalmente a dignidade do trabalhador, tanto no aspecto individual como de forma coletiva, como constringer alguém a trabalhar em dias de folga ou de férias (art. 197), ou constringer alguém a celebrar contrato de trabalho, como no caso do arrendatário rural forçado a se tornar trabalhador assalariado (art. 198). Ou impedir trabalhadores de associarem-se em sindicatos ou movimentos (art. 199) ou ainda, fraudar o recebimento de direito assegurado na legislação trabalhista (art. 203 e art. 204). Ainda ressaltamos a conduta, com previsão constitucional, mas, constringedoramente, ainda sem previsão legislativa infraconstitucional, prevista no art. 7º, X da CF/88: “proteção ao salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

Ou seja, o empregador rural que fraudar o recebimento de direitos trabalhistas de seus empregados, que retém dolosamente o salário dos mesmos por mais de cinco dias úteis¹⁸⁰, que os impede de participar de movimentos e sindicatos, etc., está cometendo ilícitos públicos que ferem não somente os direitos individuais daquele trabalhador, mas toda a organização social e constitucional do trabalho com base na dignidade humana. Mesmo sem o aspecto tão gravoso como o existente no crime de trabalho escravo, não há como comparar tais condutas descritas como meras infrações trabalhistas que são reparadas com meros ressarcimentos ou multas administrativas.

¹⁸⁰ Prazo máximo de pagamento salarial estipulado no art. 459, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho.

No tocante a indenização na desapropriação-sanção, meras infrações trabalhistas que não configurarem as condutas descritas acima na esfera penal, poderiam, inclusive, ensejar meramente um preço justo de indenização igual ou aproximado ao preço de mercado da imóvel. Entretanto, se o imóvel constitui-se como uma propriedade com uma produtividade nociva socialmente, é, como já reiteradamente afirmado, injusto que o preço pago pela indenização seja equivalente ao preço de mercado.

Não há tampouco como auferir tal preço de forma fidedigna. Pois a correta e jurídica relação entre capital e trabalho em uma grande propriedade rural, com o cumprimento de toda a legislação trabalhista com todos os seus empregados, gera inclusive ganhos econômicos para a região em que tal imóvel se localiza. Agrega-se uma valorização à região circundante e ao próprio valor venal do imóvel, em que a geração, ao longo do tempo, de mercado consumidor (a partir também do poder de compra dos trabalhadores corretamente remunerados) acaba atraindo investimentos públicos e privados, inclusive internacionais. Comparar uma propriedade desta forma com outra que tenha, reiteradamente, trabalho escravo ou crimes contra a organização do trabalho, mesmo economicamente, não retrata com justiça a realidade.

Existe um déficit social acumulado (com respaldo inclusive econômico) nas propriedades que descumprem de forma gravosa a legislação trabalhista, atingindo a dignidade humana objetiva, que deve ser descontado da indenização a ser paga na desapropriação-sanção que o Estado aplicará àquele mau proprietário.

A dúvida que resta, entretanto, é de que forma iremos calcular tal déficit. No caso do descumprimento da função ambiental (art. 186, II da CF), como já

descrevemos, existem construções técnicas já aplicadas pela autarquia federal responsável pela reforma agrária (o desconto do passivo ambiental). Entretanto, para a questão trabalhista (art. 186, III) tal caminho jurídico ainda está para ser desbravado.

Sem maiores pretensões, tentaremos aqui formular possibilidades doutrinárias que, salientamos desde já, devem ser aprofundadas. Todavia, acreditamos ser tarefa da academia produzir hipoteticamente soluções que, oriundas da realidade e de seus anseios, podem contribuir nas construções hermenêuticas e positavações do futuro, por isso entendemos a tentativa não somente como válida, mas também obrigatória.

Como já afirmamos, tais condutas não equivalem a meras infrações trabalhistas mas tem repercussões gerais claras que as inserem no ordenamento como normas de natureza penal, inclusive. Tais repercussões, coletivas, acabaram por gerar uma construção jurisprudencial¹⁸¹ muito interessante, mais recorrente nas condenações por trabalho escravo: a indenização do dano moral coletivo.

O instituto, já amplamente conhecido em espaços de defesa dos direitos difusos e coletivos, como o Ministério Público, inaugura a concepção de que não somente a integridade psicofísica e os direitos da personalidade do individuo podem ser atingidos a ponto de gerar um dano moral, mas também a intranqüilidade coletiva perante agressões a interesses transindividuais enseja a necessidade de reparação. Gera-se com tais condutas na coletividade um sentimento angustiante de déficit democrático.

¹⁸¹ DANO MORAL COLETIVO – POSSIBILIDADE – Uma vez configurado que a ré violou direito transindividual de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade. TRT 8ª. Região, Rel. Luis José de Jesus Ribeiro, julgado em 17/12/2002.

A fundamentação da necessidade de uma condenação em danos morais coletivos traz a idéia de que, além daqueles trabalhadores específicos, o desrespeito agressivo a normas protetivas da higiene, segurança e saúde do trabalho, põe em risco, coletivamente, toda a sociedade (ofendendo seus valores fundamentais, constitucionalmente positivados, inclusive¹⁸²), além de todos os trabalhadores, indefinidamente considerados:

Não somente a dor psíquica pode gerar danos morais; devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. (...) Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais afeta-se a boa imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranqüilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera.¹⁸³

É claro que, como no dano moral individual, na busca do dano moral coletivo não existem regras fixas ou tabelamentos: assim como a dor individual não pode ser mensurada milimetricamente, tampouco a coletiva. Temos a incerteza jurídica já solidificada de que a aferição de tal valor é ato exclusivo do magistrado, mesmo que a partir do contraditório e do sopesamento das provas.

¹⁸² “A idéia e o reconhecimento do dano moral coletivo (lato sensu), bem como a necessidade de sua reparação, constituem mais uma evolução nos contínuos desdobramentos do sistema da responsabilidade civil, significando a ampliação do dano extrapatrimonial para um conceito não restrito ao mero sofrimento ou à dor pessoal, porém extensivo a toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade dos seus membros”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo, LTr, 2003. Página 136.

¹⁸³ RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. In: *Revista de Direito do Consumidor* nº 25. São Paulo, 1998, Editora RT.

Entretanto, como parâmetro para mensurar o descumprimento da função sócio-trabalhista da propriedade rural (nosso objetivo), são claros os avanços, quais sejam: critérios valorativos minimamente claros que vinculam a decisão do magistrado¹⁸⁴ (nos quais mesmo com variações doutrinárias, sempre gravitam em torno da gravidade do dano coletivo e condições subjetivas do ofensor¹⁸⁵, a fim de gerar desestímulo da conduta), e a possibilidade de encontrar montantes medianos a partir do resgate jurisprudencial de episódios semelhantes¹⁸⁶, que podem servir para interpretações analógicas.

E, ainda, a possibilidade de utilizar valores exatos quando, em um imóvel objeto de desapropriação por crimes trabalhistas, já tivermos condenações por dano moral coletivo transitadas em julgado na esfera da justiça do trabalho, o que sói acontecer no

¹⁸⁴ “A valoração do dano e a indenização devem ficar ao alvedrio do magistrado no curso da ação civil pública, ou coletiva, que, no momento oportuno, deverá levar em consideração a espécie de ato lesivo praticado, a repercussão e as conseqüências sociais da lesão para a coletividade e as condições econômicas do infrator” GOSDAI, Thereza Cristina. Dano Moral Coletivo Trabalhista e o Novo Código Civil. In: *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*, 1ª. Edição. São Paulo: LTr, 2003, Página 219.

¹⁸⁵ O ofensor, proprietário, constitui sempre uma empresa, mesmo que individual, que visa com a superexploração do trabalho o lucro imediato e, assim, considerar sua situação patrimonial é a única possibilidade de gerar efeitos à qualquer sanção que deve conseguir inverter a planilha de custos/benefícios do proprietário, a intervenção mais gravosa (por vezes defendida até mesmo na esfera penal) “... é imprescindível para evitar um raciocínio de ‘custo-benefício’ segundo o qual compensaria escravizar trabalhadores, já que tal conduta poderia implicar, no máximo, sanções econômicas. Tais valores, uma vez pagos, seriam simplesmente repassados para o elo seguinte da cadeia produtiva, sendo assim diluídos e absorvidos, como mais um ‘custo da produção’. Daí porque unicamente com a atuação conjunta dos vários sistemas de responsabilização (civil, administrativo e penal) teremos o adequado desempenho, pela ordem jurídica, das funções repressiva e preventiva em relação aos atos violadores dos direitos fundamentais”. COSTA, Flávio Dino de Castro e. O Combate ao Trabalho Forçado no Brasil: Aspectos Jurídicos. In: *Cadernos RENAP*, Série A Proteção Jurídica do Povo da Terra. n.º. 5. Goiânia/São Paulo: CPT/ ANCA, Dezembro de 2004. Página 49

¹⁸⁶ Mesmo com variações altíssimas nas condenações, de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) até R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), (ou mais que isso, como o exemplo citado no início do capítulo, que não gerou precedente tendo em vista o acordo realizado com o Ministério Público) percebe-se que a tendência da jurisprudência trabalhista tem sido de aumentar o valor das mesmas nos casos de trabalho escravo, tendo em vista que a primeira condenação mínima data de 2002 (Processo 0233/2002, Vara do Trabalho de Parauapebas – PA, julgado pelo Juiz Jorge Antonio Ramos Vieira em 29 de novembro de 2002) e a segunda condenação, histórica, data de 2006 (Processo 00177.2005.061.23.00-3, Vara do Trabalho de São Félix do Araguaia – MT, julgado pelo Juiz João Humberto Cesário em 18 de dezembro de 2006).

tocante ao crime de trabalho escravo, tendo em vista que na fiscalização dos grupos móveis (primeiros a auferir a ilegalidade) estão sempre presentes o representantes do Ministério Público do Trabalho que, imediatamente tem a obrigação de propor ações que peçam a condenação do empregador nos danos morais coletivos.

4. Um Caminho Hermenêutico: Do Enriquecimento Sem Causa aos Lucros Cessantes Sociais

Detalhando possibilidades de cálculo de indenizações mais justas em caso de descumprimento das funções sociais ambientais e trabalhistas da propriedade rural, queremos ainda estipular um raciocínio jurídico que acomode os conceitos acima apresentados.

Recordamos o que já foi amplamente salientado que a indenização é uma garantia do proprietário para que este, após a intervenção estatal, possa retornar ao *status quo ante*, mantendo o seu ativo patrimonial intacto. Caso o proprietário receba algo aquém de seu ativo patrimonial, o Estado estará cometendo um abuso que poderá ser requerido pelo privado em ação judicial apropriada. Caso o proprietário receba além de seu ativo patrimonial, temos um enriquecimento do ente privado sem nenhuma causa que o justifique, ou seja, um enriquecimento sem causa, ou enriquecimento ilícito, vedado pelo direito, tendo em vista inclusive a nova posituação no artigo 884¹⁸⁷ do Código Civil:

¹⁸⁷ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

A indenização é juridicamente troca patrimonial, isto é, a substituição de um patrimônio danificado por outro de igual magnitude de valor. Economicamente é troca de ativos. Se a troca se dá por magnitudes diferentes, alguém perde enquanto outro ganha, é uma troca injusta, daí porque todas as leis que tratam de desapropriação se refere ao preço (equivalência monetária do valor) justo. Se for injusto o preço, **para qualquer lado**, haverá enriquecimento sem causa, vedado pelo direito.¹⁸⁸

Ou seja, é enriquecimento ilícito, no ordenamento brasileiro, qualquer ganho material que aconteça em prejuízo de outrem (nem que seja o Estado, que é simplesmente uma organização do erário, que pertence à coletividade), sem origem jurídica válida¹⁸⁹. A ninguém é dado locupletar-se com danos aos outros¹⁹⁰, nem mesmo ao erário.

No caso, a indenização como troca patrimonial desbalanceada que, no lugar de restaurar a situação antiga do expropriado, o enriquece, não tem causa jurídica válida e, portanto é ilícita e defesa a todo cidadão e, obviamente, também ao Estado: “da contrariedade objetiva a direito nasce a pretensão ao restabelecimento da situação conforme o direito”¹⁹¹.

¹⁸⁸ MARÉS, Carlos Frederico. Desapropriação Sanção por Descumprimento da Função Social? In: *Revista de Direito Agrário*, 18. Brasília: Incra, 2006. Página 75.

¹⁸⁹ “Trata-se de instituto que se dá sem origem jurídica, em prejuízo de outrem. O que separa o enriquecimento juridicamente permitido (fundado em fato jurídico lícito) do enriquecimento sem causa é a licitude.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dos Contratos em Geral*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Código Civil Anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004. Página 591.

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo XXII*. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves em conformidade com o Código Civil de 2002. Campinas/SP: Bookseller Editora, 2003. Páginas 445.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado. Tomo II*. Parte Geral. Bens. Fatos Jurídicos. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas/SP: Bookseller Editora, 2000. Página 403.

Por fim, ao longo deste capítulo tentamos sistematizar que no caso de descumprimentos da função social em seus aspectos ambientais e trabalhistas, existe uma diminuição no valor social do imóvel rural que deve ter reflexos econômicos. Logo, qualquer indenização que o Estado realize em um imóvel que tenha um passivo ambiental a ser restaurado ou infrações trabalhistas que repercutam em danos coletivos, terá que ser feita, necessariamente abaixo do preço de mercado. Da mesma forma que configura uma injustiça flagrante o Estado remunerar abaixo do preço de mercado ao proprietário que em nada descumpriu sua função social, também configura uma igual injustiça remunerar a preço de mercado o proprietário que desvalorizou socialmente a terra que tinha a obrigação de cuidar.

Para restaurar o *status quo ante*, medida de impreterível justiça, o Estado deverá investir recursos na recuperação ambiental da área degradada (no caso do descumprimento ambiental) ou na recuperação social da região em que o imóvel se encontra (no caso de descumprimento trabalhista). Tais recursos devem, então, necessariamente, ser descontados do valor da indenização, e investidos na recuperação ambiental ou em projetos econômicos e sociais de fomento na região do imóvel.

O soberano do Estado, a coletividade, não perdeu econômica e socialmente simplesmente pelos anos que o proprietário passou no domínio da terra devastando-a ilegalmente ou mantendo uma superexploração dos trabalhadores. Perderá também nos anos seguintes, recuperando o que o proprietário, por anos, destruiu.

A coletividade terá que persistir investindo naquela terra para recuperá-la: deixará de auferir toda a possibilidade daquele imóvel até que toda a recuperação seja estabelecida.

Cabe aqui inclusive lembrar a diferença profunda entre o dano civil e o dano ambiental, de ordem coletiva. Enquanto o dano civil atinge um patrimônio individual e se traduz num valor monetário específico, o dano ambiental é incalculável, pois atinge o bem ambiental em si, em sua integridade. Por isso, a reparação ao dano civil se esgota na mera pagamento de valor correspondente enquanto o dano ambiental necessita de uma reparação que vá além, uma reparação que seja na verdade uma restauração, “isto é, uma ação que elimine os danos causados e reponha o bem na situação exata em que estava antes”¹⁹², muitas vezes ultrapassando inclusive o valor do próprio bem, já que o limite do dano civil reparatório não vale para o dano ambiental restauratório.

Existe uma figura oriunda do direito civil que analogicamente pode contemplar tal situação, incorporando-a para conseguir a manutenção da situação jurídica anterior e para evitar o enriquecimento sem causa. É o instituto dos lucros cessantes, que indica aquilo que razoavelmente o prejudicado deixou de ganhar, abrangendo, para além do estado presente, as conseqüências futuras do ato lesivo, afim de “compreender todo o necessário para recolocar a vítima na situação anterior ao evento danoso”¹⁹³. A busca de restauração e não somente de reparação, inerente ao dano ambiental, pode nos levar a incorporar o gasto da restauração no custo da desapropriação.

¹⁹² MARÉS, Carlos Frederico. O Dano Ambiental e sua Reparação. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: APERJ e Editora Lúmen Juris, 1999. Página 49 a 59.

¹⁹³ BARBOZA, Heloisa Helena. *Da Responsabilidade Civil*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) Código Civil Anotado. Porto Alegre: Síntese, 2004. Página 639.

Tal figura seria contabilizada como lucros cessantes, inserindo como vítima a coletividade (tendo em vista a repercussão difusa e coletiva dos danos), poderia ser analogicamente aplicada ao caso em questão como lucros cessantes sociais, na verificação dos ganhos (não meramente econômicos, mas econômico-ambientais ou econômico-sociais) que a sociedade terá que investir na restauração provocada pelo dano coletivo, tendo em vista o comportamento antijurídico do proprietário ora desapropriado.

O preço justo a ser pago ao proprietário deve ser, portanto, o preço de mercado descontados os lucros cessantes da coletividade em todos os âmbitos trabalhistas e ambientais, ou seja, descontados os lucros cessantes sociais, que serão necessários a restauração do *status quo ante*.

Enfim, o suficiente para que se retorne a situação anterior ao evento danoso (descumprimento da função social da propriedade). Retorno este que ocorrerá com o proprietário indenizado pelo valor do imóvel, mas não a exato preço de mercado, como se o mesmo não tivesse, com seu comportamento ilícito, desvalorizado social e ambientalmente a terra em que estava. Mas sim, excetuando as perdas e danos da sociedade: a quantia suficiente para que o Estado recupere aquilo que poderia ter a coletividade lucrado socialmente se a obrigação de cumprimento da função social fosse devidamente cumprida no espaço de tempo em que o proprietário ora desapropriado estava no domínio do imóvel. Seja essa quantia referente ao passivo ambiental, que deverá ser investido integralmente pelo Estado por anos, a fim de recuperar a degradação excessiva do solo e a cobertura florestal devastada, seja essa quantia

referente ao dano coletivo estipulado a partir dos prejuízos sociais da superexploração de trabalhadores, que deverá ser investido, por um igualmente longo período, no progresso econômico e social das forças produtivas da região onde se encontra o imóvel.

Conclusão

As tradições dialéticas do Direito para além do individualismo proprietário

Mas, talvez, esse seja o sentido transformador da tradição: abrir passagens no tempo, tirar a história do esquecimento e do oculto, recordar e manifestar fragmentos daquilo que um dia se perdeu, enunciar o ainda não realizado¹⁹⁴

O Direito, como forma de estruturação da convivência humana, como a “legítima organização da liberdade social”¹⁹⁵, sempre caminha ao lado da tradição. A experiência, mais que a técnica ou abstrações axiomáticas, é a grande fonte do direito¹⁹⁶. Este trabalho, jurídico, procurou então relembrar experiências, tradições. Agora, fiel ao legado crítico de Roberto Lyra Filho, entende que, não existe tradição, mas tradições, sempre dialéticas, se entrecruzando no cotidiano da história.

É verdade que não faltam elementos para confirmar que a tradição brasileira deve ser vista como a uma trajetória linear que, de forma macro, avalia que “nenhum pacto político foi feito neste País, desde a Independência, em 1822, até a recente Constituição, de 1988, que não fosse ampla concessão aos interesses dos grandes

¹⁹⁴ STARLING, Heloisa Maria Murgel. Onde só vento se semeava outrora: a tradição do republicanismo e a questão agrária no Brasil. In: PAULA, Delsy Gonçalves de, STARLING, Heloisa Maria Murgel e GUIMARÃES, Juarez Rocha (org.). *Sentimento de Reforma Agrária, Sentimento de República*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. Página 61.

¹⁹⁵ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1986. Página 86.

¹⁹⁶ A base na experiência, com adoção da lógica dialética, é inclusive a diferença com a filosofia grega que inaugura a “jurisprudencia” romana, o início do direito auto-consciente. CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005. Página 15.

proprietários”¹⁹⁷. Realmente não há inverdades na citação, que mostra uma história verídica. Mas não mostra a história toda.

Esquece que outras histórias sempre existiram. Esquece de resistências populares que, década após década, teimavam em permanecer. Esquece que, mesmo com o Quilombo dos Palmares destruído, mais de mil resistiram¹⁹⁸. Que a metrópole que não os tolerava não existe mais, que a escravidão que os abominava é passado, e eles persistem, sendo hoje detentores do direito ao título de propriedade de suas terras, por ordem constitucional (art. 68 da ADCT).

Esquece que, mesmo com as Ligas Camponesas brutalmente massacradas pela ditadura militar, em apenas trinta anos, participava da Constituinte Brasileira o movimento rural dos sem terra que já se organizava como um dos movimentos sociais mais fortes e numerosos do mundo.

E, este trabalho, juridicamente, se inicia a partir de um esquecimento. O País em que os grandes proprietários rurais parecem nunca derrotados, o País em que o latifúndio é a regra, é o mesmo País que, muitos anos antes da Constituição Mexicana (1917) ou da Constituição de Weimar (1919), rompeu o individualismo proprietário em pleno liberal século XIX e mitigou a propriedade privada. Mesmo sob o paradigma do Estado Liberal, existiu concretamente uma ruptura no discurso centralizador do individualismo proprietário de então, com a tese jurídica de que a tese da proteção constitucional da propriedade deveria sempre permitir nuances e interpretações frutuosas

¹⁹⁷ MARTINS, José de Souza. O Globo, 28 de outubro de 2007. Página 15, O País.

¹⁹⁸ Os dados da Fundação Cultural Palmares identificam, hoje, 1.200 comunidades quilombolas em todo o País. Ver SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Comunidades Quilombolas: Direito à Terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/MinC, 2002. Página 7.

do avançar histórico, ou nas palavras de Joaquim Nabuco, do avanço da consciência nacional. O Capítulo I procurou contar essa história.

História desse momento, quando o Direito, no conceito de Lyra Filho, por um momento, conseguiu mais força que o antidireito de específicas elites estabelecidas e, pela força da legitimidade, inclusive popular, se impôs.

É claro que não podemos esquecer toda a articulação política das elites, de toda a sua contribuição na queda do Império e da construção de suas relações espúrias com a República nascente para manutenção de privilégios.

Contudo, não caímos “(n)aquele ar suspiroso de família que distingue os italianos da minoria laica, que toda vez que vence percebe ter perdido”¹⁹⁹. Persistimos na atitude de mirar vitórias, na atitude, que é um dever do jurista, de lembrar aquele lampejo histórico, pois sabemos que esta é a via possível da tradição se transformar em precedente, pronto para ser utilizado em quaisquer momentos em que riscos de retrocessos jurídicos são eminentes.

Relembramos então no primeiro capítulo a tradição, com força de história que se faz presente, da revolta popular juridicamente criativa e da massa de escravos incontrolável que deram eco a um pensamento jurídico que, abominado pelos grandes proprietários, acabou tendo que ser suportado por eles. Joaquim Nabuco conseguiu, a partir de uma comoção social urbana e rural explicada como movimento abolicionista, relativizar a propriedade privada em uma de suas garantias mais estratégicas

¹⁹⁹ CALVINO, Ítalo. *O dia de um escrutinador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Página 14.

(desapropriação indenizada), fazendo sobre ela prevalecer a consciência nacional que já avançava para entender a escravidão como um crime e a dignidade humana como muito mais indispensável que a proteção proprietária abstrata de então.

O resgate desse fragmento de racionalidade histórica, marcado pela influência de grandes juristas, gera, como já dito, precedentes. A história brasileira não é feita meramente de formalismos contínuos, mas também de aberturas a movimentos históricos incontestáveis.

A partir desse resgate, passamos a resgatar outras formas ao longo de todo século XX, com movimentos de idas e vindas, que marcaram o contexto rural brasileiro. No capítulo II, tentamos então demonstrar esta trajetória e tradição que existiu. Novamente, não esquecemos os inúmeros recuos forçados, como a de uma ditadura militar que calou os principais movimentos rurais brasileiros (em especial as Ligas Camponesas) e transformou a reforma agrária e a funcionalização da propriedade em promessa que não avançaria para além da letra ineficaz do Estatuto da Terra de 1964. Ou recuos como a presença de um grupo agressivo e organizado que, durante a Constituinte, tentou de todas as formas manobrar²⁰⁰ sobre a indubitável força popular das emendas em que a reforma da terra era reivindicada.

Mesmo assim, construímos outro importante precedente: um texto, vértice do direito positivo, que, com a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa, livre e solidária como centro, com uma ordenação jurídica da economia que tem como princípio a função social da propriedade e com a reforma agrária elevada,

²⁰⁰ Todas as manobras estão descritas com minúcias em SILVA, José Gomes da. *O Buraco Negro: a reforma agrária na Constituinte*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

em nuances, ao patamar constitucional, não deixou dúvidas de que a terra, no ordenamento jurídico nacional, é mais que um interesse econômico privado.

Ou seja, construímos um texto que faz lembrança com nossa melhor tradição, de que a dignidade humana e o avanço da consciência nacional são muito mais importantes para o País do que a proteção proprietária a qualquer custo.

Custo esse que pode ser muito alto, chegando a sacrificar a organização conquistada da liberdade social. Custo este que, de tão alto, é flagrantemente inconstitucional. Inconstitucional porque o texto de 1988 não é só um texto: é projeto e processo.

Projeto de democracia, de vida em comum²⁰¹, em que a igualdade de oportunidades gera uma justa distribuição de direitos e, nesses direitos, não se exclui a justa distribuição do direito de propriedade.

Processo de comoção popular, de um poder constituinte que persiste existindo e exigindo interpretações que não somente vedem o retrocesso, mas que apliquem no cotidiano, da forma cada vez mais eficaz, as garantias e objetivos constitucionais.

No Capítulo III, então, tentamos refletir juridicamente sobre este custo de proteger a propriedade de forma já obsoleta. Especialmente em relação ao custo de proteger o direito de propriedade daquele que devasta o meio-ambiente e daquele que superexplora o trabalhador. Refletimos sobre como o Estado Democrático de Direito

²⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil.

não pode se limitar em simplesmente intervir na esfera privada ressarcindo o privado como se este nada tivesse realizado contra a ordem estabelecida: essa proposta remonta ao movimento indenizista que passou para a poeira da história ainda no século XIX. Deve se incluir um aspecto inerente ao dano coletivo (especialmente o dano ambiental) em que, diferentemente do dano civil, a busca não é por mera reparação patrimonial, mas sim pela restauração do bem atingido.

Em resumo, o Brasil, simplesmente para não ferir de leve a propriedade de alguns indivíduos, muitos deles estrangeiros, não pode assentir em ser responsável por crimes. Indenizar, seja em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, aquele que comete ilícitos contra a dignidade humana (em seus aspectos trabalhistas ou ambientais), a preço de mercado, é tornar o Estado parceiro da iniquidade e financiador de seu potencial econômico.

O Direito, então, pode seguir a tradição de persistir protegendo os que afrontam a consciência nacional de forma tão cabal? Pode insistir que as divisas angariadas pelo agronegócio brasileiro são mais importantes para o país que a vida e a dignidade dos trabalhadores rurais ou que a preservação do meio-ambiente e da biodiversidade nacional?

Caso, cunicamente, a resposta for sim, terá que seguir tal caminho sabendo que existem outras possibilidades juridicamente válidas. Sabendo que existe farta argumentação jurídica e senso de justiça que, claramente, transformam tal possibilidade em inconstitucional, antijurídica e criminosa.

O Direito não pode ser utilizado como antidireito²⁰². Não pode simplesmente ser utilizado como falácia de que a interpretação estrita da lei, mesmo que criminosa, é a única possível. O Direito, histórico e dialético, mostra que, continuarmos sendo o país da escravidão, do latifúndio, dos desmandos e dos acordos com os grandes proprietários rurais, que, no século XXI, tem trabalho escravo e não consegue diminuir a devastação de sua riqueza florestal mais pujante, é, em primeiro lugar, uma escolha entre várias, e em segundo lugar, uma escolha que afronta pilares do Direito, desde suas interpretações mais sistemáticas do vértice constitucional até os seus mais insígnies e tradicionais representantes, como demonstramos no pensamento de Joaquim Nabuco.

A esperança é de que percebendo outras tradições, podemos optar por outras escolhas. A escolha apresentada, por exemplo, de raciocinarmos juridicamente entendendo os movimentos da sociedade que interpretam, no dia-a-dia, os conceitos de direito e de constitucionalidade. Movimentos que sabem reconhecer os lucros cessantes do latifúndio social e ambientalmente improdutivo. Movimentos que preenchem de significado a categoria da dignidade humana.

Temos escolhas, como juristas e como País, de buscarmos que o desmatamento e o trabalho escravo não enriqueçam sem causa e que essas práticas acabem por ficar sem terra para se reproduzir e sem títulos da dívida pública para se eternizarem.

Oxalá escolhamos a decisão jurídica que os faça passar também para a poeira da história, como outrora passaram os escravocratas do Império. Oxalá o futuro nos reserve que os sem terra de hoje possam, amanhã, ser os agricultores familiares que contribuirão

²⁰² “A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido” LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*. Página 8.

para o desenvolvimento, econômico, mas também social, ambiental e humano do Brasil que o texto constitucional e todos nós queremos.

Para isso a luta, tal qual ensinou Nabuco, é árdua e a tarefa deve ser replicada a cada dia, a cada discurso, a cada audiência, a cada julgado, a cada petição. Caso esse estudo seja uma humilde contribuição neste sentido, já cumpriu sua tarefa.

Referências Bibliográficas

ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à Terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARRUDA, Hélio Mário. *Oliveira Vianna e a Legislação do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2007.

AZEVEDO, Elciene. Para Além dos Tribunais: Advogados e Escravos no Movimento Abolicionista em São Paulo. Páginas 199-237. In: LARA, Silvia Hunold e MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (org.) *Direitos e Justiça no Brasil*. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2006:

BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta: 1996

BEZOS, Clovis. *Aspectos Jurídicos da Indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1984.

BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos de Direito Agrário*. 11ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

BUENO, Eduardo. *Brasil: uma História*. 2ª. Edição. São Paulo: Ática, 2003.

CASTILHO, Manoel Lauro Wolkmer de. O Justo Preço. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch (et. al.) (org.). *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. Página 59.

CASTRO, Marcus Faro de. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma Abordagem Pós-Neo-Clássica. Brasília: *Revista do Site do Palácio do Planalto*, 2007 (<http://www.planalto.gov.br>).

_____. Julgar a Economia. In: *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, volume 68, nº. 1, jan/mar 2000. Página 192.

_____. *Política e Relações Internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade. Páginas 130 a 147. In: STROZAKE, Juvelino (org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. O Combate ao Trabalho Forçado no Brasil: Aspectos Jurídicos. In: *Cadernos RENAP*, Série A Proteção Jurídica do Povo da Terra. nº. 5. Goiânia/São Paulo: CPT/ ANCA, Dezembro de 2004.

DEL PRIORE, Mary. *O livro de ouro da História do Brasil*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

DUGUIT, Léon. *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FERNANDES, Bernardo Mançano. O MST no Contexto da Formação Camponesa no Brasil. Páginas 15 a 87. In: STROZAKE, Juvelino (org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000.

GENRO, Tarso. Natureza Jurídica do Direito do Trabalho. Páginas 84 a 90: In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (et alli.) (org.). *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Série O Direito Achado na Rua, volume 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

GOSDAI, Thereza Cristina. Dano Moral Coletivo Trabalhista e o Novo Código Civil. In: *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*, 1ª. Edição. São Paulo: LTr, 2003

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINBERG, Keila. Reescravização, Direitos e Justiças no Brasil. Páginas 101-128. In: LARA, Silvia Hunold e MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (org.) *Direitos e Justiças no Brasil*. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2006.

GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaio*s. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

IGLESIAS, Francisco et. al. *O Brasil Monárquico. Volume 3: Reações e Transações*. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002.

LAUREANO, Delze dos Santos. *O MST e a Constituição*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

LE BRETON, Binka. *Vidas Roubadas: A escravidão moderna na Amazônia brasileira*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

LIMA, Eliani Maciel. Licenciamento e recomposição ambiental em projetos de reforma agrária. Páginas 157 a 174. In: INCRA. *Revista de Direito Agrário*, nº. 19. Brasília: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, 2007.

LISITA, Cristiane. *Fundamentos da propriedade rural: conflitos agrários e justiça social*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, número 141. Brasília, Senado Federal, Janeiro/Março, 1999.

_____. Dos Contratos em Geral. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Código Civil Anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MADEIRA FILHO, Wilson et alli. (org.). *Laudo multidisciplinar em conflito sócio-ambiental*. Série Pesquisas nº 2. Niterói: PPGSD-UFF, 2007.

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

_____. Desapropriação Sanção por Descumprimento da Função Social? Páginas 65 a 76. In: INCRA. *Revista de Direito Agrário*, nº. 18. Brasília: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, 2006.

_____. O Dano Ambiental e sua Reparação. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: APERJ e Editora Lúmen Juris, 1999. Página 49 a 59.

MARTINS, José de Souza. *Os camponeses e a política no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1983.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2007

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo, LTr, 2003.

MEDEIROS, Leonilde Servolo de. *Reforma Agrária no Brasil: história e atualidade da luta pela terra*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003.

MENDONÇA, Joseli Nunes. *Cenas da Abolição: Escravos e senhores no Parlamento e na Justiça*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

MÉSZÁROS, István. *A Teoria da Alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Secondat Barão. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, nº. 65 (1993).

NABUCO, Joaquim. *Minha Formação*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2004.

_____. *O Abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEPOMUCENO, Eric. *O massacre: Eldorado do Carajás, uma história de impunidade*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

NUNES, Antonio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OPTIZ, Silvia. *Curso completo de Direito Agrário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAVARINO, Marco Aurélio. Indenização de imóveis rurais e o custo de recuperação do passivo ambiental. Páginas 199 a 210. In: INCRA. *Revista de Direito Agrário*, nº. 18. Brasília: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, 2006.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo II. Parte Geral. Bens. Fatos Jurídicos*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas/SP: Bookseller Editora, 2000.

_____. *Tratado de Direito Privado. Tomo XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves em conformidade com o Código Civil de 2002. Campinas/SP: Bookseller Editora, 2003.

PRADO JÚNIOR, Caio. *A Questão Agrária no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

PROUDHON, Pierre Joseph. *A propriedade é um roubo*. Porto Alegre: L&PM, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. In *Revista de Direito do Consumidor* nº 25. São Paulo, 1998, Editora RT.

REZENDE, Astolpho. *A Posse e Sua Proteção*. São Paulo: LEJUS, 2000. Página 17.

RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a Civilização: Processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ROMANO, Santi. *El Ordenamento Jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 30, Jun./1990.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *Dicionário da Escravidão*. Rio de Janeiro: Léo Christiano Editorial, 1997.

SILVA, José Gomes da. *O Buraco Negro: a reforma agrária na Constituinte*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. A Construção Social da Cidadania. *Conferência Nacional de Saúde, 8ª. Brasília, 1986*. Anais. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.

_____. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. Ser Constituinte. Brasília: *Revista Humanidades*, 11. Novembro/Janeiro. 1986/87.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Onde só vento se semeava outrora: a tradição do republicanismo e a questão agrária no Brasil. In: PAULA, Delsy Gonçalves de, STARLING, Heloisa Maria Murgel e GUIMARÃES, Juarez Rocha (org.). *Sentimento de Reforma Agrária, Sentimento de República*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

STÉDILE, João Pedro (org.). *A Questão Agrária no Brasil: história e natureza das ligas camponesas*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

_____. *A Questão Agrária no Brasil: Programas de Reforma Agrária 1946-2003*. São Paulo: Expressão Popular: 2005.

TADIÉ, Alexis. *Locke*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Página 318-320.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma Teológica*. 2ª. Parte da 2ª. Parte. Questões LVII – LXXIX. Do Direito, da Justiça e das Suas Partes Integrantes. Volume XIV. Primeira Tradução Portuguesa por Alexandre Correia. São Paulo: Livraria Editora Odeon, 1937.

VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil Imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

VAN DER WALT, A. J. *Property Theory and the transformation of property law*. In: n E Cooke (ed) *Modern Studies in Property*. Oxford: Law Hart Publishing, 2005.

_____. *The State's Duty to pay 'just and equitable' compensation for expropriation: reflections on the Du Toit Case*. In: 122 *South African Law Journal*. Páginas 765-778.