VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

PATRÍCIA JERÓNIMO

ALEXANDRA MARIA RODRIGUES ARAUJO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alexandra Maria Rodrigues Araujo; Enoque Feitosa Sobreira Filho; Patrícia Jerónimo – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Inspiração realista. 3. Processo Judicial. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho subordinado ao tema "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico", inserido no VII Encontro Internacional do CONPEDI, que teve lugar nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, em Braga (Portugal), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Enoque Feitosa analisa criticamente o modo como a matriz liberal individualista dos direitos humanos – que marca, desde a formação inicial, os operadores do Direito – condiciona a interpretação e a aplicação que os juízes fazem das normas constitucionais em vigor, não raro com prejuízo para a plena realização daqueles direitos. É assim – observa – com a interpretação do direito de propriedade, que é feita pelos juízes brasileiros com completa desconsideração pela função social da propriedade, o que, no entender do autor, muito contribui para que a questão do acesso à terra seja um problema secular no Brasil. Da análise da prática judicial brasileira, o autor conclui que prevalece um entendimento eminentemente privatista do direito de propriedade, "que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição" e que deve ser ultrapassado para que se possa finalmente resolver a questão agrária, indispensável a uma democracia plena no Brasil.

Germano Henrique Roewer analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem vindo a transmutar-se no seu papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, perante a frequente (e, não raro, deliberada) inércia do legislador. Convocando os argumentos esgrimidos pela doutrina brasileira e estrangeira sobre a tensão entre separação de poderes e ativismo judicial, o autor observa que a Constituição brasileira de 1988 dotou o poder judiciário de uma série de mecanismos processuais de controlo sobre as políticas públicas e que foi essa assunção de responsabilidade pela resposta aos anseios sociais que fez com que o poder judiciário assumisse um protagonismo mais político do que jurídico na construção das suas decisões, sem estar para isso habilitado. O autor procura encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo a que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo Estado Social, uma preocupação motivada pela recente jurisprudência do Supremo em matéria de acesso a medicamentos.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes discute a importância da "consideração do contexto" na interpretação da lei a partir da análise de alguns tipos penais castrenses fixados pelo Código Penal Militar brasileiro, de 1970. Ao autor interessam particularmente as "ambiguidades" decorrentes, para a aplicação do Código nos dias de hoje, do decurso de 47 anos desde a sua entrada em vigor; ambiguidades que, segundo o autor, são potenciadas pelo facto de o Direito fazer uso de uma linguagem natural, comum a todos os membros da sociedade. Alertando para os riscos associados a um literalismo positivista por parte dos juízes, o autor defende uma "interpretação extensiva" – também dita atualista – do Código Penal Militar, em que o intérprete atente nos princípios vigentes e na realidade social existente ao tempo da aplicação das normas. Partindo da obra de Ronald Dworkin e de José Juan Moreso, o autor analisa alguns casos que podem gerar ambiguidades na aplicação do Código Penal Militar nos dias de hoje, como o ingresso clandestino, o ato libidinoso e o fruto praticado durante a noite.

Carla Maria Peixoto Pereira e Jean Carlos Dias discutem os entendimentos distintos de Herbert Hart e Joseph Raz sobre a "regra de reconhecimento" – fundamento da autoridade do sistema jurídico, para o primeiro, e critério de pertinência de identidade do sistema jurídico, para o segundo. Partindo do conceito de sistema jurídico, os autores apresentam o pensamento de Hart e de Raz na sua evolução ao longo do tempo. Apesar de sublinharem o inestimável contributo teórico de Hart para a Teoria do Direito, os autores reconhecem que a teoria hartiana é inaplicável aos Estados de Direito do século XXI, questão esta que - o enriquecedor debate propiciado no Grupo de Trabalho – pode (e deve) implicar em aprofundamentos futuros por parte dos autores do artigo em tela.

Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino partem da constatação de que todos os direitos fundamentais têm custos para os cofres públicos para discutirem as implicações práticas da evolução verificada no Direito Constitucional brasileiro no sentido de alargar o rol de direitos consagrados na Constituição através da defesa da normatividade dos princípios e do papel do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Segundo os autores, estes desenvolvimentos – especialmente notórios no que vem a designar-se por "judicialização da saúde" – têm constrangido o Estado a arcar com custos elevados e obrigações "desarrazoadas". Entre as metateorias da decisão judicial, os autores preferem o pragmatismo jurídico (com as suas dimensões do consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo), por oposição à visão principiológica e garantista da decisão, já que aquele é uma "visão mais atenta às consequências das decisões judiciais" e, por isso, mais adequada ao exercício da função judicial em tempos de crise económica.

Já Celso Luiz Braga de Castro e Flora Augusta Varela Aranha partem da observação de que o conceito de sanção continua a ser prevalecente na teoria da norma, mau grado todos esforços no sentido de repensar o positivismo jurídico, para discutirem qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica na atualidade, em vista do reconhecido papel das sanções premiais, e qual a influência que a teoria dos sistemas poderá ter sobre a releitura da sanção no estudo do Direito, o que – como evidenciaram – implicou e implica em uma nova e diferenciada abordagem do problema.

Matheus Pelegrino da Silva discute as críticas feitas por Luhmann à teoria do Direito de Kelsen, concluindo que estas críticas não são válidas, já que têm subjacente a rejeição da natureza normativa do Direito e – segundo o autor – não é possível elaborar uma apresentação teórica do Direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do Direito, ainda mais como instrumento garantidor de uma sociabilidade jurídica de carater democrático, o que se evidenciaria de per si no Direito moderno, dogmaticamente organizado.

Rafael Lazzarotto Simioni e João Paulo Salles Pinto analisam as propostas decisionistas da obra de Carl Schmitt à luz do seu contexto histórico-político, chamando a atenção para o facto de estas terem representado, ao tempo, uma das críticas mais contundentes ao positivismo jurídico então ascendente. Ao criticar a redução do Direito à lei, Schmitt havia chamado a atenção para a contingência da realidade empírica, o que, juntamente com o seu conceito de soberano como aquele que decide em situação de exceção, passou a estribar a sua construção teórica. Segundo os autores, apesar de terem sido para o contexto específico da crítica contra o positivismo na Alemanha de Weimar, as visões schmittianas de soberano e contingência podem servir de referencial teórico para explicitar ecos de decisionismo (baseados, sobretudo, na ideia de exceção) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que ilustram através da análise de várias decisões recentes.

Diego de Paiva Vasconcelos discute a construção concetual apresentada como nova modalidade de tutela dos direitos fundamentais e de controlo da constitucionalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) –, analisando a sua evolução, os termos em tem vindo a ser apresentada e o modo como encaminha o Direito em direção a outros sistemas e abordagens no que concerne ao trato dessa problemática central que é aquela que se refere a uma das questões mais relevantes de uma sociedade democrática, qual seja o controle democrático e popular da vivência social sob a égide do Estado de Direito.

A fase conclusiva das apresentações do Grupo de Trabalho foi deixada aberta à avaliação dos participantes, os quais destacaram a relevância científica das produções apresentadas ao

Encontro e o enriquecedor debate e contribuições acadêmicas havidas no âmbito da relevante atividade intelectual desenvolvida no Grupo de Trabalho por professores, estudantes e pesquisadores presentes, oriundos de instituições brasileiras e estrangeiras da maior relevância, no centro sediado na Universidade do Minho.

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo – UMinho

Prof. Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB

Doutora Alexandra Rodrigues Araújo – UMinho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS DIREITOS HUMANOS E AS TENSÕES ENTRE FORMALIDADE E EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICO-REALISTA

HUMAN RIGHTS AND THE TENSIONS BETWEEN FORMALITY AND EFFECTIVENESS: AN ANALYSIS CRITICAL-REALISTIC

Enoque Feitosa Sobreira Filho [1]

Resumo

O objeto do artigo é o exame da matriz teórica formal que circunscreve o direito ao elemento formal, confundindo esse aspecto com sua concretização. Tal objeto será abordado através do exame do problema da terra sob a perspectiva de uma teoria realista e indaga: quais as causas pelas quais o problema agrário resta como pendente de concretização? Nossa hipótese é: embora a questão agrária demande esforço de outras esferas, cabe ao judiciário concretizá-la. O texto discorre acerca de como a teoria do direito pode qualificar esse debate visando uma reflexão acerca de um momento específico da ação: a decisão.

Palavras-chave: Teorias realistas da decisão, Formalidade e concretização dos direitos, Questão agrária

Abstract/Resumen/Résumé

The object of the article is the examen of theoretical matrix that circumscribes the right to the formal element, confusing this aspect with its concretization. Such an object will be approached by examining the land problem from the perspective of a realistic theory and asks: what are causes for which the agrarian problem remains pending? Our hypothesis is: although the agrarian question demands effort from other spheres, it is up to the judiciary to concretize it. The text discusses how the theory of law can qualify this debate aiming at a reflection about a specific moment of action: the decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Realistic theories of decision, Formality and realization of rights, Agrarian question

[1] Doutor em Direito e Filosofia. Professor Associado da UFPB, Brasil. Leciona na graduação e pós-graduações em Direito e em Filosofia. Responsável Projeto CAPES-AULP junto à UEM, Moçambique. enoque.feitosa.sobreira@gmail.com Currículo: http://lattes.cnpq.br/4321425005255787

1. INTRODUÇÃO

O **objeto** deste artigo é o exame da crise e dos limites heurísticos da matriz liberal-individualista a qual, no que concerne aos direitos humanos, tenta circunscrever sua exegese a um caráter de mera promessa formal, confundindo (deliberadamente ou não) o aspecto (necessário, porém não suficiente) de sua garantia instrumental com as demandas sociais por sua concretização.

Tal objeto será efetivado através do exame de um problema secular no Brasil, qual seja a questão do acesso a terra, isto é, da (não) implementação de uma reivindicação histórica de nossa sociedade, a reforma agrária, a qual, por mera via da aplicação da constituição vigente, no que concerne a função social da propriedade, andaria bastante naquilo que envolve a sua expressão real na vida social.

Por isso, e para abordar o esgotamento teórico e prático da mencionada matriz paradigmática liberal-individualista, é que se faz uso dessa questão premente na realidade brasileira - a qual ganha a forma do **problema** a ser enfrentado. Isto significa que se trata de responder a seguinte questão: quais as causas pelas quais o secular problema agrário resta como questão pendente de solução em nossos tribunais, em termos de concretização jurídica? A **hipótese** que norteia a pesquisa é a de que, embora a questão agrária, por sua complexidade, demande esforço de outras esferas estatais, cabe ao judiciário concretizá-la e a doutrina esclarecê-la.

Mais especificamente: a filosofia (e a teoria do direito), em suas vertentes centrais, tratam a função da social da propriedade como uma proposição genérica / abstrata, de carater meramente programático e, no geral, limitam-se a uma aplicação privatista da Constituição, situação que pode ser pesquisada sob o viés realista da racionalização legal da vontade e dos interesses que estão no cerne de qualquer decisão.

Para testar tal hipótese foram usados os recursos de um aparato bibliográfico e decisional concernentes a função social da propriedade da terra e que fornece argumentos no campo da teoria e da práxis sobre a mesma enquanto direito fundamental e suas repercussões positivas do ponto de vista social. Isto porque o desvendar da temática proposta ancorado num olhar descritivo, isto é, materialista / realista, notadamente em questão tão premente quanto o conflito por terra, consegue dar conta,

com mais amplitude e profundidade, da compreensão das matrizes sociais e jurídicas do conflito.

Tal olhar repercute na medida em que se opõe àquelas perspectivas cujo foco é inteiramente voltado a apontar como a legislação deveria ser ao invés de examiná-la como efetivamente é e compreendê-la em suas condicionantes sociais, sem que isso signifique abrir mão da potencialidade crítica que tem o desvelar do direito como ele objetivamente se apresenta ao aplicador.

Por isso mesmo é que a hipótese de pesquisa será levada adiante tendo em consideração um aspecto bastante peculiar, pois, na medida em que consiste num estudo das práticas sociais, visa desenvolver uma reflexão crítica acerca de um momento específico, ou seja, a aplicação do direito e suas implicações.

Para efeitos de delimitação do objeto, o conflito por terra rural será sempre caracterizado por aquela situação em que uma das partes recorre a tutela estatal, o que, em um dado momento, requer decisão judicial e na qual a disputa envolve, alternada ou cumulativamente, ações de resistência à desocupação, enfrentamento pela posse, uso e propriedade de terras.

No que concerne ao **marco teórico**, a abordagem será pautada na convergência de matrizes filosóficas no campo da ética prática que entendem o direito de propriedade enquanto feixe de obrigações do titular perante a comunidade e cujo marco se reflete numa atitude descritiva preocupada em examinar, sob uma ótica realista e enquanto um dado de fato da razão prática: juízes e tribunais são quem concretizam normas, o que nada tem a ver com uma atitude apologética de um decisionismo no qual a vontade é entendida de forma isolada e colocada, em caso de conflito, acima do teor normativo.

Por critério metodológico dividiu-se o presente artigo em três partes:

Na **primeira,** cuida-se de estudar como se expressa o conflito entre direito de propriedade, sua função social e os motivos pelos quais ela leva a uma visão algo deslocada do que efetivamente acontece nos "caldeirões dos tribunais".[1]

Na **segunda parte** serão examinadas as bases teóricas pelas quais se trata o direito pelo foco descritivo e, com isso se pretende contribuir filosoficamente com essa

[1] A expressão "caldron of the courts" é de CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 6.

atividade, esclarecendo-a e fornecendo-lhes argumentos que melhor a qualifique. Aqui, o realismo será tomado apenas enquanto *uma* resposta dentre outras, só que mais adequada e com potencial heurístico mais ampliado para apontar caminhos e compreender a forma jurídica.

Na **terceira parte** - em nosso ver, a principal - serão examinados os padrões de argumentação e justificação, isto é, um exame dos fatos sociais e como eles se expressam quer numa realidade empírica, sem relevar de discutir o uso de *topos* e figuras retóricas para obtenção de adesão dos destinatários, pois embora curial a existência de um aparato estatal que vise garantir o cumprimento das normas, quanto mais elas forem fundadas no consentimento e menos na coerção, tanto melhor, na medida em que ganham em legitimação.

Com isso, o **objetivo geral** do artigo constitui-se em fazer uma análise com relação aos conflitos de terra, com o fim de qualificar a atividade de decisão em questões dessa natureza - da maior relevância social, dado o impacto social do conflito e enquanto campo eminentemente teórico, cuja finalidade deve ser esclarecer a práxis dos que decidem.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL – enquadrando o conflito por uma teoria da decisão

Nessa primeira parte se procura observar a repercussão que a visão liberal, uma apologética do direito de propriedade, teve e tem na interpretação privatística do mesmo, herdeira que é de um modelo do século XVIII-XIX, a idéia da propriedade como direito *erga omnes*, influência essa que marca, desde a formação inicial, o operador de direito. Esse trato do direito, que de certa forma perdura até hoje, é permeado por ilusões de referência e por um discurso aparentemente neutro que não leva em conta a ideologia contida na forma jurídica e que, por isso mesmo, subestima o direito enquanto lugar de poder, dominação e justificação.

Aparentemente de forma contraditória, tal perspectiva liberal está mais focada em uma atitude prescritiva perante o direito empiricamente verificável do que em entender como ele efetivamente funciona, notadamente em seus padrões de

argumentação, justificação e tomada de decisões, desnudando o fato que entre o compromisso da razão com a vontade, no direito concreto, a segunda predomina.[2]

Trata-se de examinar como isso se reflete ao exame dos conflitos sobre direito de propriedade privada de extensas porções de terra, como ocorre no Brasil, que segue no que concerne a sua questão agrária vitimado por um atraso secular, iniciando-se de logo pelo status teórico do problema.

A questão da propriedade foi bem estabelecida - e segue guardando atualidade – por um jurista que não pode ser tido na conta de um "maximalista" – trata-se de Duguit. Ele, ao criticar a concepção absoluta do direito de propriedade privada, aponta algumas de suas consequências danosas:

> A propriedade não é direito subjetivo do proprietário: é função social do possuidor de riquezas. (DUGUIT, 2006:147-159, 173 – VI conferencia e apêndice III).

Ora, tais conflitos não são problemas pontuais e tem raízes longínquas, desde a primeira lei de terra promulgada no país, a Lei 601/1850, a qual consagra em legislação específica a propriedade privada de terras, regulamentando e consolidando o modelo de grande propriedade rural e cujos resultados - remotos e contemporâneos - dessa herança jurídica, cultural e política são evidentes no país: a questão social é tratada enquanto "caso de polícia" com o fim de proteger uma infinitésima parte do corpo social, notadamente se se leva em conta que, já no final da década passada, em nível nacional, propriedades rurais com mil ou mais hectares de dimensão representavam apenas 1,4% do total de propriedades. No entanto, esses donos de grandes propriedades detinham 49,4% das áreas rurais do país, ou seja, quase metade das terras nas mãos de pouco mais de 1% de proprietários[3].

E essa problemática evidenciou-se claramente a partir da Constituição de 1988, na medida em que esta buscou equilibrar, em âmbito normativo, a tensão entre direito de

---

[2] Sobre as concepções que discutem o direito como atividade da razão ou de atos de vontade (que, quase sempre, são manejos retóricos da racionalidade e de uma suposta "vontade geral"), ver: KAHN, Paul. **El análisis cultural del derecho:** Uma reconstrucción de los estudíos jurídicos**.** Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 9 e 15; ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, especialmente o 3º capítulo.

[3] CARDIM, Silvia; VIEIRA, Paulo de Tarso; Viegas, José. **Análise da estrutura fundiária brasileira.** Boletim interno do Ministério de Desenvolvimento Agrário / INCRA. Texto disponível em: http://www.mda.gov.br/portal/nead/arquivos/view/textos-digitais/Artigo/arquivo_95.pdf. Acesso: 1.03.2013.

propriedade privada da terra, momento estático, quando ela é regulada em lei em termos de pertença ao seu titular, ou seja, como um poder subjetivo com as exigências de sua função social, seu momento dinâmico.

Com isso restaria compatibilizada a objeção de Duguit entre o que o mesmo tachava de "noção realista de função social" em dicotomia com uma possível "noção metafísica de direito subjetivo" (DUGUIT, 2006:17-38 e p. 167-198).

Essa questão é examinada, sob uma abordagem brasileira, dentre outros, em Jorge Couto (1998:192-193, 219-226, 262-267, 284-285, 299-305), ao analisar o que chama de "a construção do Brasil" e também por Darcy Ribeiro (1995:149-153, 228-240, 241-244, 447-455), quando analisa a acumulação primitiva cuja base foi o massacre indígena, ao início da colonização; a opressão aos negros como mão-de-obra substituta dos índios e, por fim, o uso de imigrantes, os quais tomaram o lugar dos antigos escravos.

A análise desses dados aponta para o conúbio entre o latifúndio - caracterizado por Kautsky (1968:172-178) pela centralização de grandes extensões de terra por um restrito número de proprietários – e as instituições do Estado com o fim de se manter uma ordem social fundada num suposto "direito implícito de ter e manter terras improdutivas" (RIBEIRO: 1995:201), evidenciando, ao mesmo tempo, "as dores do parto" e os "confrontos" para que se realize o que ele chama de "o destino nacional" (RIBEIRO, 1995:447-455).

Diga-se de logo que há outras fontes referenciadas quando da contextualização desse conflito secular dado que o problema agrário não é apenas jurídico e sim histórico e social[4]. E, em consequência dele, o que se tem desde a metade do final do século XIX, no Brasil, é uma agricultura capitalista num país que não fez, ainda, sua reforma agrária. No campo brasileiro, até por causa dessa conformação capitalista da atividade, já não se

[4] Ainda no 'estado de arte' dessa pesquisa é obrigatório serem mencionados: Caio Prado Jr (especialmente "A formação do Brasil contemporâneo", 2011), Nelson Werneck Sodré ("A Formação histórica do Brasil", 1968), Alberto Passos Guimarães ("Quatro séculos de latifúndio", 1989), Moisés Vinhas ("Problemas agrário-camponeses do Brasil", 1968) e Jacob Gorender ("O escravismo colonial", 1976), para citar alguns dos principais.

tem mais, a não ser residualmente, o pequeno camponês, isto é, aquele "que tem pequeno pedaço de terra ou a arrenda, não maior o do que o possível de cultivar com sua família e o estritamente necessário para seu sustento" (ENGELS, 1997:137 [1894]).

Dessa não distribuição de terra, resultou um inchaço das cidades, com a formação de enorme exército industrial de reserva e mão-de-obra barata e uma política pública a ser feita, para reverter esse ciclo: garantir terra, crédito e estrutura aos trabalhadores rurais e camponeses, como modo, através da aplicação da função social da propriedade, de se criar um mercado interno dinâmico e não um país de esfomeados que drena significativa parte de sua produção da agricultura para o mercado externo

Os antecedentes (massacre dos indígenas, regime de escravismo) e as consequências sociais dessa legislação, notadamente no trato da questão da terra com a violência típica dos *landlords* foram evidenciados pela literatura específica: no início do século, através de Euclides da Cunha (1982 [1901]:161-181 e *passim*); depois por Alberto Passos Guimarães (1968:21-40) e, mais recentemente, Darcy Ribeiro (1995:151, 201, 229, 242).

Assim, o marco teórico resulta da opção em valorar a ideia de propriedade enquanto função ao invés daquela de direito subjetivo de propriedade, a qual descomprometeria o titular em relação a coletividade, ou seja, ainda que tenha "o poder de empregar a riqueza que possui na satisfação de suas necessidades individuais", os demais atos, se não visarem a utilidade coletiva da propriedade imóvel "serão contrários ao direito de propriedade e poderão dar lugar a uma sanção ou a uma reparação" (DUGUIT, 2006:186).

3. O DIREITO ENTRE DESCRIÇÃO E PRESCRIÇÃO: realismo jurídico, olhar interno e perspectivas externas

Pelas razões que se procura examinar nesta secção as teorias descritivas do (e sobre o) direito conseguem dar conta mais adequadamente da compreensão dos modos e métodos pelos quais as opções valorativas adentram nesse momento decisório na medida em que não se prendem nas ilusões do idealismo jurídico acerca de como o "bom" direito deveria ser, cingindo-se a um recorte operacional cujo foco seria o de examinar seu objeto como ele efetivamente é, procurando tão só melhor compreender e

qualificar, fornecendo argumentos e dados, o papel e as funções dos seus diversos operadores, isso porque combina, acerca do direito, tanto uma perspectiva interna quanto a externa.

Saliente-se que, aqui essa diferenciação não se dá no sentido que Hart confere em "O conceito de direito", mas sim entendendo a **perspectiva interna** enquanto aquela que opera no âmbito mesmo da dogmática jurídica, não questionando seus alicerces e a **perspectiva externa** enquanto um olhar sociológico e no qual as características, pressupostos e constrangimentos dessa mesma atividade dogmática são questionados, situados historicamente e entendidos enquanto construções culturais cuja função é tão somente viabilizar o funcionamento social)[5].

A aceitação de um olhar ou perspectiva externa confere um potencial de se perceber o direito como atividade centralmente determinada por atos de interpretação e aplicação, na qual a atividade do legislador é um dado de entrada, como outro qualquer (embora hierarquizados). E tal é assim na medida em que o que confere sentido ao direito é a sua inserção enquanto cultura, isto é, como crença acerca de como ele equilibra razão (expressada por certa justificação da atividade jurídica como dotada *de per si* de racionalidade) e manifestação da vontade (enquanto expressão geral da soberania popular)[6].

Como lembra Hart, acerca da perspectiva interna ao direito, "uma sociedade com direito abrange os que encaram as suas regras de um ponto de vista interno, como padrões aceites de comportamento"[7] e não como predições fidedignas do que as autoridades lhes irão fazer, se as desobedecerem[8]. A primeira concepção deriva de uma perspectiva centrada na lei, a segunda, a da predição, numa outra perspectiva, focada na decisão.

---

[5] Hart distingue uma perspectiva da outra com base na observação pela qual se deve diferir o fato de um grupo reconhecer determinadas regras e praticá-las (perspectiva interna) daquela outra situação (perspectiva externa) na qual um observador não as compreende, não as pratica e acha-as sem sentido. HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 65.

[6] KAHN, Paul. **El análisis cultural del derecho:** Una reconstrucción de los estudíos jurídicos**.** Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 38, 52 e KAHN, Paul W. **Legitimacy and History**: self-government in American Constitucional theory. New Haven and London: Yasle University Press, 1992, p. 1-8.

[7] HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p.217-218.

[8] "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law". HOLMES JR, Oliver W**.** The path of the law. *In*: **The path of the law and The common law**. New York: Kaplan, 2009, p. 6.

Assim, o que realmente os juristas fazem – e fizeram sempre – é, diante dos casos, decidir (se forem aptos a praticarem atos de vontade / poder) ou propor decisões, como faz o advogado que, através de interpretação enquanto ato de conhecimento, sugere aos juízes e tribunais o caminho a tomar, ou ainda, numa outra hipótese, através de sua atividade teórica, fornecem as partes e aos que decidem argumentos para aplicarem uma ou outra regra e decidirem um dado caso de uma ou outra forma.

Por isso que, nesse terreno, deve-se ter o devido destaque, como dotado de maior instrumental quanto ao manejo da justificação como correlato da decisão, a combinação do foco teórico-metodológico proposto pelo realismo com um entendimento histórico-dialético do direito enquanto parte da totalidade social e por ela condicionada, ao fornecer se não a resposta, mais uma referência para o exame dos problemas que aqui se constituem em objeto de pesquisa, como a seguir se passará a examinar.

Assim, se trata de verificar a aplicabilidade do princípio da função social da propriedade, quando confrontado com a regra que protege o seu caráter privado e teoricamente unitário, ao invés de pluralistas, bem como de que formas e com base em que teorias da eticidade esses conflitos são examinados.

Nesse aspecto, a influência doutrinária no judiciário é claramente delimitada em torno dessa matriz explicativa unitária para a questão da propriedade e na qual se reitera a existência de um disciplinamento comum e de caráter geral da mesma, na qual se evidencia que no âmbito de uma situação concreta, a noção de função social, desenvolve papel claramente jurídico e menos político, visto que a atividade proprietária há que ser valorada *in concreto*.

Ressalve-se que desde o início da reflexão aqui proposta, sobre o exame descritivo da atividade judicial ao exame do direito de propriedade, percebeu-se que, em consequência, ela precisava se tornar mais restrita. Por isso dentre a gama de direitos tidos como fundamentais e que servisse de teste para a hipótese de pesquisa se escolheu aqueles que confrontassem o direito individual à propriedade, sua necessária função social e como a ponderação de ambos é tratada.

Isso porque sendo o direito de propriedade uma manifestação material da vida social, acaba por se tornar uma temática crucial para a concepção de sociedade democrática que se defende e, ao mesmo tempo, fruto de acirrados debates no Judiciário. Não é a toa que já se assinalou que a propriedade pode ser estudada em dois aspectos: o **estrutural** e o **funcional**:

> A dogmática tradicional (...) preocupa-se somente com a estrutura do direito subjetivo, (...) dispõe sobre os poderes do titular do domínio, fixando o **aspecto interno ou econômico (...)** e outro, **externo**, o **aspecto propriamente jurídico** da estrutura da propriedade. O **primeiro aspecto**, interno ou econômico, é composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. O **segundo**, jurídico, traduz-se na faculdade de exclusão de ingerências alheias. **Esses dois aspectos, o interno e o externo, compõem a estrutura da propriedade, em seu aspecto estático**. Já **o segundo aspecto**, mais polêmico, é alvo de disputa ideológica, **refere-se ao aspecto dinâmico da propriedade**, a função que desempenha no mundo jurídico e econômico, a chamada função social da propriedade (Losano, 2006:311).[9]

Por isso se trata de verificar com mais detalhes como cada um dos fundamentos e em que nível e grau, estão relacionados à visão de mundo dos decididores, por um viés pragmático acerca de como essas decisões são tomadas e dos fatores que a orientam. No âmbito específico dos problemas do direito de propriedade, notadamente no campo, há que se registrar a existência de um entendimento eminentemente privatista de tal instituto e que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição.

Assim, além de verificar o conteúdo das interpretações por parte dos tribunais, aqui faz-se necessário se examinar as justificações de que se valem quando da interpretação e aplicação concreta da regra. Em resumo se trata de verificar como os juízes pensam esse direito fundamental e os aplicam quando há conflito entre direitos, quais as formas de argumentação utilizadas, como isso pode ser analisado do ponto de vista de uma interpretação voltada a garantir a efetividade dos direitos sociais e da função social da propriedade como direito fundamental.

Pretende-se, com essa estratégia de análise, mostrar as bases teóricas segundo as quais se concretizam as regras que equilibram direito de propriedade e função social. Entretanto, acerca dessa concretização - e no que concerne a propriedade privada de terras - não basta a prova de regularidade formal de seu título aquisitivo "para que a Administração se sinta impedida de investigar a adequação do exercício desse direito", como aponta Alfonsin (2000:205).

[9] Os destaques são nossos.

Note-se ainda, conforme assinalado por Edson Fachin, que "inexistindo garantia constitucional àquela propriedade que descumpre sua função social será razoável concluir que o alcance dessa expressão não admite interpretação ou aplicação de uma regra inferior que contrarie o seu sentido", isto é, o sentido da norma superior, em razão de que, "em cada época, a propriedade constituiu-se de contornos diversos, conforme as relações econômicas e sociais de cada momento" (FACHIN, 2000:284-285 e 1988:18).

4. O EXAME DE UMA SITUAÇÃO CONCRETA: justificação jurídica e realidade empírica

Em 2010, o número de famílias envolvidas em conflitos de terra era de 1.276 famílias, o que significa que o número de conflitos dobrou num curto espaço de tempo.

Em 2009, para mencionar um exemplo, a Paraíba ficou entre os quatros estados brasileiros em que o número de acampados mais cresceu, atrás apenas de São Paulo, Goiás e Pará. Note-se que em 2012, esse número cresceu em valores absolutos e relativos, na Paraíba (3.165 conflitos) e no Brasil (cujo total de conflitos foi de 92.113), entendendo-se por "conflito por terra" a ocorrência de despejo e expulsões, as ameaças de realizar esses, os atos de pistolagem, os acampamentos e as ocupações[10].

Relatório da Comissão Pastoral da Terra – Nordeste II, órgão vinculado a CNBB, dá conta da ocorrência de sete grandes conflitos por terra envolvendo 2.435 famílias, cinco ocupações envolvendo 630 famílias e a existência de um acampamento com 100 famílias. Ou seja, um total de 13 conflitos (média de 1 por mês!) e 3165 famílias envolvidas, só no ano de 2012, na Paraíba.

Assim, para além da gravidade do histórico problema da ocupação e uso da terra no Brasil, reside também na necessidade, nesse caso, de se conhecer com mais clareza os valores hegemônicos na magistratura a respeito de um tema tão premente, com densa repercussão social e, no próprio direito, em sua prática, em seu ensino e na construção de uma cultura jurídica de viés democrático na medida em que nos parece curial que

[10] COMISSÃO PASTORAL DA TERRA / CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Conflitos no campo**: Brasil 2012. Goiânia: CDTB, 2012, p. 88 (tabela 4). Disponível tanto os dados de 2010 quanto as informações relativas ao ano de 2012 em: http://www.cptne2.org.br/index.php/component/jdownloads/finish/4-caderno-conflitos/195-conflitos-no-campo-brasil-2012.html?Itemid=19. Acesso em 05.05.2013. Para uma análise dos dados históricos acerca da questão, ver: STÉDILE, João Pedro. Landless battalions: The 'sem-terra' Movement of Brazil. *In*: **New left review**. Nº 15, may-june 2002, p. 103-128.

não há democracia plena sem resolução da questão agrária, o que implica em tratar da questão - há que se insistir - sob o foco da interpretação do direito de propriedade, em nosso ordenamento jurídico, enquanto condicionado por sua função social (CF 88, art. 5º, XXIII; art. 170, III; arts. 184 a 186; Lei 4504/1964, arts. 2°, 12, 13 e 47 e Lei 8629/93), seu comprometimento ambiental e com a dignidade de seu uso e do trabalho ali exercido, enfim, como direito que só adquire sentido se tratrado enquanto feixe de atribuições cujo cumprimento é quem confere sentido a sua existência e não com o viés incondicionado e *erga omnes*, que lhes quer atribuir alguns.

Como aponta Mário Losano, referindo-se a Constituição:

> [o artigo 186] é de uma importância fundamental na medida em que fixa os critérios com base nos quais se decide se uma propriedade fundiária cumpre ou não sua função social. Deve-se assinalar que estes critérios são os fundamentos de qualquer ação e devem ser respeitados todos ao mesmo tempo (2006, p, 73).

Decorre, por essa razão, a necessidade de não se subestimar a reflexão jus-filosófica, pelo viés da prática, em torno dos conflitos entre direito de propriedade e a necessária função social da mesma e nos quais as partes envolvidas sempre reivindicam, quer para um, quer para outro ponto de vista e interesse envolvido, ou o carater fundamental do direito de propriedade privada (que, diga-se, é pressuposto da própria função social, visto que não haveria de se falar em necessária "função social da propriedade" sem que, previamente, se garantisse o direito de propriedade privada) ou a sua desapropriação em razão de – no segundo ponto de vista, sua função social ter sido violada. Daí a relevância de se de evitar, como ocorre, em geral, na manualística, a mera descrição genérica sobre o direito de propriedade como algo sagrado e intocável, quase que uma expressão máxima dos direitos.

A opção por essa abordagem metodológica esteve, ao longo do texto, ligada à ideia de que o Direito deve ser apreendido na realidade. E essa é a realidade é a vida social e, com isso, não se descure do papel estratégico da filosofia do/sobre o direito em oferecer argumentos dado a relevância desse campo enquanto lugar privilegiado de reflexão sobre aquela atividade.

Dessa forma, não cabe a sociedade procurar os valores de do direito em conceitos abstratos, mas sim, na gênese do próprio conflito. Seguindo essa linha, trata-se de indagar o objeto, isto é de pensar a forma jurídica por uma via metodológica de

matriz realista aplicável ao conjunto de questões que envolvem o direito à propriedade em choque com sua função social, eixo basilar de nosso ordenamento e sem o qual a proteção jurídica ao seu exercício privado perde inteligibilidade.

Por fim, é de se frisar, ainda que incidentalmente, que cabe ao direito, na atualidade brasileira, um papel importante na busca de solução para os graves impasses no aprofundamento da democracia, que não pode se contentar com promessas formais de promoção do desenvolvimento regional e nacional.

A questão da terra é carente, ainda, de solução social, política e jurídica e – portanto – trata-se de apontar essas demandas jurídicas e forjar conhecimentos específicos para a sua adequada resolução, medidas que garantam crescimento econômico com desenvolvimento humano.

É este o papel de uma teoria do direito comprometida com a resolução dos problemas postos peloo mundo da vida: de efetiva intervenção para a invenção de processos de inserção social no país e tal não se faz sem a compreensão do trato a um problema crucial que é a questão, no campo, da tensão entre direito de propriedade e a finalidade social que ela deve ter - algo que os tribunais ainda lidam sob uma ótica privatista e cuja solução teórica aponta bem mais na direção dos objetivos estratégicos da forma jurídica e, nesse contexto, é de pouca utilidade um direito que somente se preocupa com o estudo da natureza jurídica dos institutos tradicionais.

5. CONCLUSÃO: Os conflitos sociais e a regulação jurídica entre determinante e determinado

Para o trato das questões humanas e sociais, importam as contribuições de uma teorização de viés social acerca dos direitos fundamentais, entre eles o direito a terra e ao trabalho. Assim, a iniciativa de fomentar o debate proposto no presente artigo dá-se no conjunto da necessidade de interlocução dos vários tipos de conhecimento para que se consiga uma comprensão real e aprofundada da questão, seguramente uma das mais importantes agendas para a erradicação da miséria, como se pretende / propala, para os próximos anos na medida em que a reflexão cosntruída por vias isoladas e estanques entre sí, típico de uma concepção filosófica jus-idealista e quje concebe o direito com espécie de *deus ex machina* não consegue enfrentar eficazmente esse que é um dos problemas mais complexos da realidade.

Isso porque a especialização e complexidade das demandas e dos conflitos sociais, tem exigido de todos que pensam o direito um grau de interlocução com outros dados da realidade. E isso decorre, entre outros fatores da quase completa carência, como já se mencionou anteriormente, de uma visão realista /materialista no estudo das questões e de um ensimesmamento dos juristas com sua própria atividade, como se ela fosse absoluta e conteudisticamente (e não apenas metodologicamente) autorreferente.

Essa visão formal e isolacionista retira dos juristas uma percepção historicamente situada dos fatos, principalmente aqueles meandros concernentes ao enfrentamento político das questões de conflitos entre dois direitos quando estes são mutuamente excludentes ou mesmo, no caso do direito de propriedade de terras *versus* sua função social, que convivem num ordenamento único, a segunda pressupondo a primeira, a sua visão privatista sendo considerada prevalente, em choque a um só tempo com o texto normativo, com a realidade dos fatos e com o sentido e alcance que o legislador contituinte, de forma evidente, impôs no texto.

A reflexão acerca da questão agrária, no momento em que o país se ufana pela situação de estar entre as dez maiores potências do mundo, visa contribuir em promover uma nova tomada de posição diante do problema, sem negligenciar o aspecto do desenvolvimento humano.

Assim, há que se enfrentar, sob a égide das novas demandas sociais do século XXI, as políticas sociais (ou a ausência delas) e o novo papel do Estado brasileiro notadamente naquilo que concerne a questão da agricultura familiar, especialmente os aspectos jurídicos envolvidos nos projetos agrários existentes para a região nordeste e os reflexos humanos e sociais da exploração do trabalhador rural e do não cumprimento da função social da propriedade, o que demanda uma abordagem ancorada na análise de temas como exclusão social, desenvolvimento humano, valores democráticos e cidadania e o papel que a reforma agrária cumpre nas suas promoções, notadamente para os trabalhadores e trabalhadoras rurais e a necessidade de se encontrar novas formas de regulação de conflitos, bem como a otimização dos instrumentos de defesa dos valores não enquanto tais mas porque constitucionalmente expressos.

6. REFERÊNCIAS

CARDIM, Silvia; VIEIRA, Paulo de Tarso; Viegas, José. **Análise da estrutura fundiária brasileira.** *In*: Boletim interno do Ministério de Desenvolvimento Agrário / INCRA.Texto disponível em: http://www.mda.gov.br/portal/nead/arquivos/view/textos-digitais/Artigo/arquivo_95.pdf. Acesso: 1.12.2010.
.
COMISSÃO PASTORAL DA TERRA / CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Conflitos no campo**: Brasil 2012. Goiânia: CDTB, 2012. Disponível em: http://www.cptne2.org.br/index.php/component/jdownloads/finish/4-caderno-conflitos/195-conflitos-no-campo-brasil-2012.html?Itemid=19 Acesso em 05.05.2013

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial.** Porto Alegre: AJURIS, 2005

COUTO, Jorge. **A construção do Brasil**. Lisboa: Cosmos, 1998.

CUNHA, Euclides da. **Os sertões**: campanha de Canudos. São Paulo: Abril, 1982.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de de Napoleón**. Pamplona: Analecta, 2006.

ELY, J. Hart. **Democracia e desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

ENGELS, Friedrich. O problema camponês na França e na Alemanha. *In*: **Marx & Engels** – Obras. (1º v.) São Paulo: Edições Sociais, 1997.

_____. A MARCA [1882]. *In*: **Crítica marxista**, nº 17. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

FEITOSA. Enoque. **O discurso jurídico como justificação:** Uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação. Recife: EDUFPE, 2009.
FREITAS, Lorena (et alli, orgs**.). Direitos humanos e justiça social**. João Pessoa: UFPB, 2012.

GORENDER, Jacob. **O escravismo colonial**. São Paulo: Ática, 1976.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio** [1968]. São Paulo: Paz e Terra, 1968

HART, L. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005

HOLMES JR, Oliver W. **The common Law & The path of Law**. Washington: Ocean books, 2009

KAHN, Paul. **El análisis cultural del derecho**: Uma reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona: GEDISA, 2001.

KAUTSKY, Karl. **A questão agrária**. São Paulo: Laemmert, 1968.

LOSANO, Mario. **Función social de la propriedade y latifundios ocupados**: los sin terra de Brasil. Madrid: Dykinson, 2006.

NABUCO, Joaquim. **Campanha abolicionista no Recife**: eleições de 1884. Brasília: Edições do Senado Federal, volume 59, 2005.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia [1942]. São Paulo: Companhia de Letras, 2011.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia de Letras, 1995.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Formação histórica do Brasil** [1962]. São Paulo: Brasiliense, 1968.

STÉDILE, João Pedro. Landless battalions: The 'sem-terra' Movement of Brazil. *In*: **New left review**. Nº 15, may-june 2002.

VINHAS, Moisés. **Problemas agrário-camponeses do Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

VVAA. COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Conflitos no campo: Brasil 2010**. Disponível em: http://www.cptpe.org.br/index.php/downloads/viewdownload/4/190.html. Acesso em 05.01.2011