

MARINA BASSO LACERDA

**O direito de resistência e a resistência do Direito:
problematizando conflitos entre as ocupações de terra e os espaços jurídicos no
Brasil contemporâneo.**

**CURITIBA
2007**

MARINA BASSO LACERDA

**O direito de resistência e a resistência do Direito:
problematizando conflitos entre as ocupações de terra e os espaços jurídicos no
Brasil contemporâneo.**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para conclusão do curso de Direito,
pelo Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin.**

**CURITIBA
2007**

Dedico este trabalho a todos os sem-terra e sem-teto que se engajam em movimentos sociais, que fazem da luta sua expressão de vida.

Agradecimentos:

aos meus pais

ao Marcelo, meu irmão

aos amigos da Terra de Direitos

aos amigos dos movimentos estudantis

aos Professores Abili, Celso e Gediel

à Dra. Rosana e à Professora Ângela

à Professora e Vera e ao Professor Fachin

*“Como sei pouco, e sou pouco,
faço o pouco que me cabe
me dando inteira.”*

(Thiago de Mello)

SUMÁRIO

RESUMO	p. viii
APRESENTAÇÃO	p. 1
CAPÍTULO I - Ocupações como manifestação legítima do direito de resistência	p. 3
1. Introdução.	p. 3
2. Características:	p. 9
2.1. Desobediência à lei e fidelidade ao ordenamento constitucional;	p. 9
2.2. Publicidade e inexistência de crime;	p. 16
2.3. Não violência.	p. 22
3. Assento constitucional: cláusula de abertura e livre iniciativa.	p. 23
4. Contextualização paradigmática.	p. 28
CAPÍTULO II - Ocupações de terras como posse legítima apta a satisfazer necessidades vitais, que são o conteúdo de direitos humanos fundamentais	p. 36
1. As ocupações como posse.	p. 36
2. Vícios da posse.	p. 40
3. Princípios constitucionais que informam a posse.	p. 42
4. Hermenêutica Constitucional com vistas ao problema proposto.	p. 50
5. Re-significação dos vícios da posse diante do estado de necessidade social: .	p. 60
5.1. Posse injusta?	p. 62
5.2. Posse de má-fé?	p. 64
6. Ocupação como geradora de direitos:	p. 68
6.1. A posse em si é um direito?	p. 72
6.2. Direitos dos possuidores em face dos direitos dos titulares:	p. 77
a. Quando a propriedade não cumpre todos os elementos da função social;	p. 72
b. Quando a propriedade cumpre todos os requisitos;	p. 77
6.3. Direito à segurança jurídica;	p. 81
6.4. Direito ao desforço imediato e à remoção de perigo iminente.	p. 84
CONCLUSÕES	p. 85
REFERÊNCIAS	p. 89
REFERÊNCIAS CONSULTADAS	p. 95

RESUMO

As ocupações de terras perpetradas por movimentos sociais urbanos e rurais são manifestação legítima do direito de resistência/desobediência civil (ato realizado em grupo, de pressão política, não violento ou cuja violência não tenha partido dos objetores), o qual tem respaldo constitucional: na omissão do Estado em seu dever de efetivação dos direitos fundamentais, é albergado pela cláusula de abertura do artigo 5º; a ordem econômica é aberta, pelo que é legítimo reivindicar por modos includentes de produção; a resistência ao poder é expressão da livre iniciativa. Tais manifestações permitem os excluídos se colocarem como falantes do discurso político, integrando a comunidade de intérpretes da Constituição, fortalecendo uma concepção densa de democracia. Quando tais atos também representarem mecanismo de utilizar o bem a fim de satisfazer necessidades vitais, estar-se-á diante de posse juridicamente conceituada, a qual seria, em uma visão “desconstitucionalizada”, viciada. Ocorre que é dimensão da dignidade da pessoa humana, norma e valor fundamental em nosso ordenamento jurídico, a proteção da pessoa contra necessidades materiais, as quais são fundamento e conteúdo de valor dos direitos humanos fundamentais, sendo a posse especialmente apta para satisfazê-las. Assim, o aparente vício objetivo (a violência) e o aparente vício subjetivo (a má-fé) cedem lugar ao estado de necessidade social daqueles que adentram o bem, por ser este bem jurídico hierarquicamente superior em nosso ordenamento em relação à proteção do titular, sendo legítima a posse – devendo, portanto, ser tutelada por parte do Estado, por meio de políticas públicas includentes.

APRESENTAÇÃO

A proposta dessa monografia surgiu a partir das inquietações, as mesmas, aliás, me levaram ao curso de Direito, e que podem ser sintetizadas assim: como realizar justiça social? Por óbvio, um questionamento pretensioso, que hoje, ao final do curso, percebo que estou cada vez mais longe de entender. Isso porque o conhecimento, conforme disse o Professor Fachin na primeira aula que tive com ele, é uma bolha: quanto mais cresce, mais temos contato com o que está para fora dela, mais temos a dimensão do quanto não sabemos.

Essa inquietação se traduziu de várias formas no decorrer da graduação. Uma delas foi o tema da monografia – o qual, aliás, venho tratando desde o segundo ano da faculdade, por meio das pesquisas (que desenvolvi por ser bolsista do Programa de Educação Tutorial) que sempre giraram entorno de dois eixos: movimentos sociais e distribuição/acesso aos bens.

Esses eixos não são descontextualizados: hoje um dos principais lugares da luta política, em um país cuja marca é a distribuição tão desigual, é o do acesso aos bens. Mas não é só isso – a “cabeça pensa a partir de onde os pés pisam”, como disse Leonardo Boff. Daí que a vivência em uma família militante, e o estágio na Terra de Direitos, levaram-me a tais caminhos.

Queria, então, buscar categorias jurídicas, a partir da perspectiva do excluído, da vítima, do sem-terra/sem-teto, que fossem capazes de dar conta da posse tomada coletivamente. A pesquisa tinha o projeto de ser sobre direito civil, mas foi do direito constitucional ao direito constitucional – com o civil no meio.

Isso aconteceu no curso natural em que seguiu o raciocínio, a partir das leituras que foram sendo feitas, e do amadurecimento da idéia. Ainda que não pré-meditado, não ocorreu tal processo sem razão. Hoje no Brasil o berço para as reflexões do direito, sobretudo quando se tem em mente algum compromisso de transformação social no sentido de justiça material, é a Constituição de 1988. Conforme a lição de Clèmerson Clève, citada duas vezes no decorrer da Monografia, “O processo constituinte se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo Poder

Constituinte, de sua obra. A luta, que se travava no seio da Assembléia Constituinte, transfere-se para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação).”¹ Nisso é que, principalmente a partir das conversas com a Professora Vera Karam, percebi que o lugar jurídico das ações dos movimentos sociais está no direito de resistência, e a partir daí iniciou a linha de pensamento.

De outro lado, o fim das reflexões acaba, também, sendo o direito constitucional, porque os conflitos coletivos devem ser enfrentados por políticas públicas, não sendo bastantes em si mesmas as categorias do direito civil. Não são bastantes em si mesmas, mas são de extrema importância. Sobretudo devido ao fenômeno de “constitucionalização”, que teve dentre seus precursores o Professor Fachin. Não fosse isso, provavelmente as diversas leituras da Constituição relativas ao acesso aos bens, à sua distribuição, não teriam acontecido.

Carlos Drummond (“Nosso Tempo”) disse:

*“Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.
As leis não bastam. Os lírios não nascem
da lei.”*

Claro que não nascem da lei! A vida é mais dinâmica, complexa, ruim e gostosa do que qualquer texto pode apreender. Nem por isso o Direito não tem seu papel, de possibilitar que a vida seja mais justa e mais plena...

*“Come, braço mecânico, alimenta-te, mão de papel, é tempo de comida,
mais tarde será o de amor.”*

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. p. 37-38.

CAPÍTULO I

OCUPAÇÕES COMO MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

”quando a dor vira resistência”

1. INTRODUÇÃO: DIREITO DE RESISTÊNCIA/DESOBEDIÊNCIA CIVIL

O objeto desta pesquisa são as ocupações, de terrenos urbanos ou rurais, ou de prédios públicos (de entidades governamentais, em geral), por movimentos populares², como mecanismos de protesto e, em alguns casos, além de protesto, modo de satisfazer necessidades vitais negadas, como alimentação e moradia.

Uso o termo *ocupação* e não invasão para diferenciar o ato ilícito do ato político lícito, que é objeto da pesquisa³.

Na prática dos movimentos sociais brasileiros, tais ações são entendidas como manifestação do “direito de resistência”. A resistência é a expressão forte em nossa cultura política. Por exemplo, o “Ocupar, *resistir* e produzir”, do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, ou o lema da campanha encabeçada por uma jovem viúva de Goiânia, que teve seu marido assassinato em um despejo: “Quando a dor vira resistência”. Quando a dor vira resistência: este é o fenômeno da vida que enseja tais atos de ocupação.

Hoje há conflitos coletivos envolvendo milhares de pessoas, conseqüência de absurdos níveis de concentração da terra.⁴ Essas disputas por terra representam

² Urbanos e rurais, apesar de a referência mais freqüente ser ao MST, devido a sua expressão política, e à minha própria proximidade com este movimento. Ademais, em relação à luta agrária, “Levantamento realizado pela Ouvidoria Agrária Nacional indica que existem atualmente 71 entidades e movimentos sociais envolvidos nos conflitos agrários ou em ocupações de terras no Brasil” BRUNO, Regina. A grande propriedade fundiária ontem e hoje. Quis as razões para tanto poder e tanta intolerância dos proprietários. In: MELO, Dep. João Alfredo Telles Melo (org.). **Reforma Agrária Quando?** CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 132-3.

³ Ver nota de rodapé nº. 153.

⁴ MOLINA, Mônica Castagna. A legitimidade do conflito: onde nasce o novo Direito. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário**. São Paulo: Editora UnB, 2002. p. 31.

A respeito dos dados estatísticos sobre conflitos no campo e estrutura fundiária, ver: “Estrutura

exatamente o que Lorenzetti aponta: verificamos mudanças nos tipos de conflitos, que não são mais baseados na tradicional controvérsia bilateral.⁵ Edíson Barbosa, integrante da direção do MST em Pernambuco, apontou que aos trabalhadores (e aos excluídos) restam dois caminhos: ou a criminalidade ou a adesão a movimentos sociais para lutarem por seus direitos.⁶ E lutar por esses direitos depende de mecanismos de pressão, como as ocupações.

A doutrina não é consensual sobre as definições de desobediência civil, direito de resistência e objeção de consciência. Assim, para fins desse estudo, escolherei o conteúdo dos conceitos.

Objeção de consciência (de acordo com a definição de Hannah Arendt⁷, de Rawls⁸ e de Forst⁹, e longe do conceito proposto por Dworkin¹⁰) trata de argumentos

Fundiária e Grilagem de Terras” em **Reforma Agrária Quando?** p. 39-56. Ver também nota de roda-pé nº 75.

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 92.

⁶ MELO, J. A. T. M. (org.). **Reforma Agrária Quando?** p. 137.

⁷ Hannah Arendt é representante do paradigma republicano, segundo o qual a sociedade é totalidade política que se contrapõe ao Estado burocratizado. Segundo Fernanda Repolês, Habermas se opõe a essa visão, propondo uma concepção de esfera pública mais fraca do que a republicana, que quer institucionalizar todos os espaços. (REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2003. p. 30-31) Isso não implica em prejuízo das reflexões da autora sobre a desobediência civil, muito embora eu considere a reflexão de Habermas importantíssima, porque a institucionalização de todos os espaços da sociedade civil poderia representar, também, a necessidade de institucionalização dos movimentos sociais – o que representaria seu fim. Por outro lado, Habermas vê pontos positivos na teoria Republicana, os quais são extremamente pertinentes, em meu ponto de vista, para a radicalização da democracia. Segundo ele, A concepção republicana lembra o nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. A polícia, na visão **liberal**, é a sociedade (pessoas e mercado) programa o Estado (administração), a fim de impor interesses privados. Já para os **republicanos**, é a prática de cidadãos orientados pelo bem comum, para o entendimento. Tem mais do que função mediadora, pois é constitutiva do processo de socialização como um todo. O Estado, assim, tem a função de contribuir com o para processo inclusivo de formação de opinião e vontade. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Volume I. 2. ed. Trad. Fávio Beo Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113-168.

p. 332 e ss e 340.) Não é sem razão, como se vê, que Hannah Arendt e Habermas são defensores da desobediência civil.

⁸ Rawls, delimita seu âmbito de reflexão sobre o tema: uma sociedade quase justa, todavia com sérias violações de justiça, e a desobediência civil apenas em relação à autoridade democrática legitimamente estabelecida, e não refletirá sobre dissensão armada ou resistência como forma de transformar ou derrubar um sistema. (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 402.) Para ele a desobediência civil se justifica diante de situações de injustiça patente e significativa contra os princípios da liberdade igual e da igualdade equitativa de oportunidades. Exemplifica como a negação a determinadas minorias do direito de ter propriedade. (RAWLS, J. Obra citada. p. 412.) Gisele Cittadino, contra-argumentando Dworkin, segundo o qual a “posição original” de Rawls (acordo

entorno da consciência *individual*.¹¹ Difere da desobediência civil e não será objeto deste estudo.

Tem-se como definição de *desobediência civil*: ato formalmente ilegal, público, não violento e consciente de objeção a uma lei ou política governamental (mesmo que aceitas pela maioria dos cidadãos), realizado em grupo, coeso por um compromisso mútuo,¹² tendo como objetivo sensibilizar a opinião pública para sua causa e atingir o círculo oficial do poder político, com base na Constituição¹³, a fim de alterar uma lei, uma política governamental ou uma prática social¹⁴.

hipotético e a-histórico de cidadãos que estabelecem os princípios de justiça) é um conto de fadas, afirma que a posição original é apenas um meio de reflexão, que parte do pressuposto que há uma idéia intuitiva implícita na cultura democrática. (CITADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 99-100.) Por isso é que as reflexões de Rawls são úteis.

⁹ FORST, Rainer. **Contexts of justice**: Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarism. Translated by John M. M. Farrell. Los Angeles: University of California Press, 2002. p. 266.

¹⁰ Dworkin conceitua como desobediência civil o que para este trabalho é objeção de consciência. Trabalha o tema da desobediência civil a partir da desobediência, por motivo de consciência, às leis de recrutamento.

¹¹ Imperativos morais, para Arendt, e imperativos éticos, para Forst. Arendt afirma que “O problema da desobediência civil não tem qualquer analogia com nenhum dos casos [objeção de consciência ou homem que contesta a constitucionalidade de um estatuto], pela simples razão de que ele nunca existe como um único indivíduo; ele só pode funcionar e sobreviver como membro de um grupo”. (ARENDDT, Hannah. Desobediência Civil. In: ARENDT, Hannah. **Crises da República**. Editora Perspectiva. p. 55-56). Para Forst, a objeção de consciência se dá por razões éticas, em torno de valores que constituem a identidade da pessoa, como crenças religiosas, com significado existencial. Já a desobediência civil é resistência **política** à lei (FORST, R. Obra citada. p. 265-266). Para Rawls o exemplo clássico da objeção de consciência é o da recusa das testemunhas de Jeová de saldar a bandeira. À diferença da desobediência civil, não é ato praticado publicamente, não se procuram ocasiões para afirmar a causa tampouco há expectativa de mudar leis ou políticas. Afirma, entretanto, que em situações concretas não há distinção clara entre a desobediência civil e a objeção de consciência (RAWLS, J. Obra citada. p. 411.). Entendo, ao contrário, que essa diferenciação existe concretamente.

Hannah Arendt pondera que pode ocorrer de a objeção de consciência se tornar politicamente significativa, quando certo número de objetores se fazem ouvir em público. Mas aí estaremos diante de um caso em que o que foi decidido pela consciência individual tornou-se parte da opinião pública. Assim, não conta tanto se a opinião vem do foro individual ou não, mas sim ao número de pessoas a que a causa esta associada. (ARENDDT, H. Obra citada. p. 63-64.)

¹² ARENDT, H. Obra citada. p. 54-55. RAWLS, J. Obra citada. p. 404.

¹³ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 19. Nas palavras de Rawls, seria quando alguém se dirige ao senso de justiça da maioria da comunidade e declara que, “em sua opinião ponderada, os princípios da cooperação social entre homens livres e iguais não estão sendo respeitados”. Trata-se de um apelo a uma concepção de justiça partilhada pela comunidade. (RAWLS, J. Obra citada. p. 405 e 409.)

¹⁴ GARCIA, José Carlos. O MST entre a desobediência e a democracia. STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 158.

Forst afirma que a desobediência civil é resistência **política** à lei¹⁵. Não poderia ser diferente. A luta por direitos fundamentais como o trabalho, o acesso à propriedade, à alimentação e à moradia, não é isolada. *As causas da negação sistemática desses direitos são estruturais em nossa sociedade*: o modo de produção adotado, a concentração de riqueza, o histórico de oligarquias¹⁶. Daí que um dos maiores trunfos do MST e de movimentos por moradia é justamente seu ponto mais criticado pela mídia: reconhecer a natureza política da concentração de terra, e enfrentá-la jamais isoladamente.¹⁷

Entendo que diante da prática política dos movimentos sociais no Brasil, aquela ação, definida como desobediência civil, é idêntica ao que se entende por direito de resistência. Veja-se, a esse respeito, manifestação de Carlos Roberto Siqueira Castro durante os debates da Assembléia Nacional Constituinte:

“Todos têm direito de garantir o cumprimento da Constituição e de resistir aos atos de violação da ordem constitucional democrática. Em outras palavras, é o chamado direito político de resistência ou de desobediência civil. Esse é um direito que as constituições normalmente não explicam, mas que é autorizado pela teoria constitucional democrática.”¹⁸

¹⁵ Realizada por cidadãos, para: a) mudarem certas leis por serem discriminatórias a certos cidadãos – minoria étnica ou grupo socialmente discriminado [**nesse caso entrariam os sem-terra no Brasil**], num reclame pela dimensão ética da lei, contra seu processo de elaboração (que significa que no procedimento de elaboração as carências, necessidades e interesses devem entrar); b) nos casos que a aplicação da lei é feita de maneira seletiva; c) por **razões morais**, ligada à universalidade da proteção da dignidade humana. As normas legais (diferentemente dos valores éticos), são estruturas “exteriores” da liberdade negativa, que ao mesmo tempo capacita (“enables”) e limita. As “*persons of law*” não precisam se identificar com essas normas, mas com elas se conformar, para a certeza jurídica. No nível das *legal persons*, as ações devem ser justificadas com base na lei, e não com base em concepções morais, do bom, do politicamente correto. Desde que uma *legal person* aja de acordo com a lei, ele ou ela não precisam justificar a ninguém sua ação. Do ponto de vista dos cidadãos, por outro lado, as leis devem ter uma justificação geral, como autores das leis. Isso porque os *cidadãos* são responsáveis pela elaboração das leis (*are responsible for the law*), *legal persons* são responsáveis *before the law*. (FORST, R. Obra citada. p. 263-6.)

¹⁶ Neste sentido: “a dimensão dos problemas sociais urbanos decorrentes de uma ocupação territorial, que favorece e agrava a desigualdade social, exige um enfrentamento mais estrutural sobre o problema do acesso à terra urbana.” Rosa Helena Maria, em BALDEZ, Miguel Lancelotti. **Para o governo brasileiro a moradia não é direito**. Disponível na Internet via http://www.vermelho.org.br/museu/principios/anteriores.asp?edicao=54&cod_not=441 em 21.06.2007.

¹⁷ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 151.

¹⁸ Professor Carlos Roberto Siqueira Castro (PUC RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplementos e atas das comissões. Vol. 2, 27.05.1987. Citado em BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. Brasília: América Jurídica, 2003. p. 198. Grifei.

Também Forst define desobediência civil como resistência à lei.¹⁹

Assim, tomarei direito de resistência e desobediência civil como *equivalentes*, e utilizarei a expressão indiferentemente durante a pesquisa.²⁰

A ênfase será na ocupação de terras. Como bem sintetiza Buzanello: “A ocupação de terras é o ponto culminante da desobediência civil.”²¹

Por meio da pesquisa se verificou que autores filiados a diferentes e às vezes divergentes paradigmas conceituais e sociais defendem o direito de resistência (ou desobediência civil). Apesar das diferenças paradigmáticas, que, para fins do presente trabalho, não entendo incompatíveis, todos tomam este direito como elemento essencial para a construção e fortalecimento da democracia.

No Brasil, consoante Fernanda Repolês, o Movimento dos Sem-Terra tem sua luta confundida com a luta pela ampliação e reinterpretação dos direitos humanos e pelo aperfeiçoamento do regime democrático.²² Isso tem razão de ser. Conforme importante passagem de Marilena Chauí,

“somente as classes populares e os excluídos concebem a exigência de reivindicar direitos e criar novos direitos. Isso significa que a cidadania se constitui pela e na criação de espaços sociais de lutas (os movimentos sociais, os movimentos populares, os movimentos sindicais) e pela instituição de formas políticas de expressão permanente (partidos políticos, Estado de direito, políticas econômicas e sociais) que criem, reconheçam e garantam direitos.”²³

Nesse sentido, a observação de Hannah Arendt, para quem é erro afirmar que a lei promove mudança: “A lei realmente pode estabilizar e legalizar uma mudança já ocorrida, mas a mudança em si é sempre resultado de ação extralegal.”²⁴

¹⁹ FORST, R. Obra citada. p. 264-5.

²⁰ Note-se que isso se afasta da definição adotada por Fernanda Repolês, autora muito presente nesta pesquisa. Ela afirma que a desobediência civil não se confunde com o direito de resistência, que, ao contrário, questiona a autoridade do governo legitimamente instituído, ao passo que os desobedientes civis, defendem os princípios constitucionais. (REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 19-20.)

²¹ BUZANELLO, J. C. Obra citada. p. 285.

²² REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 22.

²³ CHAÚÍ, Marilena. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. In: TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves (Org.). **Os sentidos da democracia e da participação**. São Paulo: Instituto Polis, 2005. (Publicações Polis, 47). Anais do seminário Democracia e Participação; São Paulo, Julho 2004, p. 25. Grifei.

²⁴ ARENDT, H. Obra citada. p. 73.

Conforme observa Baldez:

“Os subalternizados, mesmo sem maior formação crítica, têm a sensibilidade da exclusão, e sabem que à terra só terão acesso rompendo as cercas em torno dela construídas: uma visível e, por isso, suscetível de ser derrubada a golpes físicos; a outra, mais embaraçante e de teia imperceptível, durante recoberta de normas, regras, juízes, liminares, policiais, jagunços etc. de bem mais difícil enfrentamento, pois não dispensa o trabalhador, além da necessidade de se organizar, como em Canudos e no Contestado, da ação jurídica no entremeio da ação política e do recurso a profissionais especializados e, se possível, comprometidos.”²⁵

Daí a legitimidade e importância da desobediência civil: o modo como os excluídos, os únicos que concebem a necessidade de reivindicar e criar direitos, de fazer valer suas pretensões. “Na realização da ocupação, os sem-terra, sem, ainda, conquistarem a terra, conquistam o fato: a possibilidade de negociação.”²⁶ Deste modo, os contestadores civis são uma forma de associação voluntária, assim como são os grupos de pressão²⁷, ou “lobistas”, reconhecidos como legítimos, pelo que essas associações deveriam ser consideradas pelo governo do mesmo modo que os grupos de pressão, influenciando suas decisões.²⁸

Dworkin reconhece isso, em artigo que trata especificamente da questão brasileira. Percebe a grande diferença de poder entre grupos sociais e refuta, assim, a bastante difundida idéia de que mesmo a desobediência civil não violenta é moralmente inadmissível numa democracia, regime no qual todos têm (ou teriam) voto igual, devendo-se respeitar o que decidiu a maioria:

“Essa visão popular, entretanto, é por demais crua – e o Movimento dos Sem-Terra mostra bem por quê. (...)”²⁹ **Uma história de injustiça que criou grande pobreza para milhões de**

²⁵ BALDEZ, M. L. Obra citada.

²⁶ FERNANDES, Bernardo Mançano. _____. O MST no contexto da formação camponesa no Brasil. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 45

²⁷ ARENDT, H. Obra citada. p. 85.

²⁸ ARENDT, H. Obra citada. p. 89.

²⁹ Em respeito ao autor, menciono aqui o trecho omitido: “Como argumentei em artigo anterior, a verdadeira democracia é mais do que um sistema em que a lei é, meramente, aquilo que representantes eleitos pela maioria decidem. Democracia genuína é participação num processo de autogoverno, em que a lei trata os cidadãos com igual respeito e preocupação, de modo que a própria democracia fica em perigo quando qualquer governo, mesmo os escolhidos em eleições justas, falha em corrigir injustiça profunda e manifesta contra um grupo. Nessas circunstâncias, a desobediência civil não é necessariamente errada. Mas também não é necessariamente certa, porque quebrar a lei não é ato que se justifique, sempre, apenas porque o objetivo é corrigir uma manifesta injustiça. Devemos distinguir entre duas causas que um movimento, agindo na legalidade, poderia ter. Ele

pequenos agricultores, segundo noticiado, também proporcionou poder político vasto e injusto a grandes proprietários, que hoje utilizam esse poder para evitar ou retardar reformas. Caso assim seja, os proprietários, e não os agricultores, estariam entretendo o julgamento econômico e estratégico da comunidade e o MST poderia alegar, de forma plausível, que não age para aterrorizar o governo, no sentido de se favorecer, mas, ao contrário, para **forçar fatias da opinião pública a ouvir sua alegação de ter sido vítima de discriminação injusta e egoísta.**³⁰

Com esta contextualização, proposta pelo festejado jurista contemporâneo, passa-se agora a discorrer sobre os requisitos para configuração da legitimidade da desobediência civil.

2. CARACTERÍSTICAS

2.1. DESOBEDIÊNCIA À LEI E FIDELIDADE AO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

a. Desobediência à lei

Como sintetiza Garcia, a **ilegalidade** do ato de desobediência deve ser para denunciar o caráter injusto de uma norma legal ou de uma política governamental³¹, ou para buscar a efetivação de uma política pública. Estes elementos são, no mundo dos

poderia apelar à consciência da comunidade como um todo, persuadindo a todos a ver e sentir a injustiça. Ou poderia tentar pressionar a comunidade, forçá-la a aceitar suas demandas por meio ou conveniência, e não por um fortalecido senso de justiça. É obvio que pessoas agem por motivações complexas. Mas suas ações não podem ser justificadas como desobediência civil, a menos que seja plausível supor que elas tenham o primeiro e não o segundo objetivo em vista. Essa é uma suposição plausível no caso dos sem-terra? Isso depende das respostas disponíveis sobre os motivos por que a reforma agrária não progrediu mais no Brasil até agora. (...) Razões econômicas e estratégicas são, sem dúvida, parte da explicação. Não está claro, nesta era de agricultura altamente tecnológica, se programas tradicionais de redistribuição de propriedade (aquisição da terra de poucos grandes proprietários, dividindo-as entre muitos pequenos) resultariam em uso eficiente. Em todo caso, compensar grandes proprietários pela terra seria caro e a grande população poderia discordar, de maneira muito razoável, quanto ao montante que deveria ser desviado pelo governo ou de outras áreas importantes – como educação, saúde e criação de empregos – para esse propósito, e quanto. Decisões como essas, a respeito das quais diferentes cidadãos têm diferentes opiniões, e de boa-fé, deveriam ser debatidas e tomadas pelos meios ordinários da política. Seria errado qualquer grupo usar meios ilegais para pressionar a comunidade, contra o honesto julgamento de seus representantes, para favorecer suas demandas. Mas, sempre de acordo com as informações da imprensa internacional, explicações convincentes sobre os atrasos da reforma agrária no Brasil têm necessariamente de levar em conta um segundo e muito diferente motivo.” (DWORKIN, Ronald. Os sem-terra vistos de fora. **O Estado de São Paulo**. 24/05/1997. A2, p. 14.)

³⁰ DWORKIN, R. Os sem-terra vistos de fora. Grifei.

³¹ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 155.

fatos, objeto de permanente disputa entre capital e trabalho:

“Pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*. É a partir desse confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito* e dos *serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou redução de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho.”³²

Para os fins buscados pela reivindicação, a violação pode ser da própria lei contestada ou, o que é mais comum, de outra lei, visando atingir àquela.³³ Esta segunda hipótese é a chamada desobediência indireta, nas palavras de Hannah Arendt.³⁴

De acordo com Rawls, a ilegalidade ocorre porque os apelos normais já foram feitos e fracassaram, os partidos políticos ficaram inertes e os protestos feitos legalmente não tiveram êxito. A desobediência civil, então, é o último recurso, e deve ser realizada apenas quando seja necessária. Mas, ressalta o autor, isso não significa que os meios jurídicos tenham que se ter exauridos.³⁵ No mesmo sentido, Hannah Arendt:

“A desobediência civil aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que, ou os canais normais para mudanças já não funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou, então, pelo contrário, o governo está em via de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostas a graves dúvidas”.³⁶

Essa falta de acesso e de legitimidade é gritante no Brasil, onde, ademais, vivemos uma cidadania de baixa intensidade³⁷. Os obstáculos ao acesso aos poderes instituídos são fortíssimos. A sociedade brasileira, como diz Marilena Chauí, é

³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109-110. Sublinhei. Itálico no original.

³³ ARENDT, H. Obra citada. p. 54-55. RAWLS, J. Obra citada. p. 404.

³⁴ ARENDT, H. Obra citada. p. 54-55.

³⁵ RAWLS, J. Obra citada. p. 413.

³⁶ ARENDT, H. Obra citada. p. 68.

³⁷ A expressão é de Guillermo O'Donnell. Em CITTADINO, Gisele. Obra citada. p. 10.

marcada por um autoritarismo social profundo, porque hierárquica e violenta (o que se expressa no machismo, no racismo, na discriminação religiosa e de classe social, e nas desigualdades econômicas). Não há percepção nem prática dos direitos à igualdade e à liberdade. Os interesses, por não se tornarem direitos efetivos, tornam-se privilégios de alguns, e carência não satisfeita para outros. Nessa sociedade, capitalista, os obstáculos à democracia são imensos, pois os conflitos de interesses são postos pela exploração de uma classe social por outra, apesar de a ideologia afirmar que todos são livres e iguais.³⁸ Francisco de Oliveira também faz uma análise muito realista: hoje, o poder do capital concentra em si os poderes sociais, dentre eles o Legislativo:

“provavelmente estamos de volta à concentração de poderes feudais: o econômico, o militar, o político, o social. Mais: **as empresas são agora o poder político e, na clássica divisão entre o poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário**, assaltam e preenchem todos os lugares. Dois processos em curso, a desterritorialização e a juridificação da mercadoria, transformam as empresas nesse novo Senhor Feudal. (...) A empresa Monsanto e a sua posse das sementes transgênicas é o emblema da mercadoria que carrega consigo sua própria lei.”³⁹

Fora esse novo “Senhor Feudal”, há estruturas ainda mais arcaicas. A imensa concentração fundiária no Brasil ainda “engendra vigorosas relações de poder”, econômico e político – vide a composição do Congresso Nacional.⁴⁰ Aliás, prova disso foi a aprovação do vergonhoso relatório “alternativo” da CPMI da Terra, apresentado pelo Deputado (e latifundiário), Abelardo Lupion, que “prevê um projeto de lei que classifica as ocupações de terra como atos terroristas e outro que transforme em crime hediondo as invasões que sejam acompanhadas por saques, depredações e prática de cárcere privado”⁴¹, a despeito do relatório cuidadosamente elaborado pelo relator, João Alfredo Telles Melo.⁴²

³⁸ CHAUI, Marilena. CHAUI, Marilena. A sociedade democrática. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário**. São Paulo: Editora UnB, 2002. p. 336 e 338-9.

³⁹ OLIVEIRA, Francisco de. OLIVEIRA, Francisco de. O capital contra a democracia. In: TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves (Org.). **Os sentidos da democracia e da participação**. São Paulo: Instituto Polis, 2005. (Publicações Polis, 47). Anais do seminário Democracia e Participação; São Paulo, Julho 2004. p. 17. Grifei.

⁴⁰ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 150.

⁴¹ www.radiobras.gov.br/materia_i_2004.php

⁴² Este relatório não aprovado foi publicado: MELO, Dep. João Alfredo Telles (org.). “Reforma Agrária Quando? CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil.” Brasília: Senado Federal, 2006.

Como se vê, nichos históricos de poder se articulam a novas e amplas estruturas, combinação esta que obstrui o surgimento de espaços públicos, interativos, de contextos comunicativos, nos quais se possa tomar consciência da opressão.⁴³ Carecem, as instituições, neste contexto, de critérios de legitimidade: são essas as situações nas quais a desobediência civil é legítima.

Hannah Arendt bem sintetiza que normalmente “O compromisso moral do cidadão em obedecer às leis, tradicionalmente provém da suposição de que ele, ou seu consentimento a elas, ou foi o próprio legislador.”⁴⁴ A autora afirma que os problemas dessa concepção clássica residem em que o consentimento tem origem ficta e que o voto, como base suficiente para a democracia, é justamente o que está sobre ataque, no caso da desobediência civil⁴⁵, na seara das afirmações de Marilena Chauí e Francisco de Oliveira.

Continua Arendt: o contrato social é ficção.⁴⁶ O explica, diferenciando⁴⁷: **a)** *consensus universalis*, tácito, inerente à condição humana do nascimento, que implica no direito divergir. Este não é ficto; **b)** consentimento a leis específicas, se entendido

Plínio de Arruda Sampaio afirma, na apresentação do livro, à página 12: “A CPI infelizmente deu em nada. Mas as informações, abundantes e fidedignas, sobre os aspectos mais importantes da vida rural brasileira, foram recolhidos e constam agora desta publicação”.

⁴³ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 149 e 151.

⁴⁴ ARENDT, H. Obra citada. p. 74.

⁴⁵ ARENDT, H. Obra citada. p. 76.

⁴⁶ Mas na prática que denomina de pré-revolucionária norte-americana, não é mera ficção. (ARENDT, H. Obra citada. p. 76.) Apresenta três tipos de teoria do contrato social: a) Convênio bíblico do povo com deus. b) Contrato vertical, de Hobbes. Cada indivíduo (e todo indivíduo) celebra um acordo com a autoridade estritamente secular para garantir sua segurança. Trata-se de submissão. c) Contrato horizontal de Locke. Há uma aliança de todos os indivíduos membros que, depois de estarem comprometidos, fazem um contrato com o governo. Há limitação do poder de cada indivíduo, mas permanece intacto o poder da sociedade, mesmo que o governo rompa seus acordos para com esta. A autora, por estas razões, prefere essa terceira modalidade. Mais adiante, afirma que o consentimento no modo norte-americano se enquadra nessa terceira definição. (ARENDT, H. Obra citada. p. 72 e 82)

⁴⁷ ARENDT, H. Obra citada. p. 79.

“A situação factual do recém-nascido implica numa espécie de consentimento; ou seja, num tipo de conformação às regras com as quais é jogado o grande jogo da vida no grupo particular a que ele pertence por nascimento. Todos nós vivemos e sobrevivemos por uma espécie de *consentimento tácito* que, no entanto, seria difícil chamar de voluntário. Como podemos exercer nossa vontade sobre o que já está determinado. (...) Dissidência implica em consentimento e é a marca do governo livre; quem sabe que pode divergir sabe também que de certo modo está consentindo quando não diverge. (...) Deste ponto de vista o consentimento tácito não é ficção; é inerente à condição humana.” (ARENDT, H. Obra citada. p. 78-79. Sublinhei.)

como parte do *consensus universalis*, é ficto, sobretudo contemporaneamente, quando o governo representativo está em crise, porquanto não tem mais a práxis de participação social, e a tendência da burocratização.⁴⁸

Diante disso, agora com Dworkin, o governo deve ter especial responsabilidade com os que atuam de acordo com um juízo de razoabilidade de que uma lei é inválida. Toda norma jurídica se apóia, e presumivelmente se justifica, em virtude de um conjunto de diretrizes políticas que visam promover e princípios que respeita⁴⁹ Entendo que Dworkin sustenta, na esteira da linha de raciocínio de sua obra, que no caso concreto, deve-se verificar o que tem mais peso, se os princípios que sustentam a norma ou se os argumentos para a reivindicação, por meio da desobediência, de sua mudança.

Os sem-teto e os sem-terra sabem realizar essa ponderação, porque sofrem na pele a consequência das normas injustas. Por isso legítima é a desobediência à lei para a reivindicação de seus direitos, já que tem para si o esgotamento das vias institucionais, tomadas pelo poder político e econômico de oligarquias e, hoje, grandes empresas.

b. Fidelidade ao ordenamento constitucional

A ilegalidade do ato deve ser pontual. Não se trata, aqui, de contestar o ordenamento jurídico como um todo. Há de se respeitar a Constituição, para salvaguardar a democracia:⁵⁰

⁴⁸ Ela faz essa afirmação acerca do contexto norte-americano, mas que se aplica à nossa conjuntura (vide Marilena Chauí e Francisco de Oliveira). Neste último ponto, relaciona ao bipartidarismo dos EUA, que tende a não representar mais ninguém Ainda diz, com referência sempre aos Estados Unidos, duas outras causas de crise constitucional: a) perda de confiança nos processos constitucionais; b) má vontade em reconhecer o *consensus universatis* por parte de negros e índios – aliás, grupos que nunca foram incluídos no consenso. (ARENDR, H. Obra citada. p. 80)

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Traducción Marta Gustavino. 5 reimp. Barcelona: Ariel, 2002. p. 319.

⁵⁰ Esta idéia é presente em Dworkin, Arendt, Forst e Rawls. Porém é mais salientada por Habermas, segundo o qual a possibilidade de questionamento do Direito encontra-se dentro dele mesmo, na própria Constituição. (HABERMAS, J. Obra citada. p. 134.)

“Democracia e constituição são construções sociais que, se guarda uma inaplacável permanente tensão entre si, são absolutamente complementares e absolutamente requerentes, de tal sorte que só há democracia se houver limites constitucionais que garantam a minoria e impeçam a *res total* e só há constitucionalismo se a constituição possibilitar a formação de uma vontade política e jurídica que possa ser assumida como de todos e de cada um.”⁵¹

Os movimentos sociais no Brasil, no limite daqueles que tomei conhecimento, adotam os princípios constitucionais como legítimos. Veja-se trecho da Plataforma Brasileira para Prevenção de Despejos, elaborada por organizações da sociedade civil, movimentos sociais, redes, organizações não governamentais nacionais e internacionais, em julho de 2006, na cidade de Recife, Pernambuco:

“As ocupações realizadas pelos movimentos sociais do campo e da cidade são práticas sociais de resistência a este modelo de desenvolvimento implementado pelo Estado, pois são ações pautadas pelos princípios de nossa Constituição Federal, a da democracia, liberdade de manifestação e a primazia da dignidade da pessoa humana.”

No mesmo sentido, a Carta do Recife por um Brasil Livre de Despejos:

“Diante da necessidade de enfrentar esse quadro, os movimentos sociais e entidades da sociedade civil organizada reafirmam os seguintes princípios: • O Respeito à dignidade da pessoa humana; • O protagonismo dos movimentos sociais reforçando a democracia brasileira e a efetivação dos direitos humanos; • O direito à terra e à moradia como um direito humano fundamental; • O Cumprimento da função social da terra e da propriedade; • A prevalência dos direitos humanos sobre os direitos patrimoniais; • A relevância das necessidades reais das comunidades envolvidas (estado de necessidade social) nos conflitos fundiários; • O respeito e reconhecimento da cultura e dos territórios tradicionais e étnico-raciais; • O respeito a idosos e crianças e a não discriminação a mulheres, afro-descendentes, pessoas com deficiência, GLBTs e indígenas.”

Além de não negarem os princípios constitucionais⁵², as ocupações de terra

⁵¹ Excerto do prefácio de Menelick de Carvalho Netto. Em: REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. Sem numeração de página.

⁵² Apesar dessa aceitação, pacífica dentre os movimentos sociais, esta questão da fidelidade ao ordenamento jurídico merece alguma reflexão. Arendt afirma que “(...) o compromisso é inerente a todas as promessas. Toda organização de homens, seja social ou política, se baseia fundamentalmente na capacidade do homem de fazer promessas e mantê-las.” (ARENDR, H. Obra citada. p. 82) Esse é um ponto interessante: em que medida se pode considerar que a grande maioria das pessoas de nosso país, os excluídos, são capazes de fazer promessas? Ou, mais especificamente, que foram capazes de fazer acordo no momento da Constituinte? Talvez essa suposição somente seja ficta para fins de podermos sustentar, discursivamente, que a democracia e o ordenamento jurídico são legítimos. Há de se considerar que: “O processo constituinte sofreu enorme influência social – algo inédito no nosso constitucionalismo. A disputa política foi balizada basicamente em duas perspectivas: uma que exigia mudanças significativas na vida do país (ABI, CNBB, OAB, CUT, UNE, UBES, MST,

confrontam o direito de propriedade, sem haver, por parte do MST, negação dos princípios constitucionais ou do instituto da propriedade em si, pois reivindicam seu acesso a ela. Há, sim, “severa crítica à propriedade privada e ao sistema capitalista em seus documentos, algo que em si encontra-se perfeitamente legitimado pela liberdade de consciência e expressão consagrada na Constituição (art. 5º, IV e VI).”, crítica esta que se reflete na estruturação de seus assentamentos. “O movimento nitidamente formula um questionamento de caráter moral à propriedade da terra, identificando o direito de possuí-la e o dever de nela trabalhar e viver”.⁵³ Da mesma forma os

Igrejas, ONGs), enquanto a outra, se não lutava para manter o *status quo*, reivindicavam seus interesses empresariais (UDR, FIESP, CNI, FEBRABAN). Esses diferentes atores sociais da ANC, após o desafogo inicial das demandas estritamente políticas (anistia, eleições diretas, liberdade dos presos políticos), mudam para uma agenda mais pragmática (salários, empregos, ações coletivas, seguro social, financiamento público, carga tributária e desenvolvimento econômico-social). Somente as entidades religiosas, com destaque para a Igreja Católica, efetuaram ampla mobilização nacional objetivando inserir, no texto constitucional: a reforma agrária; a reforma urbana; a democracia direta etc. Quanto ao Plano da Organização do Estado (Executivo, Judiciário, Ministério Público, Procuradorias, Defensorias, Delegados), ao mesmo tempo em que tinham o desejo do restabelecimento do Estado de Direito, do fortalecimento do Legislativo e da independência do Judiciário, lutavam por interesses corporativos.” (BUZANELLO, J. C. Obra citada. p. 197. Descrição semelhante apresenta Gisele Cittadino, demonstrando otimismo nos resultados da Assembléia Constituinte. CITTADINO, G. Obra citada. p. 50.). Questão difícil de avaliar, entretanto, é se a Constituição representou de fato avanço democrático e se teve participação do conjunto da população ou se foi amortização do conflito de classes, engodo, “cala boca” às classes populares (afinal, a maioria da ANC era de direita, sendo que o projeto aprovado foi progressista - CITTADINO, G. Obra citada. p. 63.). Na sugestão de Abili L. C. de Lima, em debate sobre o tema, representou revolução passiva, pelo alto, dentro dos interesses das classes dirigentes. É progressiva na enunciação de direitos, mas na prática é diferente, *coopta* elementos das classes subalternas e partidos de esquerda para manter da mesma forma as relações materiais. Aí se está diante de um questionamento da legitimidade da própria Constituição. Mas sobre isso não pretendo avançar. Para fins da pesquisa, permanece considerada legítima a Constituição e o poder constituinte que a instaurou. Mesmo porque, ao que se saiba, não houve manifestação *contra* a Constituição. Ao que parece, foi um acordo de concessões mútuas entre os diversos grupos participantes CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995. p. 40) – ainda que estes não sejam a sociedade como um todo, massa inerte. Mas, se foi concessão mútua, note-se, foi entre desiguais, porque as minorias não tinham correlação de forças favorável o suficiente para não aceitar a Constituição. De qualquer forma, “O processo constituinte se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo Poder Constituinte, de sua obra. A luta, que se se travava no seio da Assembléia Constituinte, transfere-se para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação).” (CLÈVE, C. M. Obra citada. p. 37-38.) Os movimentos sociais praticam exatamente isso nas suas ações

⁵³ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 164-5. Neste ponto, o autor lembra, em nota de rodapé, que “Relação semelhante é perceptível mesmo em clássicos do liberalismo, como John Locke (1973), para quem o trabalho é fundamento da propriedade”. Segundo a liderança do MST: “Não é preciso criar paranóia, dizendo que está em jogo a propriedade privada. Ao contrário, ‘companheirinhos’ da direita, nesse aspecto somos pelegos, porque queremos que a propriedade privada do bem, da natureza, da terra,

movimentos de luta pela moradia não questionam o instituto da propriedade, mas reivindicam habitação digna para si, em uma concepção incluyente do espaço urbano.

2.2. PUBLICIDADE E INEXISTÊNCIA DE CRIME

Requisito para a configuração legítima do direito de resistência é a publicidade das ações.⁵⁴ Esse, aliás, é elemento essencial para que se possa obter a pressão almejada junto ao Estado.⁵⁵

Fernanda Repolês conecta o elemento da publicidade com o da fidelidade à lei e a exclusão de ilicitude:

“é um ato público lícito, pois, embora ilegal, não é antijurídico, ou seja, embora não preserve a legalidade do Direito, levanta pretensão de legitimidade do mesmo, o que o diferencia de um crime.”⁵⁶

Os autores repudiam fortemente a comparação da desobediência civil a um crime⁵⁷, assim como refutam que seja requisito desta que o objetor aceite a punição.⁵⁸

Dworkin, apesar de tratar de casos individuais de desobediência, se

seja para todos, e não só para vocês”. (Depoimento de João Pedro Stédle, liderança do MST, à CPMI da Terra transcrita em MELO, J. A. T. M. (org.). **Reforma Agrária Quando?** p. 120.)

⁵⁴ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 157.

⁵⁵ GARCIA, J. C. Obra citada. 168.

⁵⁶ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 19.

⁵⁷ “(...) a existência e a atuação global do MST como movimento social não só não são nocivas à democracia como são mesmo indispensáveis ao seu fortalecimento e ao atendimento, por parte das autoridades públicas de uma agenda social eternamente postergada, não podendo ser identificadas com as de bandidos, assaltantes ou inimigos da democracia”. (GARCIA, J. C. Obra citada. p. 173.)

⁵⁸ Importa mencionar que, em sentido oposto do que se sustenta aqui, Rawls defende que o desobediente deve assumir os efeitos jurídicos (entendo que de punição) de sua conduta. Assevera que “às vezes, se o apelo fracassar em seu intento, é possível que sem seguida se faça uso da resistência pela força.” Explica que a não violência da desobediência civil significa não que não se possa usar a força, mas que expressa desobediência à lei dentro dos limites da fidelidade à lei, de modo que se dispõe a aceitar as consequências jurídicas da própria conduta. (RAWLS, J. Obra citada. p. 406.) Em sentido oposto, Hannah Arendt critica Sócrates e Thoreau, que defendem que a desobediência civil é legítima se o desobediente civil aceitar a punição correspondente à violação que pratica; pondera que Sócrates “nunca contestou as leis em si mesmas”, mas sim “aquele erro judicial específico”. Não defendia que seu infortúnio desse direito à “Romper contratos e acordos com as leis”. Por outro lado, para Arendt Thoreau protestou contra a injustiça das leis (ao contrário de Sócrates). Mas travou seu debate não em relação ao cidadão, mas sim em relação à moral individual. O ponto de crítica de Arendt é que a consciência é *apolítica*, não interessada no contexto geral onde está inserida nem nas consequências ao mundo, interessadas no ponto de vista do indivíduo. (ARENDR, H. Obra citada. p. 56-59.)

distanciando do conceito trabalhado nesta monografia, de ação coletiva, traz argumentos interessantes para pensar a questão da punição.⁵⁹

Defende que há, pelo menos *prima facie*, boas razões, para não processar aqueles que desobedecem as leis por motivo de consciência: a) estes têm melhores motivos do que os que infringem a lei pelo desejo de subverter o governo. Afinal, argumenta, se os motivos podem contar para estabelecer distinções entre ladrões, por que não contar para objetores de consciência? b) a sociedade estaria perdida se castigasse um grupo que inclui alguns de seus cidadãos mais respeitosos da lei, sendo que encarcerar essas pessoas serve para intensificar a alienação da sociedade.⁶⁰

Ao se julgar os objetores, defende, não se pode dar por certo que querem o privilégio de desobedecer a leis válidas, castigando-os com base na equidade.⁶¹ Nessas práticas há propósitos subjacentes, que constituem justamente o processo de evolução que põe à prova o direito, mediante a experimentação dos cidadãos e o processo do contraditório.⁶²

Hannah Arendt critica os juristas que defendem a incompatibilidade entre a desobediência civil e o sistema legal do país, aliás, entendendo desobediência civil como violação à lei.⁶³ Do ponto de vista dos juristas, segundo ela, a lei é violada tanto pelo objetor de consciência quanto pelo criminoso.⁶⁴ Hannah Arendt porém, refuta a equiparação entre as duas situações: **“Há um abismo de diferença entre o criminoso que evita os olhos do público e o contestador civil que toma as leis em suas próprias mãos em aberto desafio.”**⁶⁵ Fora isso, o transgressor comum age exclusivamente em benefício próprio, ao passo que o contestador civil, ainda que normalmente seja um dissidente da maioria, age em nome e para o bem do grupo.⁶⁶

Desde uma perspectiva técnica, o eminente penalista Juarez Cirino dos Santos afirma que a desobediência civil (definida por ele da mesma forma da conceituação

⁵⁹ DWORKIN, R. **Los Derechos en Serio**. p. 321.

⁶⁰ DWORKIN, R. Obra citada. p. 305.

⁶¹ DWORKIN, R. Obra citada. p. 309.

⁶² DWORKIN, R. Obra citada. p. 319.

⁶³ ARENDT, H. Obra citada. p. 53.

⁶⁴ ARENDT, H. Obra citada. p. 67.

⁶⁵ ARENDT, H. Obra citada. p. 69

⁶⁶ ARENDT, H. Obra citada. Local citado.

adotada nesta pesquisa) é uma forma de excludente da culpabilidade, ou seja, que exclui a reprovação da conduta, impedindo com que o ato seja considerado como crime:

“A situação de exculpação definida como *desobediência civil* tem por objeto *ações* ou *demonstrações públicas*, como bloqueios, ocupações, etc., realizadas em defesa do bem comum, ou de questões vitais da população, ou mesmo em lutas coletivas como direitos humanos fundamentais, como greves de trabalhadores, protestos de presos, e, no Brasil, Movimento dos Sem Terra, desde que não constituam ações ou manifestações violentas ou de resistência ativa contra a ordem vigente – exceto obstruções e danos limitados no tempo – e apresentam relação reconhecível com os destinatários respectivos.

“Autores de fatos qualificados como *desobediência civil* são possuidores de *dirigibilidade normativa* e, portanto, capazes de agir conforme o direito, mas a exculpação se baseia na existência subjetiva de motivação pública ou coletiva relevante, ou, alternativamente, na desnecessidade de punição, porque os autores não são criminosos – portanto, a pena não pode ser retributiva e, além disso, a solução de conflitos sociais não pode ser obtida pelas funções de prevenção especial e geral atribuídas à pena criminal.”⁶⁷

Sobre o assunto, o STJ já teve ocasiões de se manifestar, acerca de conflitos de terra no Pontal do Paranapanema. Os votos falam por si só:

“(…) Reivindicar, por reivindicar, insista-se, é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o ‘**princípio da proporcionalidade**’, tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

“A postulação da reforma agrária, manifestei em *habeas corpus* anterior, não pode ser confundida, identificada, com esbulho possessório ou alteração de limites. Não se volta para insurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao direito. Sabido, dispensa à prova, por notório, o Estado, há anos, vem remetendo a implantação da reforma agrária.

“Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o Patrimônio. Indispensável a sensibilidade do Magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.”⁶⁸

“Não vislumbro, substancialmente (...), no caso concreto, formação de quadrilha ou bando, ou seja, infração penal em que se reúnem três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. Pode haver, do ponto de vista formal, diante do direito posto, insubordinação: materialmente, entretanto, a ideologia da conduta não se dirige a de perturbar, por perturbar, a propriedade. Há sentido, finalidade diferente. Revela sentido amplo, socialmente de maior grandeza, qual seja, a implantação da reforma agrária.”⁶⁹

O Ministro Vicente Leal, concordando com a posição vencedora, colocou interessantes questões, às quais sugeriu respostas afirmativas, apesar de implícitas:

⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3 ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004. p. 262-263. Sublinhei. Itálico no original.

⁶⁸ STJ. 6ª Turma. rel. desig. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. HC 5.574/SP. DJU 18.08.1997. RT 747. Fragmento do voto (vencedor) do relator . p. 611-612.

⁶⁹ STJ. 6ª Turma. rel. Min. William Patterson. HC 4.399/SP. DJU 08.04.1996. Revista do STJ, 87. Fragmento do voto do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. p. 371-372.

“Pergunto, à medida que os fatos se desenrolaram, se não seria – o Ministro Luiz Vicente Chemicciaro enfocou bem – uma ‘reforma agrária de baixo para cima’, uma pressão social, já que o governo está ‘tranquilo’ a não sei quanto anos quando todas as nossas Cartas e as nossas Constituições estão apregoando reforma agrária? (...) Seria o uso do direito de resistência? Não temos na Constituição brasileira, como em alguns estatutos políticos estrangeiros, expressamente, o direito de resistência. Têm os súditos o direito de se rebelar contra o soberano que não está agindo a favor do povo?”⁷⁰

Sobre tais votos, ainda acerca do questionamento da legalidade, Garcia afirma:

“Nestes termos [com referência ao HC 5.574/SP], a ocupação de uma agência bancária como forma de protesto contra a ausência de políticas oficiais mais ousadas para o financiamento à pequena propriedade rural e aos assentamentos não pode jamais ser identificada com a conduta de assaltantes de banco, como já disse o Presidente [Fernando Henrique Cardoso] em certa ocasião (ver *Jornal do Brasil*, 28 de maio de 1998, capa e p. 2), especialmente quando se tem ciência do ‘perdão ao calote’ por parte do Banco do Brasil em benefício dos grandes latifundiários protegidos pela poderosa bancada ruralista na Câmara dos Deputados, como amplamente divulgado pela imprensa nacional em passado nada distante.”⁷¹

Os votos vencidos também têm conteúdo político fortíssimo. O Ministro William Patterson fundamenta seu posicionamento artigo de opinião⁷² publicado em jornal da região do conflito:

“O Magistrado de Pirapozinho vem atuando com *independência, equilíbrio e autoridade na condução do processo*, ao inverso do MST, que busca ‘manter o governo acuado para desestabilizado, *de olho no seu mirabolante projeto socialista*. Como a reforma agrária está avançando com número crescente de assentamentos, é preciso fabricar artificialmente novos sem-terra. Como a questão fundiária no Pontal está próxima de uma solução, é preciso promover invasões em Ribeirão Preto, Ourinhos e Jaú. E daí por diante. Se o Governo não demonstrar firmeza e cair nesta armadilha, pode preparar para o crescimento dos conflitos do campo, dos quais o MST, com frieza, espera colher seus mártires’, salientou *ilustre* editoralista do *Jornal da Tarde*, edição de 17 de janeiro último.

“Em outro artigo publicado no mesmo órgão de imprensa, restou salientada a necessidade de ‘impedir as invasões, porque elas – é bom não esquecer – estão na origem dos conflitos. As coisas precisam ficar bem claras – invadir propriedade alheia é uma afronta à lei e enquanto as invasões forem toleradas não haverá possibilidade de paz no campo. Ou *existe o império da lei e da ordem*, o respeito ao estado de direito, ou regredimos ao estado de anarquia. É isso mesmo que parece desejar o MST, cujo projeto ‘revolucionário’ é incompatível com a ordem

⁷⁰ STJ. 6ª Turma. rel. Min. William Patterson. HC 4.399/SP. DJU 08.04.1996. Revista do STJ, 87. Fragmento do voto do Min. Vicente Leal. p. 374-375.

⁷¹ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 168.

⁷² Como bem observa Marilena Chauí, um dos obstáculos à democracia hoje são exatamente veículos que transmitem informação de acordo com os interesses de seus proprietários. (CHAUÍ, Marilena. A sociedade democrática. p. 338.) É o que ela denomina de: “informação de mão única, veiculada pelos meios de comunicação de massa, que universalizam para todas as classes sociais os interesses e privilégios das classes dominantes, operando como contra-informação, alimentando e reforçando o processo de alienação social e política das demais classes sociais, identificadas com valores, idéias, comportamentos e interesses dominantes.” (CHAUÍ, Marilena. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. p. 27.)

decretada. (Jornal da Tarde, edição de 31.01.1997.)”⁷³

Vê-se neste outro voto:

“Hoje invadem as propriedades rurais, à semelhança das famosas ‘ligas camponesas’ de *triste memória*. Amanhã poderão invadir indústrias, fábricas e estabelecimentos comerciais, assegurada a impunidade, a *pretexto* de ‘problemas sociais’. Isso representaria o óbito do Estado e da sociedade juridicamente organizada. E isso o Poder Judiciário não pode admitir e tolerar.”⁷⁴

Diferentemente do fundamento dos votos, as atuais pesquisas indicam que a causa dos conflitos no campo não está nos movimentos camponeses, mas sim na concentração da propriedade rural⁷⁵, de modo que se defende a legitimidade do direito de resistência como promotora da solução dos conflitos no campo, em defesa de um concreto império da justiça, e não do retórico “império da lei e da ordem”, de uma “ordem decretada”, conforme apontam os votos. Ademais, os problemas sociais não são pretexto. Infelizmente são realidade. Realidade à qual só conseguem, os excluídos, mormente fazer frente, por meio do direito de resistência, como se pretende estar demonstrando neste trabalho.

De acordo com Marilena Chauí, a democracia é o único regime político que considera o conflito legítimo. Os indivíduos e grupos se organizam em associações, em movimentos populares, em sindicatos, criando um “*contrapoder social*” que, direta

⁷³ STJ. 6ª Turma. rel. desig. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. HC 5.574/SP. DJU 18.08.1997. RT 747. Fragmento do voto vencido do Min. William Patterson . p. 610-611. Sem grifos no original.

⁷⁴ STJ. 6ª Turma. rel. Min. William Patterson. HC 4.399/SP. DJU 08.04.1996. Revista do STJ, 87. Fragmento do relatório do Min. (vencido) William Patterson . p. 366-367..

⁷⁵ “*A concentração fundiária está na raiz da violência no campo.*” (MELO, J. A. T. M. (org.). **Reforma Agrária Quando?** p. 25.) “Dados oficiais revelam que 1,6% dos proprietários com imóveis acima de mil hectares detêm 46,8% do total da área cadastrada pelo INCRA no País. Por outro lado, mais de três milhões de famílias de trabalhadores rurais não dispõem de terra para viver e trabalhar. (...) Cerca de 170 mil famílias vivem em acampamentos à beira de rodovias ou em áreas ocupadas, à espera de um pedaço de chão, enquanto aproximadamente 840 mil estão cadastradas pelo INCRA como possíveis beneficiárias da reforma [agrária]. Essa imensa demanda é compatível com a disponibilidade de terra que o Brasil possui” Idem, p. 27. Paralelamente a esses problemas enfrentados no campo, há, nas **idades**, um drama habitacional, provocado pelos seguintes fatores: valores miseráveis dos salários [já que, entendendo a terra como um bem de troca, é preciso ter poder de troca para obtê-la, ou para poder usá-la], desemprego, violenta especulação imobiliária e finanças públicas drenadas por um setor parasitário. (DEL RIO, Manoel. *Moradia: um direito e uma luta*. In: **Direitos Humanos no Brasil 2003: Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em colaboração com Global Exange**. Rio de Janeiro, 2004. p. 213-4)

ou indiretamente, limita o poder do Estado.⁷⁶ De acordo com a explicação da socióloga da USP, Vera da Silva Telles, os direitos humanos têm uma “dimensão transgressora”, ligada a essa concepção de legitimidade do conflito exposta por Marilena Chauí:

“ (...) os direitos estruturam uma linguagem pela qual esses sujeitos elaboram politicamente suas diferenças e ampliam o "mundo comum" da política ao inscrever na cena pública suas formas de existência, com tudo o que elas carregam em termos de cultura e valores, esperanças e aspirações, como questões que interpelam o julgamento ético e a deliberação política. (...) Se é certo que a reivindicação por direitos faz referência aos princípios universais da igualdade e da justiça, esses princípios não existem como referências de consenso e convergência de opiniões. Ao contrário disso é o que define o terreno do conflito no qual as disputas e antagonismos, divergências e dissensos, ganham visibilidade e inteligibilidade na cena pública.”⁷⁷

As denúncias contra a politização dos movimentos sociais, a exemplo daquela exposta no voto do ministro do STJ, fazem parte desta disputa política em torno dos direitos. São táticas usuais “neste país marcado por um baixo índice de participação política”⁷⁸, reforçada por certo preconceito popular contra a militância. Essa tática de desmoralização se articula, e só poderia mesmo se ligar, “com a cultura tecnocrática amplamente desenvolvida pela ditadura militar, segundo a qual a política não deve ser vista como coisa pública, e sim como questão de especialistas oficiais”.⁷⁹ Como bem disse Juarez Cirino em passagem supra citada, questões sociais não podem ser tratadas

⁷⁶ CHAUI, Marilena. A sociedade democrática. p. 336. Neste sentido: “A resistência leva à necessidade de identificação de formas de contrapoder de pessoas ou de populações marginalizadas.” (BUZANELLO, J. C. Obra citada. p.104.) “A incorporação de sujeitos coletivos como o MST e o reconhecimento da sua importância na consolidação democrática, portanto, inserem-se no esforço de resistência às teses de governabilidade neoliberal e de composição de um leque amplo de contrapoderes que ofensivamente construam um paradigma diferente de prática política e relação entre o Estado, o mercado e a sociedade civil.” (GARCIA, J. C. Obra citada. p. 172.)

⁷⁷ Prossegue, exemplificando com atuações do movimento negro, movimento de mulheres e de sem terra: “Quando os trabalhadores sem-terra fazem as ocupações de terra, instauram um conflito que é mais do que o confronto de interesses, pois abrem a polêmica - e o dissenso - sobre os modos como se entende ou pode se entender o princípio da propriedade privada e seus critérios de legitimidade, sobre o modo como se entende ou pode se entender a dimensão ética envolvida na questão social e sua pertinência na deliberação sobre políticas que afetam suas vidas, sobre o modo como se entende ou pode se entender a questão da reforma agrária, suas relações com uma longa história de iniquidades e o que significa ou pode significar para o futuro deste país.” (TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata? **Revista da USP**, São Paulo, v. 37, p. 34-45, 1998. [Versão a mim disponível sem numeração de páginas.]

⁷⁸ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 149.

⁷⁹ GARCIA, J. C. Obra citada. Local citado.

pela medida de retribuição penal. Tampouco atos de resistência são crimes, porque públicos, de reivindicação legítima de direitos fundamentais.

2.3. NÃO VIOLÊNCIA

A não violência é um requisito para a configuração da legítima desobediência civil. A esse respeito, Garcia faz um resgate dos autores, e explica que defendem esse princípio com base no imperativo kantiano de que cada um deve tratar aos demais como fins em si mesmos, e não como meios, e ainda para expor o vigor moral daqueles desobedientes, que sofrem a agressão e o preconceito.⁸⁰ Habermas explica que para Hannah Arendt os atos de desobediência civil são expressões espontâneas e puras de “poder”, que ela conceitua como o oposto da violência, sendo o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação não coagida.⁸¹ Assim, para esta autora, a violência não apenas é requisito para a desobediência civil, como está no seu cerne.

Relativamente ao MST, o que se aplica também para os movimentos de moradia, Garcia pondera que muitas das críticas sofridas vêm de acusações de violência, com freqüentes remissões aos conflitos entre os sem-terra e policiais e jagunços, em fazendas ocupadas ou por ocupar. Nesses conflitos, segundo o autor, restam sempre muitos feridos, senão mortos, entre os primeiros, e número ínfimo entre os últimos:⁸² no Paraná, a Comissão Pastoral da Terra registrou 49 assassinatos de trabalhadores ligados à luta pela Reforma Agrária Estado, entre 1980 e 2004;⁸³ quanto aos demais militantes assassinados, não há estatísticas.

“Somente este fato já seria suficiente para indicar senão em todas as circunstâncias quem inicia a prática de atos de violência, ao menos quem dela se serve de modo desproporcional, podendo descaracterizar excesso punível. Outro elemento decisivo para a análise da **desproporção** entre mortos e feridos de ambos os lados refere-se ao tipo de arma utilizada por cada um: enquanto a imprensa reiteradamente registra que os Sem-Terra estavam armados de foices, facões e enxadas (de fato, instrumentos de trabalho no campo, mas que poderiam ser

⁸⁰ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 157.

⁸¹ HABERMAS, J. Obra citada. p. 187-8.

⁸² GARCIA, J. C. Obra citada. Local citado.

⁸³ Relatórios Anuais da Comissão Pastoral da Terra.

utilizados como arma branca), as forças repressivas do Estado ou dos proprietários rurais utilizam armas de fogo de grosso calibre. O resultado não poderia ser muito distinto do observado em Corumbiara ou Eldorado dos Carajás”.⁸⁴

Nesse sentido, o próprio Dworkin, em artigo sobre o MST, afirma:

“Terrorismo nunca pode ser justificado como desobediência civil, pois um movimento que use a violência contra inocentes, ainda que como meio para fins louváveis, não pode pretender que age em respeito aos direitos humanos. Mas o MST, segundo se tem noticiado, não visa à violência: espera, em princípio, atingir seus objetivos sem o uso da força – e a despeito de uma força terrível ter sido usada contra ele.”⁸⁵

Frente a esses elementos, Garcia elabora sua proposta:

“Nesses termos, creio que a exigência de não-violência para a caracterização dos Sem-Terra como desobedientes não deve ser entendida como sinônimo de vocação para o martírio, e sim como uma **dupla exigência** de outra ordem: que eles **não tomem a iniciativa** do confronto violento; e de que, quando agredidos, limitem sua eventual **reação de forma proporcional** e moderada, o que exigirá sempre uma atividade de ponderação por parte do intérprete não diferente daquela sempre necessária para caracterizar ou não o exercício da legítima defesa.”⁸⁶

É possível, deste modo, caracterizar a atuação de movimentos sociais como desobediência civil, em consonância com o Estado Democrático de Direito e as modernas concepções de democracia⁸⁷, desde que observados aqueles critérios, quais sejam, de não tomar a iniciativa da violência e, em caso de agressão da parte contrária, que a reação seja tão somente proporcional.⁸⁸

3. ASSENTO CONSTITUCIONAL: CLÁUSULA DE ABERTURA E LIVRE INICIATIVA

Após verificar as características da desobediência civil, é preciso analisar sua

⁸⁴ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 170. Grifei.

⁸⁵ DWORKIN, R. Os sem-terra vistos de fora. p. 14.

⁸⁶ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 171. Grifei.

⁸⁷ GARCIA, J. C. Obra citada. p. 171.

⁸⁸ Ainda que não se trate da espécie de ato político objeto desta pesquisa, vale mencionar um exemplo. No final do ano de 2005 a Reitoria da UFPR foi ocupada por um grupo de estudantes. Houve confronto com os seguranças. Mas a ocupação do prédio se deu porque havia dezenas de denúncias acerca da higidez do processo de consulta para Reitor - acerca da campanha do vencedor, reeleito – sendo que, a despeito disso, as portas da sessão do Conselho Universitário que homologou o pleito estavam fechadas, com a Polícia Federal, armada, fazendo a guarda, em um dia, e no dia seguinte, um grupo de seguranças privados. O confronto ocorrido entre estudantes e seguranças, do qual resultou um vidro quebrado e a cabeça de um aluno seriamente ferida, assim, foi em virtude de uma ação desproporcionada da administração da Universidade, que bloqueou o acesso àquela sessão tão importante. Reação moderada, portanto, a uma violência maior.

compatibilidade ou não com a Constituição brasileira.

Na Assembléia Nacional Constituinte, a bancada do Partido dos Trabalhadores apresentou, em 1987, um projeto que continha o *direito de resistência*⁸⁹, com a seguinte redação: “É assegurado a qualquer pessoa o direito de se insurgir contra atos que violentem os direitos universais da pessoa humana”.⁹⁰ Segundo José Genoíno, autor da proposta:

“Se o princípio maior é o princípio da soberania popular e dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, grupos de cidadãos podem rebelar-se contra a tirania e a opressão quando esses direitos estiverem violados. ... [Não se trata de discutir a revolução]; trata-se de outra questão, se a democracia política, que consagra certos direitos e certos princípios, deve ser aprofundada e radicalizada no sentido daqueles valores que lhe são superiores ou, então, ficaremos em uma situação em que a declaração de princípios, porque não tem conseqüência na medida em que ela não é radical na valorização e na superestimação do princípio da soberania.”⁹¹

A emenda perdeu de 25 votos a 50,⁹² mas Buzanello considera que foi recepcionada pela cláusula de abertura do artigo 5º:⁹³

⁸⁹ O que reforça o argumento de que direito de resistência e desobediência civil podem ser tomados como equivalentes.

⁹⁰ BUZANELLO, J. c. Obra citada. p. 19.

⁹¹ Fragmento do discurso do autor da emenda de inserção do direito de resistência na Constituição, Deputado José Genoíno, PT, proferido durante o processo de votação, na comissão temática. (BUZANELLO, J. C. Obra citada. p. 299-201.)

⁹² BUZANELLO, J. C. Obra citada. p. 201.

Nos discursos apresentados nas Audiências Públicas da ANC, aparecem os seguintes elementos: “a) a fundamentação da resistência no Direito Natural, no qual as liberdades individuais devem ser mantidas em detrimento da ordem jurídica positiva; b) a necessidade de limitação do Estado, além dos freios e contra-pesos; c) a necessidade de criar as salvaguardas da sociedade contra o Estado balizado em uma teoria constitucional democrática; d) o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais; e) a defesa do instituto de autodefesa individual e coletiva contra o governo ou o particular, como legítima defesa pessoal, o estado de necessidade, a greve política, a objeção de consciência e a desobediência civil.” (BUZANELLO, J. c. Obra citada. p. 199.) Contra a consagração desse direito no texto constitucional, argumentou-se ser esse direito natural, válido quando o Estado já virou opressor, e deixou de ser de direito. (Pedro Figueredo (ESG RJ), Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplementos e atas das comissões. Vol. 2, 27.05.1987. BUZANELLO, J. c. Obra citada. Local citado.)

⁹³ BUZANELLO, J. c. Obra citada. p. 207-208.

O autor ainda sustenta que o direito de resistência tem origem no jusnaturalismo, antes da Revolução Francesa, mas que hoje a justificação da resistência, diante do fenômeno do positivismo, está na Declaração Francesa de Direitos, de 1789, e na Constituição Francesa, de 1791. (BUZANELLO, J. c. Obra citada. p. 234-6). Considero que essa justificativa é, de qualquer forma, baseada nos pressupostos burgueses. Conforme se verá no desenrolar da pesquisa, o que se defende é que o direito à resistência é legítimo não por constar em alguma declaração de direitos, mas por ser compatível e necessário ao regime democrático. De qualquer forma, menciono aqui, apenas em nota de rodapé, por

“Artigo 5º. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A idéia também é defendida pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sílvio Dobrowlski. Para ele a cláusula de abertura tem a finalidade de “vivificar o sistema constitucional de direitos fundamentais”⁹⁴, a todos os direitos fundamentais⁹⁵. Assim, para o autor, as invasões que o MST promove, a fim de pressionar o governo, são atos de resistência albergados pelo artigo 5º, parágrafo segundo.⁹⁶:

“A obediência à lei é, no estado de Direito, dever de todos os cidadãos, como a ela também fica vinculado o Governo, a quem cabe, por esse ângulo, dar efetividade aos programas constitucionais, inclusive o da reforma agrária. (...)”

“A demora indispensável para isso se apresenta como interminável aos olhos de quem precisa conseguir o seu pedaço de terra para nela trabalhar e viver. É lícito, em face desse quadro, concluir que outros caminhos, como a prática de pressões políticas, sejam mais eficazes, para obter a implementação da reforma Agrária.”⁹⁷

Por isso, defende, a ocupação de imóveis rurais (acrescento, também urbanos) e de repartições públicas pelos movimentos sociais é a forma mais eficiente de receber resposta dos órgãos governamentais, pouco diligentes no cumprimento do programa

não ser o centro desta pesquisa, os argumentos do autor que justificam a sua tese de inclusão expressa do direito de resistência na Constituição: mais solidez, extensão ou efetividade na solução demandada pelas forças sociais e políticas; resistência inclusive à usurpação da soberania militar (como golpes); evitar que previsões normativas deponham contra o direito de resistência constitucional; melhorar a solução de conflitos políticos entre entes e federados; evitar interpretações desmedida; tornar-se um recurso educativo na cidadania; consubstanciar nova forma de protesto e impedir eclosão da violência; clarear com maior evidencia um ato penal e um ato político de resistência; remédio-garantia como enfermidade da injustiça. (BUZANELLO, J. c. Obra citada. p. 240.)

⁹⁴ DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Vol. 61, ano 17. 2006. p. 56.

⁹⁵ “A localização do parágrafo, no artigo 5º, que lista direito e garantias individuais, não restringe a abertura permitida somente para as normas dessa categoria. O enunciado do texto, ‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’, afasta quaisquer dúvidas sobre a abrangência da autorização, estendendo-se a direitos sociais, coletivos, difusos, políticos e de nacionalidade. Essa opinião é entendimento pacífico na doutrina pátria, conforme observação de I. W. Sarlet.” (DOBROWOLSKI, S, Obra citada. p. 56.)

⁹⁶ DOBROWOLSKI, S, Obra citada. p. 69.

⁹⁷ DOBROWOLSKI, S, Obra citada. p. 71.

constitucional. A desobediência civil é lícita quando se convertem em ilusões os mecanismos de institucionalização de resistência, ou se violam princípios e direitos fundamentais.⁹⁸ “Assim, tem-se que a infringência à lei é praticada para o progresso político e social da coletividade (...)”⁹⁹. Juridicamente, conclui, é válido identificar na desobediência civil um direito fundamental não enumerado, decorrente do regime do Estado Social de Direito, desde que realizada sem violência contra pessoas e sem destruir coisas. Reafirmando a tese, diz: “Se não se quadra ao sistema legal a invasão de terras e de repartições públicas, também não se lhe ajusta a falta de diligência na realização de programas constitucionais.”¹⁰⁰

No mesmo sentido, o STJ, no paradigmático acórdão já citado:

“[Em sendo a Reforma Agrária obrigação do Estado], Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais. A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político de uma sociedade; de outro, gera direitos. É, pois, direito reclamar a implementação da reforma agrária. Legítima a pressão dos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.”¹⁰¹

Isso porque, como bem explica Eros Grau, a Constituição é texto normativo dinamizado com instrumentos de governo:

“O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. (...) [As normas objetivo] passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam adequadas, absolutamente, a tais normas-objetivo”.¹⁰²

Nesta toada, Buzanello afirma que

“O direito de resistência é um direito secundário, um direito para ter direitos, haja vista que somente é aplicável no caso de descumprimento de algum direito – princípio primário – e, fundamenta-se na contraposição ao Estado, buscando a justiça social, a dignidade da pessoa

⁹⁸ DOBROWOLSKI, S, Obra citada. p. 71-2.

⁹⁹ DOBROWOLSKI, S, Obra citada. p. 73. A frase continua da seguinte forma, na mesma página, reiterando o afirmado: “(...) no sentido de serem cumpridos os dispositivos da Lei maior concernentes à redistribuição de terras rurais e para sanar a injustiça governamental resultante da deficiência governamental em sanar o respectivo programa”.

¹⁰⁰ DOBROWOLSKI, S, Obra citada.. p. 72.

¹⁰¹ STJ. 6ª Turma. rel. desig. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. HC 5.574/SP. DJU 18.08.1997. RT 747. Fragmento do voto (vencedor) do relator . p. 611-612.

¹⁰² GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 167.

humana, a honradez do governante e o respeito ao pluralismo democrático. (...) Aliás, o julgamento de admissibilidade da resistência não está somente na consciência individual, mas no julgamento que se faz com relação aos governantes e ao regime político.”¹⁰³

Outra norma constitucional que alberga o direito de resistência/desobediência civil é aquela que enuncia a *livre iniciativa*. Eros Grau não aceita este princípio, consagrado no artigo 1º, inciso IV, da Constituição, apenas restrito à liberdade de iniciativa econômica, princípio liberal básico. Isso seria, segundo ele, reduzir o conceito a uma afirmação do capitalismo. Defende, sim, que a liberdade de iniciativa é consagração da liberdade, fundamento da República e da ordem econômica, salientando o enunciado no artigo 3º, I,¹⁰⁴ entendendo essa liberdade como, inclusive, *resistência ao poder*.¹⁰⁵ O objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CR, art. 3º, III), sendo este, segundo Eros Grau, “fundamento constitucional de reivindicação, da sociedade, pela realização de políticas públicas”.¹⁰⁶ Afinal, ainda segundo ele, “A Constituição é um dinamismo” (o que, aliás, enuncia também Habermas, como se verá abaixo), e sua ordem econômica é aberta.¹⁰⁷ Daí porque, ao invés de mirabolante, como quer o ministro William Patterson do STJ¹⁰⁸, é legítimo reivindicar por modelos incluídos de produção (e não simplesmente por terra ou moradia isoladamente, pois, como já se mencionou, tais problemas são frutos de uma estrutura econômica e social).

Enfim, a cláusula de abertura do artigo 5º da Constituição alberga o direito de reivindicar por políticas públicas, na omissão do Estado (já que a Constituição é dotada de normas-objetivo, e que tem como escopo erradicar a pobreza e as

¹⁰³ BUZANELLO, J. C. Obra citada. p. 236.

¹⁰⁴ GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 202 e 207.

¹⁰⁵ “Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto por reivindicação por melhoria de condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe da sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é negado – aí a *acessibilidade*”. (GRAU, E. R. Obra citada. p. 201. Sublinhei. Itálico no original.)

¹⁰⁶ GRAU, E. R. Obra citada. p. 219.

¹⁰⁷ GRAU, E. R. Obra citada. p. 315.

¹⁰⁸ Já citado: STJ. 6ª Turma. rel. desig. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. HC 5.574/SP. DJU 18.08.1997. RT 747. Fragmento do voto vencido do Min. William Patterson . p. 610-611.

desigualdades), e o direito de reivindicar por e modelos includentes de produção, pois a ordem econômica é aberta, sendo a resistência ao poder expressão do princípio da livre iniciativa.

4. CONTEXTUALIZAÇÃO PARADIGMÁTICA

Gisele Cittadino aponta três paradigmas. O *liberal*, que considera que o pluralismo das sociedades contemporâneas é relacionado aos indivíduos, tendo uma concepção imparcial de justiça, baseada na autodeterminação moral, salientando a autonomia privada, por conceber os direitos fundamentais como limites às decisões públicas¹⁰⁹; o *comunitário*, que considera o pluralismo a partir da comunidade e parte de uma concepção de consenso ético, de autodeterminação ética da comunidade, privilegiando a autonomia pública, compreendendo a Constituição como um projeto social no qual os valores éticos da comunidade guiam a interpretação, sendo que o indivíduo é visto como autor das normas; o *crítico-deliberativo*, representado por Habermas, que coaduna elementos de liberais e comunitários, propondo uma concepção de democracia conjugando autonomia pública e privada, dos sujeitos como produtores e destinatários das normas.¹¹⁰

¹⁰⁹ Dworkin, Rawls e Forst, usados para caracterizar a desobediência civil, se enquadram no paradigma liberal. Como se viu, suas contribuições são importantes para a reflexão sobre o tema. Por outro lado, é importantíssimo notar que no nosso contexto, nas palavras de Vera Karam de Chueiri, a ação dos movimentos sociais *politicamente* também vai além, muito além, do liberalismo. Claro está que o modelo liberal é excludente. O modelo de sociedade idealizado pelos movimentos sociais é diferente em relação ao liberalismo, pois vai em busca de uma sociedade solidária, para efetivar direitos mais fortes do que aqueles pretendidos pelos liberais.

¹¹⁰ CITTADINO, G. Obra citada. p. 01-10.

Fora essa classificação proposta por Cittadino, há outros autores que compreendem Habermas como sendo liberal. Não entendo que sejam concepções contrapostas, antes se tratando de outra ênfase na teoria deste autor. Katya Kozicki entende que Habermas, assim como Rawls, reafirma a concepção política do liberalismo na medida em que toma o espaço público como neutro. Para ela isso “é a manifestação clássica do pensamento liberal, relegando a diferença ao reino privado, esterelizando o reino público de qualquer possibilidade de contestação.” (KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 41, 2005. p. 55). Apesar desse entendimento, que é coerente, o próprio Habermas parece rechaçar o neoliberalismo: O paradigma liberal não é uma descrição da realidade. Ao contrário: a sociedade econômica liberal é uma hipótese, que depende de princípios “já implodidos pela crítica de Marx. (...) Somente o Estado social conseguiu atribuir validade aos conteúdos juridicamente objetivos dos direitos subjetivos da liberdade, os quais *sempre* estiveram

Todos eles, conforme item dois deste capítulo, que trata das características do direito de resistência/desobediência civil, contribuem para caracterizar a medida do ato de resistência que será legítimo e profícuo à democracia. Não obstante, há mais do que isso. No caso brasileiro, os paradigmas comunitário e crítico deliberativo contribuem para a compreensão jurídico-política da resistência em nosso contexto.

Gisele Cittadino aponta três características fundamentais que identificam a nossa Constituição como pertencente ao paradigma comunitário:

a) **Fundamento ético** para a ordem jurídica, diante da incorporação positiva de princípios constitucionais; como Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana como objetivo e valor constitucional, e o Preâmbulo. Segundo esta característica,

“A dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de *bom tem primazia sobre o de dever ser*, na medida em que os princípios expressam valores fundamentais da comunidade”.¹¹¹

b) **Ideais comunitários**, representado por amplo sistema de direitos fundamentais e mecanismos processuais, com prioridade ao dever de prestação e controle de omissões. Significa que a Constituição não é manuseada apenas por juristas. Ao contrário, deve-se incentivar uma *comunidade de intérpretes*, com capacidade de deflagrar processos de controle: mandado de segurança coletivo, ação popular, denúncia ao TCU, mandado de injunção para falta de norma regulamentadora, ação de inconstitucionalidade por omissão.¹¹²

c) **Corte Suprema**. Apesar de não ter essa denominação, o Supremo Tribunal Federal assumiu a função de guardião da Constituição, com papel político.¹¹³

Indago se, além dos mecanismos processuais, dentre o conceito de comunidade de intérpretes, estariam os movimentos sociais com táticas de desobediência civil, além do uso de mecanismos processuais apontados pela autora?

contidos no sistema dos direitos.” (HABERMAS, J. Obra citada. p. 310-311.) Defende, ainda, não ser possível um retorno à concepção liberal do Estado, segundo a qual os direitos fundamentais se opõem apenas em relação ao Estado e não são simultaneamente normas objetivas e obrigatórias. (HABERMAS, J. Obra citada. p. 325.)

¹¹¹ CITTADINO, G. Obra citada. p. 46. Sublinhei.

¹¹² CITTADINO, G. Obra citada. p. 50-60.

¹¹³ CITTADINO, G. Obra citada. p. 60-64.

Acredito que sim. Para os comunitaristas o ordenamento jurídico tem fundamento ético, baseado em valores. Isso porque, como bem diz a habermasiana Fernanda Repolês, os princípios, embora ideais, não são utópicos.¹¹⁴ E as ocupações visam disputar uma determinada interpretação do ordenamento baseada justamente nesses valores (vide trecho citado da Carta do Recife, p. 19). Trata-se da comunidade social se inserindo no conjunto de intérpretes, na comunidade de intérpretes, apesar de forma não institucional. Aliás, conforme dito acima, a desobediência civil ocorre justamente diante da falha dessas instituições. Como bem disse Rawls, conforme já mencionado, para o direito de resistência ser legítimo não precisam ter sido exauridos os meios jurídicos.¹¹⁵

Diante do difícil acesso aos mecanismos institucionais, da lentidão do Poder Judiciário e dos limites deste para interferir no Poder Executivo (o qual age, sobretudo, por motivações políticas), os excluídos precisam, de alguma forma, se colocar como falantes nos discursos, para, justamente, comporem a comunidade de intérpretes.

Nesse sentido, Dworkin, no mencionado artigo sobre a situação brasileira afirma:

“Havendo evidências (como talvez sejam as notícias de que agricultores desarmados foram mortos por policiais durante a retirada de assentamentos) para demonstrar que o grupo não é tratado como participante, em igualdade de condições, na aventura política de uma nação, a democracia falhou e, nessa medida, até que mude a atitude do governo, atos não violentos se incluirão da honrada tradição da desobediência civil.”¹¹⁶

Exatamente este conceito de comunidade de intérpretes, que implica na necessidade de os excluídos de se colocarem como participantes, como falantes do discurso, que entra a teoria habermasiana¹¹⁷.

¹¹⁴ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 20.

¹¹⁵ RAWLS, J. Obra citada. p. 413.

Rawls delimita seu âmbito de reflexão sobre o tema: uma sociedade quase justa, todavia com sérias violações de justiça, e a desobediência civil apenas em relação à autoridade democrática legitimamente estabelecida, e não refletirá sobre dissensão armada ou resistência como forma de transformar ou derrubar um sistema. (RAWLS, J. Obra citada. p. 402.) Para ele a desobediência civil se justifica diante de situações de injustiça patente e significativa contra os princípios da liberdade igual e da igualdade equitativa de oportunidades. Exemplifica como a negação a determinadas minorias do direito de ter propriedade. (RAWLS, J. Obra citada. p. 412.)

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. Os sem-terra vistos de fora. p. 14. Grifei.

¹¹⁷ Note-se que a teoria de Habermas é contrafática. Nesse sentido, a professora Katya Kozicki: “em

A desobediência civil é meio de reforçar o vínculo entre sociedade civil e sociedade política, quando outros meios falharam.¹¹⁸ Por isso, a desobediência civil é direito fundamental à configuração do paradigma do Estado Democrático de Direito, e que serve como modo de fortalecimento e construção desse paradigma.¹¹⁹

Quando a legalidade não é dotada dos princípios para a sua legítima construção intersubjetiva¹²⁰, que é o que ocorre no Brasil, ou, nas palavras de Hannah Arendt, diante de emergências¹²¹ (que no Brasil são constantes), a desobediência civil é legítima, para que esses sujeitos de coloquem no discurso.

Dentre os direitos fundamentais enunciados por Habermas, há aqueles “à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os desobedientes civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo”. Fernanda Repolês os compreende como os direitos políticos.¹²² A desobediência civil é expressão do exercício desses direitos, que possibilitam ao cidadão modificar os rumos do Direito, compreendido não mais do

que medida a democracia deliberativa [com referência a Habermas, Rawls e outros] pode ser vista como resposta teórica, uma determinada forma de analisar a realidade, ou, ao contrário, ser entendida como um ideal para as modernas sociedades?” (KOZICKI, K. Obra citada. p. 54.) Parece que ela pende para afirmar que a teoria retrata um ideal, com o que concordo. Não é por isso que são descartáveis suas contribuições. Ao contrário. Mesmo delineando uma situação ideal de fala, ele elabora propostas de dever ser, ou seja, de como refletir o que existe tendo em vista o que seria ideal. Isso é importante para oferecer um padrão coerente de reflexão, sobretudo pelo sistema de direitos que Habermas elabora - ver nota 120.

¹¹⁸ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 21, citando Arato e Cohen.

¹¹⁹ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 23.

¹²⁰ Para o que devem ser observados os direitos que integram o sistema de direitos proposto por Habermas: 1. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; 2. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; 3. Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; 4. Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civil exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo; 5. Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 a 4. (HABERMAS, J. Obra citada. p. 159-160.)

¹²¹ Essas emergências, explica ela, ocorrem “sempre que as instituições estabelecidas de um país deixam de funcionar adequadamente e sua autoridade perde o poder, e é tal emergência que transformou, nos Estados Unidos de hoje, a associação voluntária em desobediência civil e dissidência em resistência.” (ARENDR, H. Obra citada. p. 89-90.)

¹²² REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 127.

ponto de vista lógico, mas sim do ponto de vista do participante.¹²³

A desobediência civil, por isso mesmo, permitirá compreender o eixo central da tensão entre faticidade e validade constitutiva do Direito¹²⁴:

“A Desobediência Civil reclama para si a necessidade de compreender a legitimidade – a qual ela reivindica – como condição da legalidade – que ela questiona – e vice versa”.¹²⁵

Esta legitimidade está, justamente, conectada à efetividade dos direitos fundamentais.

O Direito é a linguagem capaz de traduzir e sustentar a conexão entre os imperativos sistêmicos do poder administrativo e a capacidade de integração do poder comunicativo.¹²⁶ Na explicação de Gisele Cittadino, o poder comunicativo dos cidadãos (periferia), através do direito, vincula-se (vinculação que deve existir), ao poder administrativo central.¹²⁷ A periferia tem como substrato os grupos, movimentos e associações que formam a sociedade civil¹²⁸, que se usam de estratégias como a desobediência civil para reivindicar direitos do poder central, fortalecendo a democracia¹²⁹:

“A Desobediência Civil evidencia a tensão existente entre faticidade e validade no Direito, na medida em que coloca a Constituição e os princípios do Estado Democrático de Direito nela enunciados frente a frente com a realidade política e as forças históricas e circunstanciais, de um lado, dum poder administrativo que tende a se fechar e agir contra esses princípios, e, de

¹²³ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 128.

¹²⁴ Habermas entende que na crise de legitimação moderna, a tensão entre faticidade e validade (entre coerção e legitimidade, entre direito posto e aceitação de seus membros) é CONSTITUTIVA do Direito. (HABERMAS, J. Obra citada. p. 173-4. REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 22.) Explica que o direito moderno retira do indivíduo o fardo das normas morais e o transfere para o processo legislativo, apoiado na soberania do povo (HABERMAS, J. Obra citada. p. 114-115.). O que eu entendo que Habermas – cuja teoria, ressalte-se, é *contrafactual*, ou seja, visa pensar o dever ser de uma sociedade – procura é pensar como realmente esta legitimidade advir do processo legislativo, e não apenas retoricamente, como parece querer o direito moderno. Sustenta que esse surgimento da legitimidade a partir da legalidade é um paradoxo, porque os direitos de autonomia política, de um lado, têm a mesma estrutura de todos os direitos, e de outro, são os direitos que permitem o confronto dos participantes com as expectativas normativas da comunidade (HABERMAS, J. Obra citada. p. 115).

¹²⁵ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 24-25.

¹²⁶ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 37.

¹²⁷ CITTADINO, G. Obra citada. p. 180.

¹²⁸ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 37.

¹²⁹ CHAUI, M. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. p. 24-25.

outro, de uma sociedade civil inerte. Dessa forma, desobedientes civis propugnam de maneira contrafactual a necessidade de se construir o Estado democrático de Direito e de se implementar a Constituição no nível das práticas cotidianas.”¹³⁰

“O papel da Desobediência Civil no Estado Democrático de Direito é o de medida extrema utilizada para pôr em evidência uma situação de crise, isto é, de déficit de legitimidade, resultante de um fechamento do processo decisório do centro em relação à periferia da esfera pública. O ato da desobediência civil atualiza a relação do princípio do discurso com a forma do Direito, em que este institucionaliza juridicamente processos comunicativos que evidenciam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. A Desobediência Civil é, por isso, direito fundamental à consolidação de uma democracia procedimental.”¹³¹

O Estado de Direito pressupõe interdependência entre soberania popular e direitos humanos. O direito de resistência *radicaliza* a soberania popular¹³², na medida em que permite que, quando aqueles elementos estão em crise, o sujeito possa orientar fluxos de comunicação e influenciar o sistema político.¹³³ E é importante dizer que soberania popular e direitos humanos são conceitos de profundo sentido substancial e prático dentre nossos objetores civis, que fazem da resistência mecanismo concreto desta soberania, a fim de consolidar os direitos humanos, de forma justa. Não é sem razão que o lema do “V Congresso Nacional do MST”, realizado de 11 a 15 de julho de 2007 em Brasília, é “Reforma Agrária: Por Justiça Social e Soberania Popular”.

A desobediência civil

“apóia-se [da mesma forma que o sustentado por Eros Grau] numa compreensão dinâmica da Constituição, que é vista como um projeto inacabado. Nessa ótica de longo alcance, o Estado Democrático de Direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim como um

¹³⁰ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 143.

No mesmo sentido: “(...) a Desobediência Civil é mecanismo jurídico efetivo que possibilita a atualização dos conteúdos normativos do Estado Democrático de Direito, contraponto à tendência de fechamento e ‘cegueira’ dos centros de decisão a elaboração de políticas públicas e de leis.” (REPOLÊS, M. F. S. Obra citada.. p. 143.)

¹³¹ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p 38.

¹³² Fragmento do discurso do autor da emenda de inserção do direito de resistência na Constituição, Deputado José Genoíno, PT, proferido durante o processo de votação, na comissão temática. (BUZANELLO, J. C. Obra citada. p. 299-201.)

¹³³ REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 138.

Há três modelos: o de acesso, cuja iniciativa parte do próprio poder central, o de mobilização, que também parte do centro, mas precisando de mobilização por parte da periferia, e o modelo de iniciativa, que parte da PERIFERIA EXTERNA, de grupos excluídos da estrutura governamental, que fazem pressão para a inclusão de determinados temas nas agendas formais. Por este terceiro modelo é que, em situações de crise, os atores da sociedade civil podem, apesar das desvantagens estruturais, influenciar a esfera pública. Este modelo é fundamental para atualizar temas no interior dos centros de decisão política. A desobediência civil é um modo extraordinário de utilização do modelo de iniciativa. (REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 138-140.)

empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão.”¹³⁴

A modalidade pós-convencional de conformação de uma identidade coletiva defende que salvar a herança republicana¹³⁵ somente será possível se os cidadãos identificarem esse Estado Democrático de Direito como **produto de sua atuação histórica, se a cidadania democrática for capaz de gerar solidariedade entre estranhos**. Somente desta forma é que o sistema Estatal será decorrência do sistema de direitos¹³⁶, e que será assegurada a democracia radical.¹³⁷

Em uma perspectiva habermasiana, as formas de integração social são a burocracia/poder administrativo, o mercado/dinheiro (ambas que colonizam o mundo da vida), e a comunicativa, esta baseada na solidariedade, mediante a qual é possível o primado do mundo da vida.¹³⁸

A participação dos sem-terra e sem-teto em movimentos sociais significa a atuação em processos políticos intensos, e representa possibilidades de relações comunicativas baseadas em solidariedade (Habermas), fazendo do Estado de Direito produto da atuação histórica de tais sujeitos concretos.

Segundo José Ambrósio Ferreira Neto, a participação do indivíduo em tais processos se dá devido a uma ação instrumental visando às suas necessidades e interesses. Porém, mais do que isso, vivencia “ações que envolvem alto nível de solidariedade, organicidade e coesão”, o que faz com que o sujeito, excluído, participe de um processo de socialização, vivido nessa construção de realização de um “sonho socialmente construído”.¹³⁹

Ao passo que os membros mais favorecidos da sociedade têm obrigações políticas mais claras, segundo Rawls, as minorias subjugadas não têm obrigações políticas dessa natureza. Porém, quando os membros dessas minorias se envolvem em

¹³⁴ HABERMAS, J. Obra citada. p. 118.

¹³⁵ Ver nota de rodapé n.º 7.

¹³⁶ Ver nota de rodapé n.º 120.

¹³⁷ CITTADINO, G. Obra citada. p. 178-179.

¹³⁸ HABERMAS, J. Obra citada. p. 332-333. CITTADINO, G. Obra citada. p. 179 e REPOLÊS, M. F. S. Obra citada. p. 65-66.

¹³⁹ FERREIRA NETO, José Ambrósio. Racionalidade Individual, Ação Coletiva e Luta pela Reforma Agrária. In: **Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária – ABRA**. Vol. 29, n. 3, set./dez. 1999. p.16-17 e 28.

uma ação política, assumem obrigações entre si, criando, entre eles, fortes vínculos de lealdade e fidelidade.¹⁴⁰

Os sujeitos integrantes desses movimentos sabem que são atores históricos visíveis. Veja-se a tradução disso nos termos da teoria do discurso: “(...) as convicções produzidas através do discurso e compartilhadas intersubjetivamente possuem também uma força *motivadora*. (...) o uso público de liberdades comunicativas é, sob esse aspecto, um gerador de potenciais de poder.”¹⁴¹

Este é um significado denso de democracia (em minhas palavras). A soberania popular é exercida quando os sujeitos se colocam como falantes na comunidade de intérpretes e participam do processo constituinte permanente¹⁴², constituindo a Constituição.

¹⁴⁰ RAWLS, J. Obra citada. p. 416-417.

¹⁴¹ HABERMAS, J. Obra citada. p. 186.

¹⁴² Citado anteriormente: CLÈVE, C. M. Obra citada. p. 37-38.

CAPÍTULO II

OCUPAÇÕES DE TERRAS COMO POSSE LEGÍTIMA APTA A SATISFAZER NECESSIDADES VITAIS, QUE SÃO O CONTEÚDO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

“a posse coletiva da terra se impõe, pela necessidade de morar à idéia de propriedade.”¹⁴³

Em sendo legítimos os atos de ocupação como manifestação da desobediência civil/direito de resistência, nos termos do capítulo anterior, esse ato pode representar reivindicação de política pública, ou também, simultaneamente, manifestação de premente necessidade de uso de bens indispensáveis à vida.

É sobre a ocupação como mecanismo de utilizar bens vitais que se tratará nesse capítulo. Em primeiro lugar, é preciso saber se tais atos de enquadraram no conceito de posse.

1. AS OCUPAÇÕES COMO POSSE

O objetivo deste trabalho é refletir acerca das possíveis conseqüências jurídicas de ocupações de terras por movimentos populares. Definições de posse como a de Hernández Gil, que se apega à sua densidade social, sem dúvida são mais interessantes e profícuas do que a conceituação do nosso Código Civil, que “utiliza-se do mesmo conceito de posse do código de 1916, adotando a teoria objetiva da posse de R. Von Ihering”,¹⁴⁴ romanista, com conceitos que ajudam pouco a pensar os desafios contemporâneos.¹⁴⁵

¹⁴³ BALDEZ, M. L. Obra citada.

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. Atualizado por FACHIN, Luiz Edson. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004. p. 29. Nota do atualizador.

¹⁴⁵ A posse como instituição jurídica própria é o objeto das preocupações de Savigny e Ihering. Teorizam sobre a posse vigente no direito romano. Por isso, quero passar longe dessas concepções. Continuar pensando o direito hoje com referenciais romanos, presos a esse debate, dificilmente será proveitoso para refletirmos acerca dos graves problemas contemporâneos. Hernández Gil, após fazer críticas a Savigny e a Ihering, conclui ser o formalista Savigny mais útil do que o realista Ihering para pensar na função social da posse enquanto instituição corretora da propriedade. Mas Hernández

Ainda assim refletir sobre o conceito positivado de posse é importante, porque, arcaico ou não, é válido/vigente em nosso ordenamento jurídico. Para pensarmos as conseqüências das ocupações, então, é preciso ver se aquilo que é fruto do ato que visa ao uso do bem diante de um estado de necessidade é posse perante o direito positivo.

No conceito de Ihering, adotado pelo Código, a posse é “sempre um poder de fato, que corresponde ao exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio.”¹⁴⁶

As coisas estão submetidas ao poder dos homens, relação esta que se denomina *estado de fato*, que pode ser: a) correspondente a um direito real – ou seja, o sujeito do estado de fato é o mesmo titular de um direito real; é a *posse*; b) correspondente a um direito de outra natureza que não o direito real; esta categoria tem definição polêmica, denominada por alguns autores de posse e por outros de detenção c) não corresponde a direito algum; qualifica-se *detenção*, definida no Código Civil de 2002 como sendo a relação em que um sujeito conserva a coisa em nome de outro. De acordo com o Código Civil, a posse é protegida juridicamente, e a detenção não é.¹⁴⁷

Para a teoria subjetivista de Savigny a posse é o poder físico da pessoa sobre a coisa, sendo seus elementos *corpus* e *animus domini*, ou intenção dominial, o qual não

não parece adotar nenhum dos dois: para ambos a posse é sempre vista ligada à propriedade, em relação à propriedade. (GIL, Antonio Hernández. **Funcion social de la posesion**. Madrid: Ediciones Castilla, 1969. p. 33 e 52) Savigny, com sua teoria subjetiva, vê a autonomia da posse diante da existência dos interditos. A tutela interdital visa proteger a pessoa da repressão e da violência. A natureza da posse é dupla: ao mesmo tempo fato e direito, ou melhor, fato, cuja conseqüência se assemelha à de direito. O que caracteriza a teoria de Savigny é a *vontade de possuir a coisa como se sua fosse*: note-se que não é suficiente a intenção de exercer o direito de propriedade de outrem (isso é mera detenção), mas por outro lado também não precisa ter a convicção de que se é proprietário. Já para Ihering a posse é mera exteriorização da propriedade. Os interditos justificam-se apenas para facilitar a prova e favor do proprietário. A diferença em relação à detenção está na disposição legal. O direito brasileiro, dentre a dicotomia, adota a teoria objetiva de Ihering, ou seja, a posse como aparência de direito, sendo a lei elemento distintivo entre posse e detenção, sem a necessidade do *animus* e do *corpus* (o contato físico). (VARELA, Laura Beck. A tutela da posse entre a abstração e a autonomia: uma abordagem histórica. In: COSTA, Judith Martins. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 794 e 801-830.)

¹⁴⁶ GOMES, O. Obra citada. p. 51.

De acordo com o Código Civil, “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

Mas o sistema objetivo não foi adotado na pureza original da teoria, pois foram feitas algumas concessões à doutrina subjetivista. GOMES, O. Obra citada. p. 39, observação que se aplica ao Código Civil de 2002, conforme nota do atualizador.

¹⁴⁷ GOMES, O. Obra citada. p. 30-31.

possuem aqueles que têm a coisa *corpore aliena*. Sem *animus domni*, há apenas detenção. Diferente é a teoria adotada pelo Código Civil, objetivista, de Ihering, para a qual posse é exterioridade da propriedade. De acordo com esta segunda doutrina, a distinção entre posse e detenção perde o sentido. Neste ponto, do prisma prático, a doutrina de Ihering é mais vantajosa, pois “admite tranquilamente a posse por outrem, já que não existe a intenção de dono para que alguém seja possuidor.”¹⁴⁸

A esse respeito, conectado com a materialidade da relação possessória, com sua imperatividade social, Hernández Gil observa que não é indispensável que o possuidor, para ser-lo, albergue uma intenção dominial. Mesmo quando esta falta, não existe apenas detenção, e sim posse.¹⁴⁹ Para a teoria de Hernández Gil sem dúvida há posse quando pessoas carentes ocupam um bem de outrem a fim de usá-lo, diante de um estado de necessidade.

Todavia, mesmo diante do Código Civil, como se vê, tais atos são manifestações de posse, juridicamente conceituada. Quando um grupo de pessoas ocupa um bem de outra, a fim de usá-lo para satisfazer necessidades vitais, está *usando* o bem, exteriorizando, diretamente, um dos poderes constitutivos da propriedade, em nome próprio. É um poder de fato, que corresponde ao exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio, qual seja, usar, quando não também usufruir.

Cabem aqui duas considerações.

A primeira é sobre a dicção do artigo 1.204 do Código Civil: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.” Não há dúvida de que a aquisição da posse nas situações objeto do presente estudo configuram posse. Esta é exercida em “nome próprio”, porque não é uso em nome alheio, a mando de outrem (o que seria

¹⁴⁸ GOMES, O. Obra citada. p. 36-41. “Admitida a concepção de Ihering, a *posse* vem a ser o exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao da propriedade ou de outro direito real. Não se exige, portando, que o possuidor tenha *animus domini*. Em conseqüência, a qualidade de possuir é atribuída a muitas pessoas que, na concepção clássica, são consideradas meros *detentores*”, como, por exemplo, o locatário. GOMES, O. Obra citada. p. 37.

¹⁴⁹ GIL, A. H. Obra citada. p. 117.

detenção)¹⁵⁰.

A segunda consideração é sobre a posição de Orlando Gomes de que a invasão não é um dos modos de aquisição da posse¹⁵¹.

A presente pesquisa vai a sentido contrário a tal doutrina, já que se entende que o estado de necessidade social¹⁵² de pessoas que têm a necessidade premente de uso de bens vitais legitima a posse, ainda que seja pelo que o autor denomina de invasão, e, nós, de ocupação. Aliás, Guilherme do Couto de Almeida, advogado, bem afirma que

“INVASÃO, de certo, possui um sentido construído em torno de alguma ilegalidade. Como afirmam os dicionaristas, denota algo contrário ao juízo de valor social, algo reprovável. De seu turno, a OCUPAÇÃO mitiga essa ilegalidade e nos põe a par de um sentido mais brando, é posse legalizada de algo; significaria ter a posse legal de uma coisa abandonada ou ainda não apropriada. Ocupação, aliás, possui até mesmo um sentido outro: o de trabalho, de labor, de emprego de força intelectual ou física para auferir renda ou para produção de algo.”¹⁵³

É exatamente o que se defende: tais atos são ocupações, porque legítimos, tanto no sentido da manifestação política, como no sentido do uso dos bens. Aliás, o próprio STF eliminou o caráter sancionatório de ocupações/invasões, pretendido pela famigerada Medida Provisória da era FHC, nº. 2.183-56 de 24.08.2001, que inseriu o parágrafo 6º no artigo 2º da Lei 8.629/93¹⁵⁴:

“(…) OCUPAÇÃO DO IMÓVEL POR MOVIMENTO SOCIAL DE TRABALHADORES RURAIS APÓS A VISTORIA. ART. 2º, § 6º, DA LEI N. 8.629/93. INAPLICABILIDADE. (...) **4. O esbulho possessório que impede a desapropriação [art. 2º, § 6º, da Lei n. 8.629/93, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.183/01], deve ser significativo e anterior à vistoria do imóvel, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei. Precedente [MS n. 23.759, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 22.08.2003 e MS n. 25.360, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 25.11.2005]. (...) 6. Segurança denegada.**”¹⁵⁵

¹⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 569.

¹⁵¹ GOMES, O. Obra citada. p. 66.

¹⁵² Ver nota de roda-pé nº 293.

¹⁵³ ALMEIDA, Guilherme do Couto de. **Invasão ou ocupação?** Ensaio sobre a função social da propriedade. Disponível na Internet em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8882>, em 18.07.2007.

¹⁵⁴ “§ 6º O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações.”

¹⁵⁵ STF. Tribunal Pleno. MS 24484 / DF. Relator Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Eros

“MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. OCUPAÇÃO DA ÁREA DESAPROPRIANDA POR INTEGRANTES DO MST. VEDAÇÃO PREVISTA NO § 6º DO ARTIGO 2º DA LEI 8629/93: NÃO-OCORRÊNCIA. (...) 3. **A vedação prevista no § 6º do artigo 4º da Lei 8629/93, com a redação dada pela MP 2109/01, alcança apenas as hipóteses em que a vistoria ainda não tenha sido realizada ou quando feitos os trabalhos durante ou após a ocupação.** Segurança denegada.”¹⁵⁶

Como se vê, o Tribunal Pleno do STF entende que a disposição legislativa não visa impedir as ocupações/invasões, mas tão somente não prejudicar a avaliação do proprietário vistoriado.

Assim, os atos perpetrados por movimentos sociais ou grupos carentes visando à utilização de bens diante de um estado de necessidade é posse, tanto no conceito sociológico de Hernández Gil como no do Código Civil.

Em sendo posse, será, numa primeira leitura, viciada.

2. VÍCIOS DA POSSE

Os vícios da posse, em uma leitura preliminar dogmática, podem ser classificados em vícios objetivos e vícios subjetivos.

Os **vícios objetivos** tratam com os modos de aquisição da posse.¹⁵⁷ São os enunciados no artigo 1.200 do Código Civil. “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.”

A posse será **justa** “quando isenta de vícios originais”¹⁵⁸. Tem que ser pública, para que o interessado na sua extinção possa opor-se, e contínua, pois “o exercício manso e pacífico confirma, constantemente, a legitimidade de sua aquisição”¹⁵⁹. A

Grau. Julgado em 09/02/2006.

¹⁵⁶ STF. Tribunal Pleno. MS 24136 / DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em 11/09/2002.

¹⁵⁷ GOMES, O. Obra citada. p. 52.

¹⁵⁸ GOMES, O. Obra citada. p. 53.

¹⁵⁹ GOMES, O. Obra citada. p. Local citado.

posse **violenta** é aquela que se adquire pela força, pela prática de atos materiais irresistíveis, com violência física ou ameaça. A posse **clandestina** é aquela que se adquire às ocultas. O exemplo clássico é daquele “que, à noite, muda cerca divisória de seu terreno, apropriando-se de parte do prédio vizinho”.¹⁶⁰ A posse **precária** é a que se adquire pelo abuso de confiança.¹⁶¹

Os **vícios subjetivos** são relacionados à **má-fé**. De acordo com o artigo 1.201 do Código Civil, “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.”

“Para que alguém seja possuidor de um bem, preciso é que esteja convencido de que, possuindo-a, a ninguém prejudica. O Direito pátrio concebe a boa-fé de modo negativo, como *ignorância*, não como *convicção*. (...)”

“É a posse que deve ser adquirida com fundamento numa relação positiva com o antigo possuidor, que traduz, intrinsecamente, ausência de lesão a direito de outrem. Numa palavra, a aquisição deve ter causa legítima, mesmo aparente, admitindo-se, porém, erro escusável.”¹⁶²

Subdivide-se a boa-fé e, *real* (quando a convicção se apóia em elementos objetivos muito evidentes) e *presumida* (quando o possuidor tem justo título), presunção esta que é relativa.¹⁶³

Não há coincidência entre posse justa e posse de boa-fé. Isso porque os vícios objetivos transmitem-se de possuidor a possuidor, e também é possível que alguém possua de má-fé, sem violência, entretanto.¹⁶⁴

Já concluímos que os atos de ocupações configuram posse. Mas seria viciada, em uma leitura “desconstitucionalizada” (ou seja, que não tem em conta as normas constitucionais, portanto, impossível no nosso sistema jurídico) das ocupações de terras por movimentos sociais. Com base estritamente no Código Civil, tem-se que as ocupações configuram posse injusta e de má-fé, portanto, definitivamente não

¹⁶⁰ GOMES, O. Obra citada. p. Local citado.

¹⁶¹ GOMES, O. Obra citada. p. 54.

¹⁶² GOMES, O. Obra citada. p. Local citado.

¹⁶³ GOMES, O. Obra citada. p. 54.

¹⁶⁴ GOMES, O. Obra citada. p. 55.

protegida pelo direito. Ocorre que, com base em uma leitura sistemática do fenômeno, a partir da Constituição de 1988, muda-se a figura.

Conforme o atualizador da obra de Orlando Gomes, Luiz Edson Fachin, aquele conceito de posse hoje é informado pelos valores constitucionais. A Constituição de 1988, cujos princípios ocupam lugar central na hermenêutica jurídica, confere estatuto elevado à proteção possessória diante da função social da propriedade.¹⁶⁵

As normas constitucionais de direitos fundamentais e da função social são significantes que têm significado preenchido pelas teorias de Jaques Alfonsin e Hernández Gil.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM A POSSE

A dignidade da pessoa humana¹⁶⁶ é fundamento da nossa República Federativa, consoante artigo 1º, inciso II, da Constituição.

A dignidade “diz com a condição humana do ser humano”¹⁶⁷ e só tem sentido no âmbito da intersubjetividade, constituindo categoria de “co-humanidade de cada indivíduo”.¹⁶⁸ A dignidade da pessoa humana significa que o homem, “em virtude tão somente de sua condição humana”, é “titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado”.¹⁶⁹ A dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo direito: é dado prévio, embora tenha o Direito crucial papel na sua promoção e proteção.¹⁷⁰ Por isso, há de se distinguir a dignidade humana enquanto

¹⁶⁵ GOMES, O. Obra citada. p. 29-30. Nota do atualizador. Ver observação de rodapé nº x, sobre a relação entre função social da propriedade e função social da posse.

¹⁶⁶ Não se deve confundir dignidade da pessoa com dignidade humana, *quando* esta se referir à dignidade da humanidade como um todo. (SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. p. 52.) Uso, no trabalho, porém, dignidade humana com o sentido de dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, tomo nesta pesquisa os termos como equivalentes.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

¹⁶⁸ SARLET, I. W. Obra citada. p. 54-5.

¹⁶⁹ SARLET, I. W. Obra citada. p. 38.

¹⁷⁰ SARLET, I. W. Obra citada. p. 42.

Nesse sentido, “O ser humano não **tem** uma personalidade, ele é expressão viva da sua própria personalidade. Assim, ainda que a ordem jurídica lance sobre o homem o olhar ideologizado da

princípio jurídico-fundamental (norma) e dignidade da pessoa propriamente dita, como valor intrínseco.¹⁷¹ Por outro lado, há também sentido cultural na dignidade humana. - a dimensão natural e a cultural se integram.¹⁷²

Diante desses elementos, Ingo Sarlet define a dignidade humana como

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹⁷³

Segundo Ingo, frente a todo dito, **é dimensão da dignidade a proteção da pessoa contra necessidades de ordem material**, como por exemplo a de moradia digna.¹⁷⁴

É sobre essa proteção das necessidades de ordem material como dimensão da dignidade humana que se passa a refletir.

Para Jaques Távora Alfonsin, as necessidades (reais) são indeclináveis, não intencionais e são fundamento e conteúdo de valor dos direitos humanos fundamentais.¹⁷⁵ Ou seja, por serem conteúdo de valor dos direitos humanos fundamentais, as necessidades têm valor normativo.

Alfonsin diferencia¹⁷⁶ as **necessidades vitais ou reais** (as quais, não atendidas, põem em risco a própria vida) de necessidades fictícias, que não são necessidades propriamente ditas, introjetadas pelo modo de produção capitalista. Aquelas

titularidade, todo o conjunto de múltiplas emanações em que se resume a personalidade humana deve ser visto como o ser humano mesmo, considerado em sua própria estrutura fundamental na qual se assentam todos os direitos de que é titular.” MEIRELLES, Jussara . O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 99. Negrito no original.

¹⁷¹ SARLET, I. W. Obra citada. p. 139.

¹⁷² SARLET, I. W. Obra citada. p. 46.

¹⁷³ SARLET, I. W. Obra citada. p. 60.

¹⁷⁴ SARLET, I. W. Obra citada. p. 92-3.

¹⁷⁵ ALFONSIN, Jacques Távora. **Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. p. 55.

¹⁷⁶ No primeiro capítulo de sua obra Alfonsin faz um resgate de diversos autores que classificam as necessidades e outros que criticam essa classificação. Conclui o autor que essa classificação é útil.

necessidades são o **conteúdo de direitos humanos fundamentais**.¹⁷⁷ Por exemplo: a necessidade de o titular do direito de propriedade de acrescer o valor de troca do seu bem é ficta, e a das vítimas da ociosidade espacial são verdadeiras¹⁷⁸.

Marilena Chauí afirma que a carência de água e de comida manifesta algo mais profundo, que é o direito à vida.¹⁷⁹ Em termos diferentes essa assertiva demonstra a tese de Alfonsin: os interesses (ou necessidades) manifestam direitos fundamentais, são conteúdo de direitos fundamentais.

Segundo a filósofa, os interesses [ou necessidades em sentido amplo], em uma sociedade democrática, devem-se transformar em direitos (efetivos), que são gerais e universais, válidos para todos os indivíduos, grupos ou classes sociais. Quando isso não ocorre, os interesses, por não se tornarem direitos *efetivos*, tornam-se privilégios de alguns e carência não satisfeita para outros.¹⁸⁰ Isso está em perfeita consonância com a fórmula que Jaques Alfonsin propõe: a satisfação dos direitos somente pode ser *universal quanto aos sujeitos e, quanto aos objetos, apenas pode ser a referência da suficiência de espaço para todos e todas*.¹⁸¹ Do contrário, em não sendo universais quanto aos sujeitos, alguns são privilegiados e outros carentes. O mesmo ocorre se o uso dos objetos for irrestrito – o que ocasiona, ademais, problemas ambientais que vivemos hoje sem precedentes.

Alfonsin escala, dentre as necessidades, a de alimentação e moradia, que são meios indispensáveis de vida ao ser humano. A não satisfação dessas necessidades, devido a uma conjuntura econômica, tem gerado *vítimas*, as quais, se não são criadas pelo ordenamento jurídico, devem ser protegidas por este.¹⁸²

Essas vítimas são geradas, dentre outras razões, porque não tem acesso ao uso dos bens. O valor de uso (categoria de Marx retomada por Alfonsin) é dado pela utilidade da coisa, é o conteúdo material da riqueza, e se opõe ao valor de troca que,

¹⁷⁷ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 94.

¹⁷⁸ ALFONSIN, J. T. Obra citada. ... p. 97.

¹⁷⁹ CHAUI, M. A sociedade democrática. p. 334 e 338-339.

¹⁸⁰ CHAUI, M. Obra citada. p. 334 e 338-339.

¹⁸¹ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 20.

¹⁸² ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 21.

por sua vez, foi-se descolando ao longo da história do valor de uso¹⁸³, transformando as coisas em mercadorias com valor de troca apartado de sua utilidade. Ocorre que não é pelo fato de as coisas se transformarem em mercadorias que deixam de ser as mesmas que satisfazem as necessidades humanas. Apesar de possuírem valor econômico, possuem *valor social em si próprias, valor de uso*, que não pode ficar adstrito unicamente ao cálculo de seus proprietários.¹⁸⁴

Quando este valor fica dimensionado apenas pelo interesse de lucro, tem-se o panorama de geração de vítimas descrito por Francisco Cardozo de Oliveira:

“O problema da solvabilidade está relacionado aos preços elevados das unidades habitacionais, incompatíveis com o padrão de renda da população brasileira. O longo período de tempo exigido para compatibilizar o pagamento do preço do imóvel com o nível de renda do adquirente da unidade habitacional aumenta o prazo de transformação do capital-mercadoria em capital-dinheiro, ou seja, da realização efetiva da mais-valia. (...)

A **moradia**, entretanto, **não** pode ser considerada **simples bem de consumo** cuja oferta se orienta pela necessidade individual de um sujeito consumidor abstrato. O problema da moradia ultrapassa a esfera de interesses privados e, no campo jurídico, se inscreve entre os chamados direitos sociais. A efetividade do direito social à moradia deve ser perseguida pela sociedade e pelo Estado e não apenas pela atividade empresarial que se restrinja a operacionalizar a troca de bens no mercado.”¹⁸⁵

Como se vê, o valor de uso consulta direitos e interesses muito superiores aos simplesmente patrimoniais.¹⁸⁶ O solo é “toda hipótese e possibilidade de vida”¹⁸⁷. “A terra é fundante de qualquer racionalização do curso do homem e da mulher no processo histórico”,¹⁸⁸ de modo que não é pelo fato de a história tê-lo destruído egoisticamente, que o Direito possa ignorar aquela realidade.¹⁸⁹ *Sobre o mesmo bem terra coexistem direitos humanos fundamentais alheios, terra é bem indispensável à*

¹⁸³ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 67-68 citando MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Abril, 1983. v. I, p. 45-6.

¹⁸⁴ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 69.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Ensaio Hermenêutico para a Tutela Concreta da Posse e da Propriedade no Direito Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Pós-Graduação Direito da Universidade Federal do Paraná. Vol. I. p. 180-181. Grifei.

¹⁸⁶ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 70.

¹⁸⁷ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 71. citando HIEDEMANN, Justus Wilhem. **Tratado de derecho civil**. Madri, 1995.

¹⁸⁸ BALDEZ, M. L. Obra citada.

¹⁸⁹ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 71.

vida também de não proprietários, assim não podendo ser considerada mercadoria¹⁹⁰ ou bem de consumo, ao menos não “tão somente”, na expressão de Alfonsin.

Exatamente por isso tudo, porque o valor de uso remete a interesses não apenas patrimoniais, mas de realização da vida, que há de se valorizar a posse (expressão do valor de uso) dos bens, a necessidade vital de se utilizar os bens¹⁹¹. E é aí que entra teoria de Hernández Gil: a posse como relação apta a satisfazer a insuprimível necessidade humana de uso dos bens.

Hernández Gil contrapõe a concepção técnico-jurídica da posse uma concepção sociológica. Nos direitos ordinariamente conta mais a potencialidade do que a concreta e real conduta. Na posse, ocorre o contrário.¹⁹² Todo o fenômeno possessório é ligado fortemente com a realidade social (com o conjunto dos seres humanos), toda a posse é dependente da realidade social, como pressuposto e como fim.¹⁹³

A posse é a instituição jurídica de maior *densidade social enquanto expressa de maneira primária a proteção do homem social em relação ao meio*¹⁹⁴ (exatamente o que defende, em outras palavras, Alfonsin: o valor de uso dos bens como aquele que é capaz de concretizar direitos fundamentais, na medida em que satisfaz necessidades reais). Por isso, diferente dos romanistas, que não estão com o pé neste chão, Hernández bem aponta que o único aspecto verdadeiramente essencial da posse não é o *animus* ou o *corpus*, mas sim o **serviço**.¹⁹⁵

A posse representa a insuprimível exteriorização do homem sobre o mundo dos objetos. *Precisa, de algum modo, acontecer sempre, pois representa a necessidade*

¹⁹⁰ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 94.

¹⁹¹ Alfonsin defende que as vítimas são legitimadas a impugnar judicialmente o não cumprimento da função social da propriedade. Argumenta que a ociosidade espacial gera tantas vítimas quantas forem as pessoas não proprietárias necessitadas do valor de uso do referido espaço, sendo o valor de uso é que enche de conteúdo os direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia. Por isso, aquelas vítimas estão legitimadas a impugnar a espera do valor de troca que o proprietário do bem terra estiver dele fazendo, em violação à função social da propriedade. O proprietário conta com o tempo a seu favor, pois as urgências diárias são dos pobres. Essa relação tempo/espaço é de Milton Santos. “o espaço é uma acumulação de tempos sucessivos” (ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 95-6.) O objeto da presente pesquisa, porém, são os atos de ocupação de terras e não de litigância judicial. Mesmo porque esta, sem pressão política, costuma mostrar resultados pouco efetivos.

¹⁹² GIL, A. H. Obra citada. p. 120-1.

¹⁹³ GIL, A. H. Obra citada.. p. 128.

¹⁹⁴ GIL, A. H. Obra citada. p. 105. Por isso, segundo ele, a ordenação jurídica resulta incipiente.

¹⁹⁵ GIL, A. H. Obra citada.p. 158.

humana do exterior. O trabalho como empresa humana dirigida a satisfazer necessidades e de realizar a existência compartilhada se faz a expensas de atos possessórios. Veja que Hernández elege a mesmas necessidades que Alfonsin: alimentação e moradia, além do trabalho – sendo este terceiro elemento de reivindicação dos movimentos populares sobretudo rurais, já que a disputa da terra urbana não visa imediatamente ao trabalho.

Em suma: a proteção indispensável da pessoa sobre os bens só pode se dar através da posse¹⁹⁶ - ou do uso dos bens. A posse, assim, é a estrutura menos classista, do domínio de alguns, já que reflete necessidades reais (exatamente nos mesmos termos usados por Alfonsin), gerais ou comuns. O mínimo possessório é, desta forma, para o autor espanhol, um mínimo *social e ético*.¹⁹⁷

A posse, por ser situação jurídica primária, não pode se circunscrever ao papel de aliada da propriedade. A pessoa incorpora outras exigências que não apenas a liberdade, marca daquele direito real,¹⁹⁸ e a liberdade efetiva só pode se dar a partir de certos níveis de igualdade¹⁹⁹ e de *segurança jurídica*, a qual, socialmente entendida, implica no desfrute e uso de certos bens que a pessoa por si só não está em condições de conseguir.²⁰⁰

Diante dessa conexão intrínseca da posse com a realidade social, Hernández trata da **função social da posse**. Função social, para ele, é pressuposto e fim da ordenação jurídica. Enquanto *pressuposto*, o “social” mostra o conteúdo dinâmico da realidade intrasocial – trata-se da total referência à realidade social, embasamento nesta²⁰¹. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin, sobre a necessidade de o Direito estar a serviço da vida, afirma que “os fatos podem se impor sobre o direito, ainda que para isso seja transposta a fronteira entre o direito e o não-direito”²⁰²:

¹⁹⁶ GIL, A. H. Obra citada.p. 158.

¹⁹⁷ GIL, A. H. Obra citada. p. 164.

¹⁹⁸ GIL, A. H. Obra citada. p. 168.

¹⁹⁹ GIL, A. H. Obra citada.. p. 203.

²⁰⁰ GIL, A. H. Obra citada. p. 211.

²⁰¹ GIL, A. H. Obra citada.. p. 72-75.

²⁰² FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito proprietário: reflexões sobre a propriedade urbana. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 85. v. 723. Janeiro de 1996.p. 107-109.

“É que a pretensão de cientificidade, como a de neutralidade, exige certo distanciamento da realidade social. E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem.”²⁰³

Não obstante isso, novamente com Gil, não se trata de subordinação, porque se também visa a modificar essa realidade. Então se chega à função social enquanto *fim*: juízo de valor, atitude teleológica e axiológica, orientada à realização da justiça.²⁰⁴

Liga-se à idéia do direito com missão conformadora e retificadora.²⁰⁵

*A função social da posse tem, então, duas faces: a de sua espontaneidade social primária e a de sua imperatividade social para uma sociedade homogeneizada.*²⁰⁶ A função social da posse se liga ao seu ser fenomenologicamente primário: a função social é essência da posse, não é algo que se agrega a ela, modificando-a ou limitando-a, como na propriedade.²⁰⁷ Alfonsin explica que, para Hernández Gil, a função social se preserva na posse em tudo que nela é imprescindível.²⁰⁸

Função, para Alfonsin, é satisfação de uma necessidade: toda necessidade pressupõe uma relação entre ela e um bem apto a satisfazê-la na esfera jurídica de um sujeito. Essa idéia de função faz limitar o conteúdo do direito de propriedade, já que o espaço é o mesmo para a satisfação dos interesses.²⁰⁹

O nosso ordenamento jurídico prevê expressamente a função social da propriedade. Justamente a função social da propriedade diz com a *utilização* dos bens, e não com sua titularidade. Os bens é que estão submetidos a uma destinação social, e não a propriedade em si mesma. Função social da propriedade realiza-se “mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, ... seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua

²⁰³ FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 59.

²⁰⁴ GIL, A. H. Obra citada. p. 72-75.

²⁰⁵ GIL, A. H. Obra citada. p. 152.

²⁰⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Obra completas**. Tomo I. Conceptos jurídico fundamentales”. Madrid: Espasa-Calpe: 1987. p. 506.

²⁰⁷ GIL, A. H. **Función social de la posesion**. p. 214.

²⁰⁸ Jaques Távora Alfonsin, em palestra proferida em 18.05.2007 no Encontro Terra e Cidadania, promovido pelo Instituto de Terras, Geografia e Cartografia do Paraná, em Curitiba.

²⁰⁹ ALFONSIN, J. T. **Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. p. 167.

posse”.²¹⁰ Por isso a função social diz mais respeito ao fenômeno possessório do que ao direito de propriedade²¹¹. Esta é a importante lição de Fachin, para quem a

“... função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. [...] o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade.”²¹²

Nesse sentido é que Francisco Cardozo de Oliveira explica que a função social da posse liga-se ao valor de uso dos bens, coerentemente com as teorias de Hernández Gil e Jaques Alfonsin:

“O alcance da função social da posse, ao contrário do que sucede com a propriedade, pode mais facilmente romper com a estrutura de trocas que viabiliza o mercado, na medida em que revitaliza o princípio primário do valor de uso dos bens.

De qualquer modo, assim como o texto constitucional atribui valor jurídico ao fato da posse quando, por exemplo, reconheceu o direito do possuidor de adquirir o domínio (artigos 183 a 191), é certo que, implicitamente, tutelou também a função social da posse, que está integrada a essência fática da posse e que a qualifica pela necessidade de atendimento das necessidades humanas.”²¹³

Pode-se dizer, enfim, que a tutela da posse é indispensável para se assegurar a

²¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 844.

²¹¹ ZAVASCKI, T. A. Obra citada. Local citado. Este autor considera valiosos os posicionamentos doutrinários pela relativização sempre maior do direito de propriedade. Porém, sobre o tema específico dos movimentos sociais, Teori Albino defende que nos casos de ocupações, por parte de “pessoas carentes, quase sempre organizadas em grupos, de terrenos ou prédios urbanos, particulares e públicos, para ali fixar sua moradia”, e fatos idênticos ocorridos no campo, notadamente pelo MST, diferentemente do que ocorre nos casos de desapropriação indireta, ou usucapião especial, a situação daqueles conflitos possessórios não está consolidada. Para ele, nos casos daquelas ocupações, não se pode afirmar a existência de situação fática valiosa por si só para permitir a limitação do direito de propriedade em favor dos ocupantes. (ZAVASCKI, T. A. Obra citada. p. 857-8.) Entendo que nem é isso, aparentemente, que os movimentos sociais esperam. Parece, sim, que querem um fato político, capaz de desencadear conseqüências também políticas, de implementação de políticas públicas.

²¹² FACHIN, L. E. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 19 e 20. No mesmo sentido, o reconhecimento jurisprudencial: “O conceito de posse, a partir do inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, está intimamente ligado ao da função social da propriedade.” (TARGS, apelação 195124565)

²¹³ OLIVEIRA, F. C. **Ensaio Hermenêutico para a Tutela Concreta da Posse e da Propriedade no Direito Brasileiro.** Vol. II. p. 322.

satisfação de necessidades vitais, que são o fundamento e conteúdo dos direitos humanos fundamentais. Trata-se, em última análise, de valorização da *vida* do sujeito concreto.²¹⁴

O sistema clássico trata o sujeito em “uma abstração do mais elevado grau”.²¹⁵ Para essa concepção, “o sujeito não ‘é’ em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de ‘outra ordem’) e é mais um ‘indivíduo patrimonial’”.²¹⁶

A noção de direito subjetivo, como atributo do ordenamento jurídico aos sujeitos de direito, configurou “claro desprestígio à pessoa humana, reduzida a simples elemento da relação jurídica”.²¹⁷ “Na concepção clássica do direito privado, a pessoa é valorizada pelo que **tem** e não por sua dignidade como tal.”²¹⁸

Isso, como já se disse, é incompatível com a atual ordem constitucional, que tem no seu núcleo essencial a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais decorrentes²¹⁹. Valorizá-los e persegui-los implica em tutelar a posse dos sujeitos concretos que compõem grupos carentes/marginalizados, os quais, para a plenitude de seu *ser*, precisam usufruir de bens vitais.

4. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL (COM VISTAS AO PROBLEMA PROPOSTO)

Como, porém, tutelar essa posse se, pelo menos em uma primeira leitura, ela é viciada? Para tanto, precisará ser feita uma ponderação entre valores jurídicos. Imperioso adentrar na hermenêutica jurídica.

²¹⁴ O paradigma da vida concreta de cada sujeito é inaugurado por Enrique Dussel e delineado em seu **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 2 ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves e outros. Petrópolis: Vozes, 2002.

²¹⁵ FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil**. p. 59.

²¹⁶ FACHIN, L. E. *Obra citada*. p. 89.

²¹⁷ MEIRELES, J. *Obra citada*. p. 94.

²¹⁸ MEIRELES, J. *Obra citada*. p. 95. Negrito no original.

²¹⁹ SARLET, I. W. *Obra citada*. p. 61 e 77.

Hoje é amplamente refutada a simples subsunção dos fatos às normas, mesmo porque se sabe que esta subsunção não é simples como parece a primeira vista. Pensar a hermenêutica não é deleite técnico-jurídico. É compromisso com a realidade, a qual se mostra complexa e sem respostas justas a priori. Refletir como fazer escolhas, quais bens prevalecem em cada caso, é um compromisso com o mundo real.

Aceita-se quase generalizadamente a tese de Gadamer segundo a qual a interpretação e a compreensão dos textos (e também do direito, da lei)²²⁰ são simultâneas, de modo que a interpretação é a forma explícita da compreensão²²¹. Mas, mais do que isso, Gadamer defende que “*Comprender es siempre también aplicar*”.²²² Trata-se de um processo unitário: compreensão, interpretação e aplicação, sendo esta também essencial do processo hermenêutico.²²³

Eros Grau corrobora a tese de Gadamer. Explica que a interpretação é *constitutiva*, por produzir a partir dos textos normativos a norma.²²⁴ Lênio Streck (que compartilha o mesmo marco teórico que Eros Grau, qual seja, Gadamer) diz o mesmo, e complementa: processo hermenêutico, dependente do *jogo de forças* que se travar no respectivo campo jurídico.²²⁵ Pelo processo interpretativo, o jurista não descobre o verdadeiro sentido da lei, “mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político”.²²⁶ Nas palavras de Eros Grau: “Todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas”.²²⁷ Deste modo, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo – vem de fora e é atribuído pelo intérprete²²⁸. Nesse sentido, Juarez Freitas afirma que “O sistema é resultante direto do trabalho hermenêutico e *profundamente humano* do intérprete.”²²⁹.

²²⁰ GADAMER, Hans-George. **Verdad y metodo**: fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 4 ed. Salamanca: Sígueme, 1991. p. 382.

²²¹ GADAMER, H. Obra citada. p. 378.

²²² GADAMER, H. Obra citada. p. 380.

²²³ GADAMER, H. Obra citada. p. 379.

²²⁴ GRAU, Eros Roberto. **Interpretação/aplicação do direito**. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação - Aplicação do Direito. 3. ed. Malheiros, 2005. [Texto sem numeração de páginas.]

²²⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 240.

²²⁶ STRECK, L. L. Obra citada. p. 96;

²²⁷ GRAU, E. R. Obra citada. [Texto sem numeração de páginas.]

²²⁸ STRECK, L. L. Obra citada. p. 96;

²²⁹ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In:

Segundo Dworkin, o conhecido argumento da democracia é o seguinte: os juízes não podem tomar decisões políticas, de acordo com a concepção centrada nos direitos, porque não são eleitos. Assim, deveriam aplicar a legislação tal qual ela se encontra.²³⁰ Porém, após decorrer longamente acerca da interpretação centrada na intenção do legislador, que seria aquela mais fiel à legislação, conclui que as questões psicológicas (de grupo) e as contrafactuais (a referência a argumentos históricos, da intenção do legislador) para a interpretação da lei exigem, para a sua avaliação, argumentos com o mesmo caráter daqueles recomendados pela concepção do Estado Democrático centrada nos direitos, os quais tentam evitar. Enfim, as questões psicológicas e contrafactuais pedem argumentos que também são políticos. O “argumento da democracia”, portanto, segundo Dworkin, não favorece a concepção da jurisdição centrada na lei²³¹

Reconhecer o aspecto existencial e político na interpretação/aplicação de textos e normas não significa, despojar-se da necessidade de buscar fundamento ético e racional para as decisões. Nesse sentido, Álvaro de Souza Cruz, especificamente criticando Streck, faz uma valiosa advertência: não se pode abrir mão da pretensão de alcance racional da ciência e do direito. A descrença completa na capacidade de a razão apreender objetos leva a despi-la de qualquer convicção ética.²³² Isso é inaceitável, e por isso que se propõe a presente reflexão.²³³

Primeiro far-se-á um breve resgate dos principais autores e em seguida uma proposta de como enfrentar tais situações em nosso contexto.

Para **Alexy** os princípios expressam deveres *prima facie*, e as regras expressam deveres definitivos,²³⁴ sendo diferença entre regras e princípios lógica.²³⁵ Sua tese

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-356. p. 320. Grifos nossos.

²³⁰ DWORIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 17

²³¹ DWORKIN, R. Obra citada. p. 25

²³² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 146-7.

²³³ Importa notar, porém, que aqui não se pretende debater o limite da legitimidade da jurisdição: se ativista ou não, qual a medida de interferência em políticas públicas, etc.

²³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In:

básica é que os direitos fundamentais devem ser concebidos como princípios²³⁶, ou seja, como mandatos que ordenam a máxima realização em relação às possibilidades jurídicas e fáticas.²³⁷ Os direitos fundamentais, na sua interpretação como princípios, não devem ser confundidos com enunciados programáticos: os direitos fundamentais do Estado democrático contemporâneo se garantem mediante *normas vinculantes*.²³⁸ Segundo Virgílio Afonso da Silva, o conceito princípio de Alexy nada diz sobre a fundamentabilidade da norma. A norma será princípio em razão de sua estrutura normativa. Neste sentido, o que se considera *nula poena sine lege*, não será princípio, mas regra.²³⁹ Esclarece, ainda, que na teoria de Alexy, o princípio é axiologicamente neutro²⁴⁰ - ou seja, não é *superior* às regras.

A interpretação dos princípios – e, em consequência, dos direitos fundamentais, leva em consideração o princípio da proporcionalidade.²⁴¹ Não se trata de chamamento intuitivo, mas de um procedimento metódico estrito.²⁴² Alexy é adepto da teoria externa ou teoria dos direitos restringíveis²⁴³. Esta teoria pressupõe dois objetos jurídicos diferentes. O primeiro é um direito *prima facie* (implica em que devem ser tomadas todas as medidas, ou abstenções, para que seu objeto seja realizado o máximo possível). Com o resultado da restrição se obtém um direito definitivo ou limitado.²⁴⁴

revista latino-americana de estudos constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey. n. I. jan.-jun. 2003. p. 619.

²³⁵ BOROWSI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 48

²³⁶ BOROWSI, M. Obra citada. p 47. Os direitos humanos são direitos morais. Estes direitos são válidos somente em razão de sua adequação social. Sua positivação, assim, não lhes representa um critério de validade. O que o caracteriza é a sua fundamentabilidade, ou seja, sua referência a interesses e necessidades fundamentais. Estes direitos têm validade universal, e, nesta medida, têm prioridade frente ao direito positivo, pois são medida de legitimidade a estes últimos. Por fim, os direitos fundamentais têm índole abstrata. (BOROWSI, M. Obra citada. p. 30-31.) Esse tema da natureza dos direitos humanos – se morais ou não, por exemplo - não é tema dessa pesquisa.

²³⁷ Carlos Bernal Pulido in BOROWSI, M. Obra citada. p. 16.

²³⁸ BOROWSI, M. Obra citada. p 61-62.

²³⁹ SILVA, V. A. Obra citada. p. 613.

²⁴⁰ SILVA, V. A. Obra citada. P. 615.

²⁴¹ Carlos Bernal Pulido in BOROWSI, M. Obra citada. p. 17.

²⁴² BOROWSI, M. Obra citada. p 55

²⁴³ Se opõe à teoria interna, segundo a qual desde o início existe um direito com conteúdo determinado. Há só um objeto normativo: o direito com seus limites concretos, imanentes. Neste caso, basta verificar se seu conteúdo aparente é também seu conteúdo verdadeiro (sendo que este último representa uma disposição normativa). BOROWSI, M. Obra citada. p. 68-69

²⁴⁴ BOROWSI, M. Obra citada. p 66-67

O direito *prima facie* é um objeto normativo. Sempre que um direito existe, há uma norma que garante esse direito. O segundo objeto também é normativo: as restrições dos direitos produzem igualmente normas.²⁴⁵

Para a ponderação, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, com os subprincípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.²⁴⁶ Segundo o princípio da *idoneidade*, a medida adotada deve ser adequada para a obtenção de um fim legítimo perseguido pelo Estado. Os fins ilegítimos são aqueles cuja obtenção está proibida pela Constituição.²⁴⁷ Aqui se trata de avaliar as razões da intervenção.²⁴⁸ A seguir deve ser observado o subprincípio da *necessidade*, mediante o qual a medida tomada será válida se não houver outra medida igualmente eficaz que atinja menos o direito fundamental afetado.²⁴⁹ Aqui é avaliada a intensidade da ponderação.²⁵⁰ Por fim, deve ser observado o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, pelo qual a intensidade da intervenção deve ter peso proporcional ao das razões que a justificam.²⁵¹ Aqui é que se dá a ponderação no sentido próprio.²⁵²

Para **Dworkin**, regras são mandamentos que são aplicados na forma tudo ou nada, e os princípios têm dimensão de peso. Para avaliar essas decisões judiciais é preciso diferenciar argumentos de princípio político (que recorrem a direitos políticos de cidadãos individuais) e argumentos de procedimento político (que exigem que uma decisão seja orientada ao bem estar geral ou ao interesse público). Para Dworkin, a visão correta é a baseada em argumentos de princípio.²⁵³ Ou seja, o tribunal deve tomar decisões de princípio, e não de política, decisões sobre os direitos das pessoas e

²⁴⁵ BOROWSI, M. Obra citada. p 68

²⁴⁶ BOROWSI, M. Obra citada. p 57

²⁴⁷ BOROWSI, M. Obra citada. p 130

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Palestra proferida na Escola Superior de Magistratura Federal em 07 de dezembro de 1998.

²⁴⁹ BOROWSI, M. Obra citada. p. 130

²⁵⁰ ALEXY, R. Idem.

²⁵¹ BOROWSI, M. Obra citada. p. 131

²⁵² ALEXY, R. Idem.

²⁵³ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. p. 6. Essa questão é debatida no Brasil, onde a efetividade de princípios/direitos fundamentais depende de posições políticas e de realização de políticas públicas. Foge o tema, entretanto, ao objeto da presente discussão.

não sobre como alcançar o bem estar geral.²⁵⁴

Habermas faz um substancioso apanhado da teoria dos direitos de Dworkin, contrapondo-a a Alexy.

Diferencia a concepção dos direitos fundamentais como normas (Dworkin) e como valores (Alexy). Os valores teriam sentido teleológico, de um agir direcionado a um fim, representando preferências compartilhadas intersubjetivamente, validos de forma gradual, de obrigatoriedade apenas relativa, enquanto as normas teriam sentido deontológico, de obrigatoriedade absoluta, com pretensão de validade binária (ou valem, ou não valem), sendo igualmente boas para todos.²⁵⁵

Habermas critica a “doutrina da ordem de valores” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, porque os direitos, para ele, na linha de Dworkin, não podem ser assimilados a valores. O tribunal aderiu à proposta de Alexy, que entende os princípios como mandamentos de otimização, devendo ser *ponderados*. Habermas, na esteira de Dworkin, defende que os princípios possuem sentido deontológico.²⁵⁶

Propõe, então:

“É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém *esse* deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para caso uma **única solução correta**.”²⁵⁷

Ou seja, para Habermas há apenas uma solução correta porque os princípios têm caráter deontológico, e não axiológico.

Diferentemente, para **Juarez Freitas**, “a antinomia entre regras oculta, necessariamente, uma antinomia entre princípios”.²⁵⁸ As regras, para ele, têm uma “função hermenêutica instrumental”: servir à realização dos princípios.²⁵⁹ Os

²⁵⁴ DWORKIN, R. Obra citada. p. 101

²⁵⁵ HABERMAS, J. Obra citada. p. 316-317.

²⁵⁶ HABERMAS, J. Obra citada. p. 314-316.

²⁵⁷ HABERMAS, J. Obra citada. p. 323.

²⁵⁸ FREITAS, J. Obra citada. p. 318.

²⁵⁹ FREITAS, J. Obra citada.. p. 318.

princípios jurídicos são “diretrizes hierarquizáveis superiores às regras”, as quais são “normas-meios para o incremento da efetividade sistemática e sistematizadora das finalidades maiores incorporadas (...) pela rede de princípios fundamentais.”²⁶⁰ “Hierarquizar princípios, regras e valores constitucionais sem permitir a quebra dos princípios – eis a tônica da interpretação tópico-sistemática.”²⁶¹ Dessa maneira, confirma-se o direito positivo como fruto contínuo da hierarquização *axiológica*.²⁶²

Refuta a idéia de única resposta correta. Para ele “a melhor interpretação é possível, desde que não aspire ao timbre inflexível de única resposta correta.”²⁶³ Juarez de Freitas, ao contrário de Dworkin, não concorda com a aplicação “tudo ou nada” das regras, ou, em suas próprias palavras, “a única resposta correta”, o que se reflete na seguinte passagem:

“Do contrário, se se prestar cega e infundada obediência à suposta única resposta correta em matéria processual, o intérprete deixará de cumprir sua missão de conferir prioridade à melhor alternativa no bojo do sistema, rendendo-se à exclusões do tipo tudo-ou-nada. Nessa perspectiva, indispensável adotar uma visão instrumental das regras, notadamente das que tratam do acesso à tutela jurisdicional, se quiser o real efetivo predomínio principiológico.”²⁶⁴

Se a antinomia entre regras oculta uma antinomia de princípios, “um princípio substancial pode exigir a tópica eliminação de uma das regras”²⁶⁵

“Na prática, invariavelmente opera-se a hierarquização axiológica, que, em homenagem a determinado princípio, faz com que uma regra ceda à outra, ocorrendo, no fundo, uma autêntica afirmação tópica da natureza superior de determinado comando principiológico em relação às regras em colisão, mais do que a ablação de uma pela outra (...) De sua vez, a coluna dos princípios tem que ser mantida intacta, dadas a nobreza e a posição nevrálgica que ocupam no sistema, diretrizes ‘neurais’ que são.”²⁶⁶

Defende serem as constituições democráticas intrinsecamente pluridimensionais, de modo que nem toda contradição é uma “antinomia nefasta”²⁶⁷

²⁶⁰ FREITAS, J. Obra citada. p. 353.

²⁶¹ FREITAS, J. Obra citada. p. 320.

²⁶² FREITAS, J. Obra citada. p. Local citado.

²⁶³ FREITAS, J. Obra citada. p. 321.

²⁶⁴ FREITAS, J. Obra citada. p. Local citado.

²⁶⁵ FREITAS, J. Obra citada. p. 346.

²⁶⁶ FREITAS, J. Obra citada. p. 346/347.

²⁶⁷ FREITAS, J. Obra citada. p. 353.

Feito este apanhado, apresento algumas conclusões, ou escolhas, que considero coerentes e úteis. Não se trata de uma pretensão abrangente ou concludente, mas sim de explicitar as escolhas metodológicas.

“Na concepção hermenêutica do direito, a relevância do método está na capacidade de explicitar a configuração tópico-problemática do círculo da compreensão, onde emerge a relação entre regra e fato e entre teoria e prática. A metodologia, todavia, não se coloca perante a hermenêutica como exterioridade que direciona a compreensão e o processo de concretização de direitos. O método resulta ele mesmo da prática da compreensão, voltada para a concretização do direito justo. (...)”

Perante a hermenêutica não se coloca a questão da existência de um determinado método apto a fundamentar a prática de compreensão. A hermenêutica convive com a multiplicidade de métodos. O que está em causa é a **explicitação das escolhas metodológicas**.²⁶⁸

Conforme bem observou Virgílio Afonso da Silva²⁶⁹, os autores brasileiros vêm usando teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem – a exemplo de, muitas vezes, colocarem Dworkin e Alexy juntos, a despeito das grandes diferenças, apontadas por Habermas. Por isso mesmo me preocupo em marcar as dissonâncias entre os marcos teóricos. Evidente fica que nenhum é suficiente, mas nem por isso podemos nos afastar da tarefa de interpretar/aplicar. Ademais, a escolha de uma teoria não é descontextualizada do sistema jurídico e da realidade social na qual se insere, de modo que as conclusões que aqui se aponta são referenciais ao problema que temos em questão.

Acredito que Alexy tenha a melhor definição do que sejam princípios e regras – não em relação ao seu método, mas ao seu conceito. **Princípios são mandamentos de otimização, e as regras carregam em si deveres definitivos**. Reconhecê-lo é estar conectado ao que a realidade jurídica nos mostra.

Isso implica em percebermos que determinadas normas que tradicionalmente encaramos como princípios são, em verdade, regras. Assim, por exemplo, o mandamento “*não há crime sem lei anterior que o defina*” não é princípio, mas regra, pois expressa em si um dever definitivo.

²⁶⁸ OLIVEIRA, F. C. **Ensaio Hermenêutico para a Tutela Concreta da Posse e da Propriedade no Direito Brasileiro**. Vol. II. p. 300.

²⁶⁹ SILVA, V. A. Obra citada. p. 625-6.

Como se mencionou, Virgílio Afonso da Silva explica que para Alexy os princípios não são superiores às regras, como parte de nossa doutrina afirma. O que entendo, sim, é que **os direitos fundamentais é que são hierarquicamente superiores às demais normas, sejam eles regras, sejam eles princípios**²⁷⁰. Assim, o mandamento “não há crime sem lei anterior que o defina” é regra, de direito fundamental, que pode ser superior a outras regras e outros princípios.

Regras e princípios carregam em si valores.²⁷¹ **Nem por isso deixam de ter sentido deontológico**, de obrigatoriedade. Os valores representam um agir direcionado a um fim, e justamente isso que as normas contemporaneamente demonstram. Dizer que obrigam, que as normas são válidas ou inválidas, sem reconhecer que são um agir direcionado a um fim, é idealista na medida em que não reconhece que o dever ser, factualmente, é realizado de forma gradual. Dizer que têm sentido deontológico negando sua dimensão também axiológica é metodologicamente impossível. Afirmar que os princípios devem ser aplicados, como Habermas faz, não contribuiu muito com as freqüentes situações em que princípios colidem, em que regras colidem, e nas quais necessariamente valores são ponderados. Não reconhecê-lo é escamotear essa realidade. Como bem defende Ingo Sarlet, negá-lo seria um retorno ao positivismo kelseniano, ao sistema jurídico bastante em si mesmo:

“Relevante, isto sim, parece-nos a necessidade de jamais esquecer a permanente presença dos valores no sistema normativo, seja nos princípios, seja nas regras, pena de, aí sim, incorrerem em grave equívoco e merecermos até mesmo o rótulo de positivistas no sentido formalistas kelseniano.”²⁷²

Ingo entende a dignidade da pessoa humana como norma jurídica (**princípio e valor**) fundamental,²⁷³ sendo o princípio constitucional de maior hierarquia

²⁷⁰ Isso não implica em soluções simplistas. Deve-se ter em conta as repercussões das decisões. Significa dizer que não basta o intérprete buscar o direito fundamental daquela única parte integrante da lide, já que os conflitos não podem mais ser pensados na perspectiva *Caio versus Ticius*, mas deve se levar em conta as conseqüências das decisões para a coletividade. Gustavo Amaral problematiza bem a questão, em Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁷¹ Nesse sentido: SARLET, I. W. Obra citada. p. 71.

²⁷² SARLET, I. W. Obra citada. p. 71.

²⁷³ SARLET, I. W. Obra citada. p. 66-9.

axiológico-valorativa.²⁷⁴

As decisões são baseadas em valores e em escolhas, e nesse sentido são políticas, conforme o próprio Dworkin: “Naturalmente, as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas”, não no sentido a política partidária, mas baseando-se em princípios nos quais acredita.²⁷⁵

Juarez Freitas defende²⁷⁶ que as regras têm função instrumental de servir a valores. Entendo, diferentemente, na linha de raciocínio que o texto vem seguindo, que ambos, **regras e princípios, têm função instrumental: servir a valores**, de efetivar valores, de instrumentalizar valores.

As regras não são aplicadas na forma tudo ou nada, porque **uma regra pode deixar de ser aplicada em uma situação que produza um efeito inconstitucional**. Isso é largamente aceito pela doutrina constitucional brasileira²⁷⁷. Este, porém, não é o objeto do presente estudo.²⁷⁸

Sobre a questão de existir *uma* resposta correta, isto é apego demasiado a uma crença na capacidade da racionalidade moderna. Nesse sentido, conforme se citou, é a defesa de Juarez Freitas. Há **respostas corretas possíveis**. O que não quer dizer que se abduque de um fundamento ético²⁷⁹ nem que não existam respostas melhores do que outras.

Nesse sentido, em não havendo única resposta correta, também é inaceitável o *método* (e não a definição) quase matemática proposta por Alexy.

Havendo colisão, portanto, devem prevalecer as normas que melhor favoreçam os direitos fundamentais e os fundamentos da República, visando à otimização dos

²⁷⁴ SARLET, I. W. Obra citada. p. 70.

²⁷⁵ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. p. 3-4

²⁷⁶ FREITAS, J. Obra citada. p. 318.

²⁷⁷ Nesse sentido, BARROSO, Luiz Alberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 274-275.

²⁷⁸ Também não se pretende aqui de discutir a legitimidade de normas inseridas no ordenamento. O objeto da presente pesquisa (os vícios da posse *versus* o estado de necessidade social) presume normas válidas. Normas inválidas devem passar pelo controle de constitucionalidade, concentrado ou incidental.

²⁷⁹ Ver nota de rodapé n.º. 282.

valores. O critério é ético: a vida²⁸⁰. Afinal, “A metodologia nunca é técnica neutra sem relação com uma constelação de valores e de idéias”.²⁸¹

Trata-se, sim, de ponderação de valores²⁸², porém não matemática. O intérprete deve construir, frente ao caso, a melhor solução, em uma hierarquização axiológica.²⁸³

As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são o núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.²⁸⁴. Entorno disso que se deve buscar a melhor solução e a melhor coerência do sistema. A dignidade humana dá coerência e sentido à ordem constitucional, sendo fundamento e fim da sociedade e do Estado.²⁸⁵

A **dignidade humana** não é absoluta, **pode ser realizada em diversos níveis**, mas possui **prevalência** diante de uma eventual necessidade de ponderação. Nada obstante isso, a dignidade humana tem caráter normativo, vinculante.²⁸⁶

5. RE-SIGNIFICAÇÃO DOS VÍCIOS DA POSSE DIANTE DO ESTADO DE NECESSIDADE SOCIAL

No item “2” deste capítulo se tratou dos vícios que tradicionalmente se atribuem à posse. Ocorre que, como bem afirma Lorenzetti, a maioria das instituições do direito privado foram delineadas com base no indivíduo “já instalado e bem”.²⁸⁷ “Existe um umbral na entrada ao Direito Privado, que importa a exclusão de grandes grupos de pessoas: nem todos chegam a ser proprietários, contratantes, trabalhadores ou autores

²⁸⁰ “a vida é o referente supremo”. DUSSEL, E. Obra citada. p. 134. Desenvolvi esse tema na pesquisa intitulada “A legitimidade de decisões que privilegiem direitos fundamentais, ainda que contra regras jurídicas, a partir da ética da libertação”, apresentada na Jornada de Iniciação Científica da faculdade de Direito da UFPR do ano de 2006.

²⁸¹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Ensaio Hermenêutico para a Tutela Concreta da Posse e da Propriedade no Direito Brasileiro*. Vol. II. p. 301.

²⁸² Que não significa ativismo judicial, como defende Álvaro de Souza Cruz (*Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 198), segundo o qual a ponderação leva à falência da democracia. A ponderação de valores, quando representar um ativismo judicial, pode ser que leva à falência da democracia. Mas a ponderação, em si, é inevitável à aplicação das normas.

²⁸³ FREITAS, J. Obra citada. p. 320.

²⁸⁴ SARLET, I. W. Obra citada. p. 61.

²⁸⁵ SARLET, I. W. Obra citada. p. 77.

²⁸⁶ SARLET, I. W. Obra citada. p. 74.

²⁸⁷ LORENZETTI, R. L. Obra citada. p. 86.

de um processo.”²⁸⁸ Essas exclusões, ocultas sob nossos esquemas mentais, permanecem como condicionamentos epistemológicos. Esse problema vincula-se com a verdade e o poder, e os interesses que os sustentam.²⁸⁹

Exatamente por isso é que hoje não se pode pensar o direito privado sobre seus dogmas, exclusivamente. As normas constitucionais incidem sobre o direito privado implicando em conseqüências radicais. Entre elas, a mudança de leitura na forma de ver os vícios da posse, a fim de garantir sua tutela.

É evidente a inadequação das bases da dogmática tradicional. Como aponta Luiz Edson Fachin, no plano da propriedade imobiliária, a supremacia do interesse privado é muito saliente. O artigo 1.228 do novo Código Civil, que estabelece os poderes do proprietário, reproduz, ainda que com algumas alterações relevantes de cunho social, o artigo 554 do *Código Napoleônico*, o qual toma como inspiração um dado momento do direito romano, “que passa sobre o medievo e sobre a concepção do direito germânico, que gerou a concepção da posse e da propriedade”.²⁹⁰

Esse panorama, porém, com a inserção da função da propriedade dentre os direitos fundamentais²⁹¹, e com a colocação destes no topo do ordenamento jurídico, não fica inalterado. E isso representa conseqüências no âmbito possessório – repita-se, de relações aptas à satisfação de necessidades vitais que são conteúdo de direitos humanos fundamentais.

Ocupações de terras rurais ou urbanas, com o fim de moradia e na maior parte das vezes também alimentação e trabalho, representam posse em uma primeira leitura

²⁸⁸ LORENZETTI, R. L. Obra citada. p. 87.

²⁸⁹ LORENZETTI, R. L. Obra citada. Local citado.

²⁹⁰ FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil**. p. 299.

Nesse sentido, comentando o processo constituinte, José Gomes da Silva aponta que “O conservadorismo, antigo e desconectado da realidade, esteve presente em debates como o da própria conceituação da propriedade. O Brasil não terá a propriedade subordinada à lei, como vários outros países capitalistas. Por aqui, tal direito é tratado como em pleno liberalismo clássico, sem que o mundo tivesse andado. Quem lê certos juristas e discursos parlamentares chega à conclusão de que o instituto da propriedade deveria assegurar a um cidadão o ‘sagrado direito’ de ser proprietário de uma bomba atômica; o Estado só deveria cuidar do uso, nunca do direito de possuir...” GOMES DA SILVA, José. **Buraco Negro: a Reforma Agrária na Constituinte de 1987/88**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 10.

²⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 270.

viciada, tendo em conta uma simples subsunção (não mais aceitável, como se discorreu no tópico anterior) do fato à norma.

Seria posse injusta porque violenta, adquirida através da força, e de *má-fé*, porquanto os ocupantes bem sabem que aquele terreno no qual adentram não lhes pertence.

Não é, porém, a essa conclusão que se chega a uma hermenêutica adequada aos fins constitucionais.

5.1. Posse injusta?

Conforme se discorreu longamente no primeiro capítulo, ações de desobediência civil/direito de resistência não são ilícitas, mas legítimas perante o ordenamento constitucional.

Supondo que em uma destas ações, legítimas, o adentrar na propriedade seja precedido de um conflito entre sem-terras/sem-teto e seguranças privados ou estatais, e que, conforme já se disse no primeiro capítulo, se houver violência, que esta não tenha partido dos ocupantes e que estes tenham reagido apenas no limite da defesa.

Nesta situação, haveria violência na tomada da posse.²⁹² Será, ainda assim, posse injusta? Desnecessário dizer que é preciso conhecer os meandros do caso concreto. Mas, aceita-se, para fins de reflexão, a hipótese formulada em seus termos gerais.

O enunciado do artigo 1.200 do Código Civil segundo o qual “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária” não é facilmente enquadrado nem como regra nem como princípio. Não representa um dever definitivo, já que não há consequência para a denominada posse injusta nem há elementos descritivos

²⁹² Veja-se definição manualística: “*Violência* é a maneira de consecução do ato espoliativo mediante constrangimento físico ou moral praticado contra o possuidor ou contra quem possui em nome dele. Configura-se pela utilização da força física, armada ou não, por intermédio da *vis compulsiva*. Prescinde de confronto material entre as partes conflitantes (possuidor e esbulhador).” FUIZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1068.

suficientes para tanto. Pode-se dizer que mais visa promover um estado ideal de coisas, qual seja, de salvaguardar a não-violência, ou a justiça nos atos possessórios.

Seja entendida como regra, seja entendida como um princípio, a norma em questão atende a determinados valores, ligados à segurança do titular de direito sobre determinado bem. Nos casos de ocupações como o descrito na hipótese, em não tendo os ocupantes outra forma de garantir sua subsistência/moradia que não adentrando um imóvel alheio, temos um conflito entre a segurança do titular e o *estado de necessidade social*²⁹³ dos que adentram o bem.

Ora, já se demonstrou que necessidades vitais são conteúdo de direitos fundamentais, que decorrem da dignidade da pessoa humana e são o “núcleo essencial” da Constituição brasileira, tendo prevalência sobre demais normas, sendo regras, sendo princípios. A hierarquia da Constituição impõe isso.

Desta forma, a “injustiça” da tomada da posse, em havendo violência naqueles termos já descritos, fica afastada diante do estado de necessidade social daquelas pessoas que, marginalizadas, não contam com outro meio de subsistência.

Francisco Cardozo de Oliveira acentua que a posse não é relação entre possuidor e a coisa, mas, sobretudo, relação social da qual fazem parte possuidor e não-possuidores e onde se materializa a apropriação dos bens para a satisfação de necessidades.²⁹⁴ Esse “caráter social do ato de apropriação de bens orienta finalisticamente o fato da posse e confere substância à função social que lhe é subjacente.”²⁹⁵ Assim, prossegue, é visão hermenêutica e processual do ato da posse que se relaciona à valoração jurídica (social e historicamente localizada, a partir do caso concreto) do uso socialmente útil do bem objeto da posse. **A posse justa é aquela**

²⁹³ Essa expressão é a utilizada por movimentos sociais e organizações civis exposta na Plataforma Brasileira para Prevenção de Despejos e na Carta do Recife por um Brasil Livre de Despejos, ambas editadas no Seminário Nacional Direitos Humanos e Prevenção de Despejos Forçados, em julho de 2006. A expressão “estado de necessidade social” sintetiza em si as necessidades vitais enquanto conteúdo de direitos fundamentais em uma perspectiva não penalista (“estado de necessidade” como exculpante), mas sim social, no sentido de coletividades que são ameaçadas diante de carências não satisfeitas.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Ensaio Hermenêutico para a Tutela Concreta da Posse e da Propriedade no Direito Brasileiro**. Vol. II. p. 332.

²⁹⁵ OLIVEIRA, F. C. Obra citada. Local Citado.

em que o possuidor age para satisfazer as suas necessidades e as da comunidade na qual se insere.²⁹⁶

Fica afastada, dessa forma, a injustiça enquanto violência no ato da tomada da posse. Uma das maiores violências é, diariamente, passar fome ou não ter onde viver dignamente. Justiça da posse é relacionada com satisfação de necessidades, nos termos de Hernández e Alfonsin.

Importa observar que o que aqui se diz é da legitimidade da posse realizada mediante atos de ocupação. Ainda não se está tratando dos direitos decorrentes dos possuidores em face dos direitos dos titulares do bem disputado. Essa discussão será feita no item 6.2 deste capítulo.

5.2. Posse de má-fé?

A posse tomada por meio de ocupações de movimentos sociais seria de má-fé²⁹⁷, a partir da subsunção do Código, pois aqueles que tomam a posse bem sabem que a propriedade é alheia.

A boa-fé possessória é subjetiva, “qualidade reportada ao sujeito”, diferente da

²⁹⁶ OLIVEIRA, F. C. Obra citada. p. 329-330.

²⁹⁷ Veja-se o exemplo da denominada “Vila União”, situada em Almirante Tamandaré. Trata-se de um terreno particular vazio, em que famílias foram construindo suas moradias. O processo de reintegração de posse foi impetrado no ano em que o terreno começou a ser usado. Mas as famílias não tinham conhecimento desta ação judicial. Apenas duas delas foram citadas. Em relação a todas as outras, portanto, permaneceu a boa-fé e o prazo corrente para a usucapião. As pessoas construíram no terreno suas casas (moradia habitual), construíram estabelecimentos comerciais, as próprias famílias abriram ruas, uma creche foi instalada, existe rede de água e luz, de modo que as contas chegam individualizadas em cada lar, no nome do chefe da família (o que foi conquistado pelas próprias famílias, que fizeram por si só cadastramento etc.). Informações essas que faz o local parecer (e ser, de fato), um bairro, e não uma *invasão*. Neste caso, caberia decisão judicial semelhante a esta: “Invocando o preceito constitucional consagrador da função social da propriedade, e atento ao problema social que seria gerado pelo cumprimento da determinação do despejo em execução de sentença proferida em ação reivindicatória, reconheceu-se ser de boa-fé a posse exercida por posseiros que haviam saneado, aterrado, drenado e canalizado córrego com colocação de tubos de concreto, vindo a construir seus chalés e malocas no terreno, para o que haviam obtido prévia autorização do Departamento Municipal da Casa Popular. Em consequência, foi-lhes reconhecido o direito de retenção”. (ApCv n. 585023559, 3ª CCv do TJRS)

boa-fé objetiva, que é uma regra de comportamento.²⁹⁸ A boa-fé subjetiva significa falta de consciência do injusto, não possuindo, o conceito, conteúdo rígido.²⁹⁹

A exigência da boa-fé é legado romano.³⁰⁰ O dado histórico cultural que informa a boa-fé subjetiva é a *bona fidei possessio*, noção afirmada no *Corpus Iuris Civilis*, que teve assento depois no Direito Canônico.³⁰¹ A boa-fé subjetiva, enquanto ignorância do possuidor acerca de vício quando da constituição da posse é uma recepção das formulações possessórias romanas.³⁰²

Há uma discussão, acerca desse conceito, se seria a boa-fé psicológica (pura e simples ignorância de vícios) ou ética (se esse desconhecimento seria desculpável)³⁰³, boa-fé ética essa que, na verdade, transparece uma boa-fé normativa.³⁰⁴

Moacir Adiers faz um estudo sobre a posse de boa-fé no direito comparado³⁰⁵. No Direito francês, “está de boa-fé o possuidor que se crê titular do direito que faticamente exerce”, mas para caracterizá-la é necessário um título, com vícios que o possuidor ignora, por erro admissível. No Direito italiano, por outro lado, a boa-fé é fator puramente psicológico (ou subjetivo), sendo bastante para caracterizá-la a simples ignorância. O Direito português sofre nítida interferência do italiano, adotando o mesmo critério daquele. Neste ordenamento jurídico a violência afasta a boa-fé por expressa previsão legal. No Direito argentino a ignorância caracteriza a boa-fé, e deve ser erro qualificado, ou seja, escusável. É necessário um título aquisitivo ou putativo.

No Direito brasileiro, Código Civil de 2002:

“**Art. 1.201.** É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as

²⁹⁸ MENEZES CORDERO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. Capítulo I. p. 407.

²⁹⁹ MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 411-2.

³⁰⁰ VARELA, L. B. Obra citada. p. 819.

³⁰¹ MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 413.

³⁰² MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 415.

³⁰³ MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 418.

³⁰⁴ MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 437.

³⁰⁵ ADIERS, Moacir. Caracterização da boa-fé na posse como uma arte jurisprudencial. In: **Revista AJURIS**. ano XIV – 1987 - novembro - p. 202 a 228. Versão disponível *online*, sem numeração de páginas.

circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.”

Moacir Adiers, na sua pesquisa, chega, dentre suas conclusões, às seguintes:

“O conceito de boa-fé na posse, na forma do disposto no art. 490 [atual art. 1.201, CC02], não se confunde com o princípio geral da boa-fé (= boa-fé lealdade), sendo este último aplicável, principalmente, aos contratos e à interpretação dos negócios e normas jurídicas.”

“O conceito da posse de boa-fé, decorrente do art. 490 [1.201], é fluido. E o critério de sua verificação há de ser objetivo, vistas as dificuldades conhecidas quanto à perquirição do íntimo do agente. Não pode ser também só ético, posto que aí se confundiria com o princípio geral da boa-fé, o que, como já o afirmamos, não é correto.”³⁰⁶

Conforme este autor e também Orlando Gomes³⁰⁷, a boa-fé na posse é subjetiva, enquanto ignorância de vício. Os ocupantes não ignoram que a propriedade na qual adentram não lhes pertence. Importa mencionar, embora o direito seja frio a tais emotividades, que quando ocupam uma propriedade, diante do forte ideal com que estão comprometidos, os objetores civis, que se encontram em um estado de necessidade social, consideram que o ato que realizam não é eivado de vício, e sim ato justo, porquanto contestam a legitimidade do proprietário e reivindicam direitos, nos casos das ocupações que pretendem ficar, e não apenas realizar pressão política.

Luiz Edson Fachin ensina que a boa-fé é valoração:³⁰⁸

“Certo comportamento jurídico, valorado eticamente, pode ingressar no mundo do Direito sob as vestes da boa-fé, apresentando-se como matizado em diversos momentos para fins específicos diferenciados, tendo, porém, um só radical. Quando a mesma raiz se apresenta, pode-se dizer que o sistema jurídico reconhece um conteúdo ético-social, extravasado numa leitura produzida pela interdisciplinaridade(...)”³⁰⁹

Menezes de Cordeiro, por outro lado, sendo mais claro em relação à dogmática tradicional (e aos fins subjacentes a essas regras jurídicas), afirma, em tom de descrição e não de crítica, que

³⁰⁶ ADIERS, M. Obra citada. Versão disponível *online*, sem numeração de páginas.

³⁰⁷ GOMES, O. Obra citada. p. 54.

³⁰⁸ FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil**. p. 304.

³⁰⁹ FACHIN, L. E. Obra citada. p. 303.

“(…) pune-se a posse de má-fé. E como o Direito Civil não tem escopos punitivos, deve entender-se que, sob a aparente repressão de má-fé, o **verdadeiro valor em jogo é a proteção do proprietário**, através de sanções a quem o prejudique.”³¹⁰ Assim, com relação às conseqüências em relação às benfeitorias, aos frutos e a perda ou deterioração da coisa, “pune-se a má-fé, ou, melhor dizendo, protege-se o proprietário, com sanções ao possuidor.”³¹¹

O conteúdo político-ideológico da ciência jurídica se revela nas expressões: “No campo da usucapião, a boa-fé tem, de fato, proteção específica, em **detrimen**to do proprietário (...)”.³¹² Isso é a exata explicitação do que Lorenzetti afirma: as instituições de direito civil pensadas para o indivíduo já instalado e bem.³¹³

Ocorre que o ordenamento constitucional hoje visa proteger e promover a dignidade sobretudo dos que não estão instalados e bem. O artigo 3º da Constituição brasileira, ao afirmar como *objetivos* “ I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” expressa que o constituinte reconheceu que a pobreza, a marginalização, as desigualdades e as discriminações existem e devem ser eliminadas.

Novamente estamos diante da ponderação de valores. O que deve prevalecer, sob a vigência do atual ordenamento constitucional: a proteção do proprietário ou a satisfação de necessidades vitais de marginalizados do acesso aos bens? A resposta fica evidente, diante de tudo o que já de discorreu sobre os direitos fundamentais e sobre a atual hermenêutica constitucional.

Mais vale a vida, mais vale a dignidade humana, que, para se realizar, precisa ter necessidades básicas atendidas. A má-fé e seus valores subjacentes ficam afastados diante da maior densidade e importância na hierarquia constitucional dos direitos

³¹⁰ MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 453.

³¹¹ MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 453. Sem grifos no original. Reafirmando a idéia: “O código não visa punir a má-fé, mas salvaguardar a propriedade. Isso não tira, porém, ao regime legal, o seu tom sancionatório pois, a uma repartição de riscos, ele prefere repercutir uma série de danos na pessoa de má-fé, para evitar alterações não queridas pelo proprietário. De tal forma que, nalguns pontos, há que se fazer apelo ao sistema para que a desproporção não se torne intolerável. Uma posição de tão grande desfavor é estranha perante quem não tenha violado norma alguma”. (MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. 476.)

³¹² MENEZES CORDERO, A. M. R. Obra citada. p. 454.

³¹³ LORENZETTI, R, L. Obra citada. p. 86.

fundamentais à alimentação ou moradia.

6. OCUPAÇÃO COMO GERADORA DE DIREITOS

Qual espécie de proteção (segurança jurídica) o Direito deve oferecer àquele que toma a posse (legitimamente) diante de um estado de necessidade social?

Conforme a civilística tradicional, há os que defendem a unicidade, ou seja, que a posse produz apenas um efeito, a presunção da propriedade; já os pluralistas atribuem a posse uma série de direitos.³¹⁴ São: direito aos interditos³¹⁵, à percepção de frutos³¹⁶, à indenização de benfeitorias úteis e necessárias, direito de retenção pelo valor destas, *jus tollendi* quanto às benfeitorias voluptuárias, de usucapir, à indenização dos prejuízos sofridos pela turbacão e pelo esbulho.³¹⁷

Segundo Moacir Adiers,

“A importância da posse de boa-fé tem incidência restrita à situação dos frutos e das benfeitorias (arts. 510 a 517) [atuais 1.214-1.222], não revelando maior interesse em outros setores do direito civil.”³¹⁸

Aqui, porém não se pretende discutir *esses* efeitos. O direito prevê expressamente tais efeitos, mas não veda outros. Por isso, para refletir acerca de como assegurar a satisfação de necessidades através da posse, do uso dos bens, é preciso refletir acerca de outros possíveis efeitos que a posse, legítima, possa ensejar.

6.1. A posse em si é um direito?

A polêmica entre definir a posse como um fato ou como um direito é, para Hernández Gil, expressão do dogmatismo. Para ele, a crença de que a posse é só um

³¹⁴ GOMES, O. Obra citada. p. 77.

³¹⁵ Note-se que o interdito não é propriamente efeito da posse, mas elemento contido na idéia de posse. (GOMES, O. Obra citada. p. 78.) Há direito aos interditos mesmo para a posse injusta e de má-fé. (GOMES, O. Obra citada. p. 79.)

³¹⁶ GOMES, O. Obra citada. p. 79.

³¹⁷ Para a posse de boa e de má-fé. (GOMES, O. Obra citada. p. 78.)

³¹⁸ ADIERS, M. Obra citada. Versão disponível *online*, sem numeração de páginas.

fato serve para acentuar que a posse não é um direito. Já que os que afirmam que a posse é um direito se preocupam pouco com seu conteúdo. A posse, defende, é uma floração social rebelde às categorias jurídicas, se sobrepõe às grades sistematizadoras.³¹⁹ Afirma que a posse estruturada apenas à imagem da legalidade é insatisfatória.³²⁰

Realmente. A posse é rebelde às classificações. É fato apto a gerar vários efeitos, como direito à segurança jurídica na posse, direito à moradia, direito ao uso da terra, etc.

6.2. Direitos dos possuidores em face dos direitos dos titulares

Este é o grande nó da questão possessória: não os possuidores, mas os titulares. Conforme a já mencionada lição de Alfonsin, sobre o mesmo bem terra, indispensável à vida, coexistem direitos de titulares e de não titulares.³²¹

Na lição de Fachin, “A titularidade insular das coisas é uma linha demarcatória da titularidade alheia”.³²² Significa que “só tem sentido dizer que Antonio é titular da coisa para dizer que Bernardo não é o titular daquela coisa.”³²³

É também o que entende Hernández Gil. Para ele, a propriedade e os outros direitos reais são modos de afirmar a autonomia privada, na medida em que o bem só pode estar afeto a uma pessoa se for subtraído das demais. A propriedade de um, assim, envolve a negação potencial da propriedade do outro.³²⁴

A propriedade privada é fruto de uma organização social, econômica e política.³²⁵ Gil, assim, afirma que pressupõe e determina uma organização político-

³¹⁹ GIL, A. H. **Función social de la posesion.** p. 123.

³²⁰ GIL, A. H. Obra citada. p. 198.

³²¹ ALFONSIN, J. T. **Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia.** p. 94.

³²² FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil.** p. 160.

³²³ FACHIN, L. E. Obra citada. p. 160.

³²⁴ GIL, A. H. Obra Citada. p. 110-111.

³²⁵ Neste sentido, Fachin afirma que “Os direitos reais são *reais* porque a lei os define nessa qualidade”, acompanhados do princípio da clausura, segundo o qual só são tipos reais aqueles criados pela lei, e do princípio da tipicidade, pelo qual o nome e o conteúdo do tipo real é dado pela lei. (FACHIN, L. E. Obra citada. p. 66. Isso tem justificativa democrática: somente a lei, o consenso da

econômica concreta, não é uma coordenada ontológica.³²⁶ A dependência da posse, em relação aos direitos reais, se é compreensível para o direito romano, hoje deixa de sê-lo,³²⁷ porque na posse aparece uma sociabilidade primária espontânea, representando a primazia do realmente dado,³²⁸ e não de modelos construídos.³²⁹

A propriedade privada, conforme os autores mencionados, só tem sentido por ser a negação da propriedade do mesmo bem por outros. Vale “contra todos”. Alfonsin faz uma contundente crítica a esse modelo proprietário, que respeita sobretudo os direitos adquiridos do titulares. Questiona: a irretroatividade ou o respeito aos direitos adquiridos valeram em favor dos direitos humanos dos povos que viviam no nosso continente?³³⁰ Não, não valeram. Por isso, arremata: “a expressão ‘erga omnes’ (contra todos) dos direitos reais, portanto, não deveria continuar viajando incólume por doutrina e jurisprudência, se olhasse para um passado que a desonra.”³³¹ Com efeito. Segundo Alfonsin, sobre a força do direito adquirido há os direitos de terceiros.³³² Nesse sentido, Lorenzetti afirma que a “‘proteção forte’ do direito real de propriedade assume também a forma de um direito individual a não ser excluído por outros do gozo de uma coisa”.³³³

Em dissertação que ganhou o prêmio AJURIS de direitos humanos 2005, Paulo Baptista Caruso Macdonald concluiu que

“No processo de efetivação dos direitos humanos, a cada proprietário é dado o encargo de cumprir com a função social de sua propriedade. Cada espécie de propriedade tem o consigo um potencial de promover determinados direitos humanos (a casa, a moradia e a intimidade...). Sendo a propriedade privada, automaticamente excluiu-se dos outros seres humanos a

coletividade, pode estabelecer o dever genérico de abstenção que caracteriza os direitos reais. (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 84. Apud FACHIN, L. E. Obra citada. p. 67.)

³²⁶ GIL, A. H. Obra citada. p. 110-111.

³²⁷ GIL, A. H. Obra citada. p. 116.

³²⁸ GIL, A. H. Obra citada. p. 119.

³²⁹ Apesar disso, há doutrina que ainda pensa a posse nos termos excludentes da propriedade: “a posse não se adquire pelo ‘exercício’ do poder, mas pela *obtenção do poder de fato* ou *poder de ingerência sócio-econômica* sobre um bem da vida que, por sua vez, **acarreta a abstenção de terceiros em relação a esse mesmo bem** (fenômeno dialético).” FUIZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1073 (Destaquei. Itálico no original.)

³³⁰ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 123.

³³¹ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 124.

³³² ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 191.

³³³ LORENZETTI, R, L. Obra citada. p. 98-99.

efetivação desses direitos por meio dela. A função social deve ter o conteúdo definido pelo aproveitamento que o proprietário tem do potencial de promoção de direitos de sua propriedade e pela demanda existente desses direitos na sociedade.”³³⁴

Para Macdonald, propriedade não é fim em si mesma, mas instrumento.³³⁵ Esta é uma leitura que favorece os “sem” – de acordo com Alfonsin, há duas interpretações do direito, uma feita pelos “com” e uma feita pelos “sem”, cuja vida depende do mesmo tempo e do mesmo espaço onde os primeiros exerceram seu direito de propriedade³³⁶ Ocorre que, conforme já mencionamos acima, o direito já não pode se conformar a pensar o indivíduo já instado e bem, mas, sim, deve buscar incluir os desprivilegiados, os carentes (de acordo com Marilena Chauí). É o que determina a Constituição em seu artigo 3º.

Por isso, não estamos diante de um real impasse. Vale, porém, esmiuçar a questão.

Consoante a proposta de classificação de Eros Grau, a propriedade individual, necessária para a proteção do indivíduo e sua família das necessidades, é direito fundamental (artigo 5º, Constituição). Nesta, a função social é apenas imputável para coibir determinados excessos. Por outro lado, à propriedade dos bens de produção incide a função social (art. 170, Constituição), e não é tomada como direito fundamental.³³⁷ Entendo que nesta segunda categoria se enquadra a propriedade individual de espaços urbanos que, apesar de não serem bens de produção, são essenciais para moradia, como terrenos e prédios ociosos, ou ainda imóveis destinados à especulação imobiliária.³³⁸

Ingo Sarlet defende que a propriedade privada é dimensão inerente à dignidade da pessoa (moradia decente, espaço para atividade profissional). Assim, é direito

³³⁴ MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. *Propriedade e Direitos humanos: os limites do individualismo possessivo*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. v. 33, n. 101. Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 381-403.

³³⁵ MACDONALD, P. B. C. Obra citada. p. 381-403.

³³⁶ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 124.

³³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 234-235, 238.

³³⁸ Não é legítima a postura do proprietário que trate a terra como capital ou simples mercadoria. É tanto mais conveniente ao proprietário, ao crescimento do valor de troca do bem terra, o aumento do número de não-proprietários carentes do valor de uso almejados, já que isso refletirá a escassez necessária ao aumento do valor. (ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 94-98.)

fundamental a aquisição da propriedade por usucapião (moradia digna) – patrimônio mínimo.³³⁹ Note-se que isso a que ele se refere é a propriedade individual, e não a dos meios de produção, na classificação de Eros Grau.

Nesta toada, “nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida”.³⁴⁰ Para fazer a distinção, a verificação deve-se dar em cada caso. Como o exercício do poder proprietário não implica mais no ilimitado e abstrato direito de usar, fruir e gozar do bem, importam também as peculiaridades de cada bem para a realização da função social, dimensionada em cada situação.³⁴¹

Note-se bem, desde logo, e de uma vez por todas, que essa propriedade para a proteção do indivíduo e da família para suas necessidades (o que *não inclui* a propriedade de bens para especulação imobiliária, de espaços ociosos ou não³⁴², nem a propriedade de bens de produção) não é objeto dessas reflexões. Isso porque é propriedade que representa posse direta. Ademais, os movimentos sociais urbanos e rurais não ocupam tais espaços, que já cumprem a função de satisfação de necessidades vitais/reais.

a. Quando propriedade não cumpre todos os elementos da função social.

³³⁹ SARLET, I. W. Obra citada.. p. 89-90.

³⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 139

³⁴¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 158-159.

³⁴² Essas propriedades não são incluídas porque, consoante a lição de Eros Grau, a propriedade, no seu momento estático, é direito subjetivo, poder, em termos de pertença, de faculdade que se pode transformar em ato em decorrência de permissão jurídica. No seu momento dinâmico, de utilização, é dever, é função ligada a fim a que se destina. Assim é que a função social implica em limites negativos mas sobretudo em imposição de comportamentos positivos ao proprietário, que tem o dever de exercitar o direito em benefício de outrem (e não apenas pelo seu não prejuízo). Assim é que **o fundamento da propriedade está no seu momento dinâmico, no seu uso, e não no seu momento estático**. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 243-5, coerente com TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade - o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição”. In: **Revista Forense**, Vol. 306. Abr.-Jun. 1989.) Seria contra-senso, em um país com desigualdades sociais como as brasileiras, dizer que qualquer propriedade familiar é direito fundamental por satisfazer necessidades, haja vista as fortunas que coexistem em nosso país de misérias. A função social diz com o efetivo uso e satisfação de necessidades.

A função social³⁴³ da propriedade da terra, por ser bem de produção, é condição indispensável à vida, é causa e não efeito daquele direito.³⁴⁴ O descumprimento da função social da propriedade é onerosidade excessiva e abuso de direito a pesar sobre toda a sociedade³⁴⁵, justamente porque a função social da propriedade é condição de eficácia dos direitos humanos fundamentais de não-proprietários.³⁴⁶ A propriedade da terra está sempre sobre processo, de modo que a validade “erga omnes” dos direitos reais é variável e deve se deixar interpelar pelos interesses alheios³⁴⁷

A função social da propriedade rural deve cumprir, além da produtividade, suas funções ambientais e trabalhistas. É o que apontam Joaquim Modesto Pinto Júnior e Valdez Adriani Farias, em parecer técnico³⁴⁸. Dentre suas densas conclusões, as

³⁴³ Não adentramos aqui no debate sobre *ser* a propriedade função social ou *ter* a propriedade função social. Segundo Marés, “(...) o Professor Guilhermino Benevides Melo inicia um brilhante ensaio dizendo que a desapropriação de terras na Colômbia somente é admitida quando cumprem sua função social, porque a desapropriação se faz de propriedades e aquela que não cumpre a função social propriedade não é. (...) a idéia da função social está ligada ao próprio conceito do direito. Quando a introdução da idéia no sistema jurídico não altera nem restringe o direito de propriedade (...) mantém a estrutura agrária íntegra” (MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 91.) Esta posição é a preferida por Alfonsin. Provoca, porém, divergências. “A doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é sua utilização.” A propriedade não é uma função social, mas tem uma função social. (Fachin, L.E. *A função social da posse*. P. 18 - 19) “A propriedade, assim, se justifica desde que cumpra sua função social; ela não é uma função social, mas tem uma função social, no que podemos definir função social da propriedade como os deveres positivos que devem ser exercidos pelo proprietário no exercício do direito de propriedade, ou seja, a observância de determinadas condições – o interesse coletivo – no exercício do direito de propriedade.” (PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 100-101) A Constituição de 1988 não quis transformar a propriedade em função social, pois a estabeleceu no rol dos direitos individuais, em inciso próprio. Se fosse ela própria uma função social, ela não seria direito, mas ônus, dever. (PEREIRA, R. Obra citada. p. 113)

³⁴⁴ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 195.

³⁴⁵ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 199. Alfonsin defende que o descumprimento da função social da propriedade é violação a ponto de impedir o exercício de direitos fundamentais alheios e o respeito ao interesse alheio, porque a propriedade existe sobre bens essenciais à vida. Nesse sentido, Gil afirma que mediante a função social da propriedade, de limitação negativa passa-se a noção positiva de dever de gestão dos bens. Para ele, a consequência mais importante da função social é a ruptura com um conceito unitário de propriedade porque, apesar de os Códigos Civis conservam caráter individualista, a legislação esparsa tem gerado modificações sensíveis em muitos setores. (GIL, A. H. Obra citada. p. 171-2.)

³⁴⁶ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 204.

³⁴⁷ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 204.

³⁴⁸ Publicado: PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto e FARIAS, Valdez Adriani. **Função social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista**. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e

seguintes:

“a) Deflui da ordem jurídica positivada que no conceito de função social está contido o conceito de produtividade, mas que no conceito de produtividade também estão contidas parcelas dos conceitos de função ambiental, função trabalhista e função bem estar, isto é, que a função social é continente e conteúdo da produtividade.

b) A vedação do artigo 185 da CF/88³⁴⁹ não pode excepcionar *ipso facto* o comando do artigo 184³⁵⁰, senão nos casos em que a produtividade provenha de atividades não contrapostas a vedações legais, e, pois, não pode ser invocada para tutelar os casos em que a produtividade derive de descumprimento de preceitos de regime ambiental ou trabalhista, já que, em essência, esses ilícitos, além de impedirem o aperfeiçoamento da função social, viabilizam desincorporação dos ganhos de produtividade correspondentes, expondo o imóvel à desapropriação-sanção inclusive por improdutividade ficta, ou produtividade irracional.

c) No **contrário senso** da expressão “*exploração racional*”, preceituada no caput do art. 6º da Lei 8.629/93³⁵¹ se desenham todas as situações de ilícito possíveis, e previstas em regimes jurídicos próprios, entre elas cada qual que vier a configurar vulneração dos incisos II a IV do art. 186 da CF/88³⁵², na tipificação a eles dada pelos parágrafos 2º a 5º do art. 9º da Lei nº. 8.629/93³⁵³.

Desenvolvimento Rural, 2005.

³⁴⁹ **Art. 185.** São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: **I** - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; **II** - a propriedade produtiva.

³⁵⁰ **Art. 184.** Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

³⁵¹ **Art. 6º** Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

³⁵² **Art. 186.** A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: **I** - aproveitamento racional e adequado; **II** - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; **III** - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; **IV** - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

³⁵³ **Art. 9º** A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: **I** - aproveitamento racional e adequado; **II** - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; **III** - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; **IV** - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. § 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei. § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade. § 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na

(...)"

É semelhante a posição de Marés:

“Pode-se perceber que as interpolações no texto constitucional foram intencionais. O artigo 185 dispõe que o imóvel que seja produtivo é insuscetível de desapropriação, isto tem sido interpretado como: mesmo que não cumpra sua função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, o que inverte toda a lógica do sistema constitucional, porque se juntarmos esta interpretação com o equívoco anterior, a conclusão é desastrosa: a propriedade considerada produtiva não sofre qualquer sanção ou restrição pelo fato de não cumprir a função social. É verdade que apesar da habilidade dos autores, essas armadilhas não teriam êxito, e até seriam toscas, não estivesse coerente com a ideologia dominante, para a qual sempre é mais fácil qualquer interpretação que considere o Estado e seus poderes ao mesmo tempo guardiões e servos da propriedade.”³⁵⁴

A função social da propriedade urbana, por sua vez, está conectada à satisfação do bem-estar de seus habitantes e à ordenação da cidade (artigo 182 e parágrafos da Constituição³⁵⁵). Isso implica no bem estar e satisfação de necessidades de todos os seus habitantes, de forma includente, e não apenas de alguns.

A função social da propriedade imobiliária rural (e, por que não, urbana) hoje, no Brasil, “é condição de existência da proteção jurídica do direito ao qual se

medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. § 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais. § 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

³⁵⁴ MARÉS, C. F. Obra citada. p. 119

³⁵⁵ “**Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: **I** - parcelamento ou edificação compulsórios; **II** - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; **III** - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

reporta.”³⁵⁶

Diante de tudo o que foi dito até aqui, é redundante dizer que a propriedade que nem sequer cumpra sua função social não terá proteção em relação aos possuidores. Cabe mencionar a contundente crítica que Marés faz à “desapropriação-prêmio”³⁵⁷, ou seja, à indenização que recebe aquele que não cumpre com o seu dever (!). Segundo ele, a necessidade de desapropriação, implicando num pagamento pelo não cumprimento da função social, está atrelado à velha concepção liberal de propriedade. Enquanto a Constituição mexicana possibilitava o uso coletivo da terra e a boliviana mudava o próprio conceito de propriedade, o Brasil mantém íntegra a legitimidade contratual.³⁵⁸ Por meio do instituto da desapropriação, recompondo o patrimônio até mesmo dos proprietários improdutivos, a “reforma agrária capitalista propunha apenas a mudança dos proprietários da terra, com uma dupla mobilização do capital: transformar terra improdutiva em produtiva e liberar dinheiro aos latifundiários para investir em outros negócios.”³⁵⁹

Comparato faz a mesma crítica:

“Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação.”³⁶⁰

³⁵⁶ FACHIN, L. E. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. p. 121.

³⁵⁷ O artigo 184 (e parágrafos) da Constituição trata da indenização pela desapropriação para fins de reforma agrária, diante do não cumprimento da função social, realizada pela União e para com títulos da dívida agrária. O artigo 182, §4º, prevê desapropriação do imóvel urbano não edificado, não utilizado ou sub-utilizado, indenizada por títulos da dívida pública, realizada pelo Município. Essas são espécies de desapropriação-sanção, ou paradoxalmente “desapropriação-prêmio”, que indeniza o descumprimento de um dever (a função social).

Já a desapropriação genérica está prevista no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição, por utilidade pública. Esta é indenizada em dinheiro e pode ser mecanismo utilizado para as hipóteses em que a função social seja cumprida, mas que seja necessária a desapropriação para propiciar o acesso aos bens. O fundamento desta modalidade está no artigo 23 da Constituição, em seus incisos VIII e IX, que afirmam ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios “fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar” e “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

³⁵⁸ MARÉS, C. F. Obra citada. p. 108

³⁵⁹ MARÉS, C. F. Obra citada. p. 88

³⁶⁰ COMPARATO, F. K. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. p. 140-141.

Em suma, a propriedade que é ocupada pelos sem-terra ou sem-teto e que não cumpra algum dos elementos de sua função social não estará amparada pelo ordenamento jurídico, valendo plenamente o direito de permanência e instalação dos possuidores, de acordo com política pública implementada pelo Estado. Nesse caso, difícil dizer que há conflito. Ademais, mesmo a desapropriação-prêmio é criticada, porquanto o proprietário jamais poderia receber uma indenização pelo não cumprimento de um dever.

b. Quando a propriedade cumpre todos os requisitos da função social.

Quando a propriedade cumpre todos os requisitos de sua função social, é preciso ter em conta, naquela linha da ponderação de bens jurídicos, qual pessoa tem mais necessidade do uso do bem: se os ocupantes ou se o titular.

A propriedade dos bens, ainda que cumprindo sua função social, não pode ser ilimitada, já que os bens são escassos para tantos interesses vitais coincidindo sobre o mesmo espaço. Sobre a terra existem interesses vitais de terceiros, e o espaço terra é limitado, de modo que um direito absoluto sobre ela beira o absurdo, pois dela depende a vida humana futura.³⁶¹ A simples possibilidade de um direito de expansão ilimitada sobre a terra é criadora de risco, que afeta diretamente a eficácia dos direitos humanos fundamentais alheios.³⁶² Aliás, Alfonsin considera a *aquisição* do direito de propriedade como a terra como geradora de risco, e o cumprimento de sua função social como indispensável à garantia de segurança da sociedade contra ele.³⁶³

Fábio Konder Comparato afirma que a livre propriedade privada da terra colide fatalmente com um regime autenticamente republicano, pois este tem como princípio fundamental a “supremacia do bem comum do povo sobre todo e qualquer interesse particular”, e o regime de bens deve ser submetido a este princípio do bem comum.³⁶⁴

Valendo-se de dados de uma pesquisa que aponta que em países como o Brasil,

³⁶¹ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 191.

³⁶² ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 192.

³⁶³ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 198.

³⁶⁴ MELO, J. A. T. M. (org.). **Reforma Agrária Quando?** p. 116.

o Paquistão e a Colômbia as pequenas propriedades produzem mais calorias por hectare do que as grandes (4,1 para 6,6 milhões de caloria/hectare), Alfonsin propõe o módulo máximo:

“Levando-se em conta, então, que é da pequena propriedade rural e não da grande que está saindo a produção de alimentos para o povo, imposto que fosse o módulo máximo para as propriedades rurais, dois efeitos imediatos já poderiam ser previstos: maior facilidade de acesso aos sem-terra a esse bem, reafirmação da produtividade agrícola da pequena propriedade familiar, em favor daquelas culturas que, por não serem pejorativamente chamadas de ‘sobrevivência’, deixam de ser as que, efetivamente, saciam a fome da população.

Considerada a ‘produtividade’ da terra do ponto de vista social, como aqui se propõe, toda a polêmica acima estudada se estende ao solo urbano, não só pela influência histórica que ele sofreu da economia de base rural que o nosso país teve desde o seu ‘descobrimento’, como também pelo descaso com que o Poder Público local sempre encarou a sua necessidade de ordenação ser feita, de maneira que o poder de troca do proprietário urbano não prejudicasse o valor de uso do solo.”³⁶⁵

O Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/64) em sua redação original já falava “dos limites máximos permitidos de áreas dos imóveis rurais, os quais não excederão a seiscentas vezes o módulo médio da propriedade rural nem a seiscentas vezes a área média dos imóveis rurais, na respectiva zona” (art. 46, § 1º, b).

Alfonsin sustenta que “antes de ser aproveitada como valor de troca, simples mercadoria, a terra, por si só, propicia um valor de uso que é a base física de qualquer relação social”³⁶⁶, sobretudo pelo fato de não poder a terra ser reproduzida. Assim, não é de se tratar a terra como se fosse mercadoria, que pode ser apropriada de forma ilimitada, pois isso gera conseqüências graves.

Isso porque o direito de propriedade passa a ser também um direito à propriedade – não é apenas mais garantia, mas também acesso,³⁶⁷ de forma que institutos jurídicos como o da desapropriação, á luz da Constituição, não são mais apenas mecanismos para garantir a produtividade, mas também para tornar acessível a todos a propriedade.³⁶⁸

O autor faz uma retrospectiva de três possíveis sentidos que o *uso* pode ter. O

³⁶⁵ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 105.

³⁶⁶ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 88.

³⁶⁷ CORTIANO, E. Obra citada. p. 153.

³⁶⁸ CORTIANO, E. Obra citada. p. 154, citando PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

primeiro é o uso segundo a utilidade própria da coisa ou a utilidade imposta por quem detenha poder. O segundo é a possibilidade de o usuário dispor da coisa como valor de troca, utilizando-a para trocá-la, fazendo o valor de uso se confundir com o valor de troca. Nesses dois sentidos, o uso não ultrapassa o sentido econômico-patrimonial³⁶⁹. O terceiro é diferenciado. Trata-se de concepção axiológica, que leva em conta o constante crescimento do número de pessoas necessitadas do espaço terra e que poderiam estar imprimindo-lhe diferentes espécies de uso do que lhe dá o proprietário. Assim, o valor de troca fica amenizado por uma série de circunstâncias que demonstram que o direito DE propriedade da terra não exclui o direito À terra.³⁷⁰

“é possível ver-se que a liberdade de iniciativa econômica enrijecida em espaço, *no passado*, e traduzida em título de propriedade privada, é considerada impedimento jurídico suficiente para, senão obstaculizar totalmente, pelo menos dificultar necessidades vitais de espaço, posteriores à aquisição dele, hoje presentes e previstas para o futuro, como urgências inadiáveis de não proprietários.”³⁷¹

Ainda segundo o professor, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana de 1948, integrante do ordenamento jurídico brasileiro por força do parágrafo segundo do artigo 5º, não garante o direito de propriedade, mas à propriedade.³⁷²

O direito de propriedade funcionalizado contempla a materialidade histórica e sobretudo os não-proprietários.³⁷³ Esses interesses não-proprietários vinculam-se, na relação concreta, ao uso e utilidade social do bem objeto da propriedade,³⁷⁴ de modo que o que confere validade à propriedade é a sua utilidade social.³⁷⁵ Esses interesses não-proprietários são salientados em relação à terra por ela ser bem limitado, que não se pode reproduzir.³⁷⁶

Por isso tudo é que, em um conflito, prevalecerá o direito dos possuidores/ocupantes quando seu estado de necessidade for mais forte do que o

³⁶⁹ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 111.

³⁷⁰ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 112.

³⁷¹ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 116.

³⁷² ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 179.

³⁷³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Ensaio Hermenêutico para a Tutela Concreta da Posse e da Propriedade no Direito Brasileiro**. Vol. II. p. 350.

³⁷⁴ OLIVEIRA, F. C. Obra citada. p. 354.

³⁷⁵ OLIVEIRA, F. C. Obra citada. p. 355.

³⁷⁶ OLIVEIRA, F. C. Obra citada. p.358.

direito do titular, diante da quantidade de bens de que este é titular. É expressão daquela fórmula apontada por Alfonsin: a satisfação dos direitos somente pode ser *universal quanto aos sujeitos e, quanto aos objetos*, apenas pode ser a *referência da suficiência de espaço para todos e todas*.³⁷⁷ Nessas hipóteses de cumprimento da função social, no atual estágio em que se encontra nosso ordenamento jurídico, deverá ser o proprietário indenizado, pois se tratará de desapropriação por interesse público³⁷⁸. É tarefa do Estado, conforme já se disse, promover tais políticas públicas.

Francisco Cardozo de Oliveira sintetiza:

“Nos últimos anos, no Brasil, recrudesciu o conflito no campo entre proprietários e não-proprietários que se refletiu no ajuizamento de demandas em busca de tutela possessória, por parte de proprietários contra não-proprietários, estes geralmente integrantes de movimentos organizados para invasão e apossamento de áreas de terras rurais. O conflito se materializa entre o proprietário, detentor do título de propriedade de um lado e, de outro, os não proprietários que se apropriam de áreas de terras, sem dispor de qualquer espécie de título para legitimar o apossamento, e que passam a desenvolver atividades de cultivo voltadas, na maioria dos casos, para a agricultura de subsistência e para comércio de produtos agrícolas em pequena escala. A solução de casos dessa natureza passa pela consideração da possibilidade de conceder-se tutela possessória contra o proprietário e a favor de quem, efetivamente, não dispõe de título de propriedade. Admitido o caráter fático da posse e a tutela constitucional do princípio da função social que, como visto, engloba a posse, está possibilitada a **tutela da posse do possuidor que não é proprietário**, mesmo contra o proprietário. Posto em relevo o conteúdo material da posse e, conseqüentemente, o uso e a utilidade social do ato de apropriação, a validade do título de propriedade já não depende apenas do caráter formal do registro imobiliário. Depende também da atividade do proprietário de dar a terra objeto da propriedade uso e utilidade social compatíveis com as exigências sócio-econômicas e com os princípios consagrados pela ordem jurídica, entre eles o da função social. Se deixa de fazê-lo, embora continue a figurar no título de propriedade como proprietário, não pode ser reconhecido possuidor da coisa objeto da propriedade. No confronto entre o direito de propriedade e a posse devem preponderar os valores da posse, porque é através da posse que se materializa na realidade fática a funcionalização da propriedade e a apropriação de bens, que possibilita a satisfação de necessidades e que garante a efetividade do princípio da igualdade material tutelado pela ordem jurídica. O desvalor da propriedade em relação à posse deve ser relevante para o processo de concretização e para a construção de tutelas diferenciadas comprometidas com a efetividade material da posse.”³⁷⁹

No confronto entre o direito de propriedade a posse, devem preponderar os valores que informam esta última, pela sua aptidão de satisfação de necessidades.³⁸⁰

³⁷⁷ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 20.

³⁷⁸ Ver nota de rodapé n°. 357.

³⁷⁹ OLIVEIRA, F. C. Obra citada. 337-339.

³⁸⁰ OLIVEIRA, F. C. Obra citada. p. 421.

6.3. Direito à segurança jurídica

O primeiro efeito a se pensar sobre a posse legitimada pelo estado de necessidade de quem ocupa é a segurança jurídica da posse, ou seja, a permanência dessas pessoas no uso dos bens que são indispensáveis à sua dignidade. Conforme Hernández Gil, em passagem já citada, a *segurança jurídica* socialmente entendida implica no desfrute e uso de certos bens que a pessoa por si só não está em condições de conseguir.³⁸¹

É difícil de pensar a segurança jurídica da posse, pensar a posse autonomamente, porque ela é sempre vista em função da propriedade, de modo que não há categorias jurídicas suficientes para englobar o fenômeno. É difícil pensar na tutela da posse de forma includente se ela é sempre vista em função da propriedade, que tem razão de ser excludente (*erga omnes*).

Apesar da dificuldade, e por essas mesmas razões, este é um desafio que se coloca contemporaneamente.

Jaques Alfonsin contundentemente afirma que “À segurança jurídica dos proprietários tem que corresponder, então, uma outra segurança jurídica, a dos não proprietários”³⁸²

A ONU já se manifestou sobre a segurança jurídica da posse, entendida como um dos elementos do direito à moradia:

“A posse toma uma variedade de formas, incluindo locação (pública e privada) acomodação, habitação cooperativa, arrendamento, uso pelo próprio proprietário, habitação de emergência e assentamentos informais, incluindo ocupação de terreno ou propriedade. **Independentemente do tipo de posse, todas as pessoas deveriam possuir um grau de sua segurança, o qual garanta proteção legal contra despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças.** Estados-partes deveriam, conseqüentemente, tomar medidas imediatas com o objetivo de conferir segurança jurídica de posse sobre pessoas e domicílios em que falta proteção, em consulta real com pessoas e grupos afetados.”³⁸³

Veja-se que a ONU trata do dever de os Estados garantirem a segurança legal

³⁸¹ GIL, A. H. Obra citada. p. 211.

³⁸² ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 193.

³⁸³ Comentário Geral n.º 4 (Sexta sessão, 1991), [UN doc E/1992/23] Sem grifos no original.

da posse. Realmente, esta é uma tarefa que não pode ficar fechada às grades do direito civil. Por ser a posse rebelde às categorias jurídicas, pelo menos àquelas tradicionais, a ordenação jurídica resulta incipiente³⁸⁴ se for pensada apenas dentro desses parâmetros.

Os movimentos sociais e organizações da sociedade civil também entendem ser um dever do Estado a promoção dessa segurança. Apontaram, na Plataforma Brasileira de Prevenção aos Despejos, o dever do o Estado brasileiro de:

“Garantir a efetividade e a aplicação de instrumentos de permanência e segurança da posse: instituição de zonas especiais de interesse social (assentamentos informais urbanos e rurais) e de zonas especiais de interesse cultural (comunidades tradicionais), titulação³⁸⁵ e reconhecimento das posses exercidas para fins de moradia e cultivo, tarifas sociais para serviços públicos, isenção de IPTU e ITR, implantação de infra-estrutura básica.”

Nota-se que os instrumentos são ligados ao direito administrativo, pois se trata de responsabilidade do Estado a redistribuição de terras.

Ingo Sarlet entende que, além de dimensão defensiva, a dignidade da pessoa humana também tem dimensão prestacional, dever de ação do Estado.³⁸⁶ Hernández Gil também aponta que a socialização da posse há de ser instrumentada pelo Estado.³⁸⁷

Afinal, no presente ordenamento, isso necessita de planejamento e concretização através de políticas públicas, capazes de enfrentar o problema dos excluídos de forma global e de solucioná-lo da forma a melhor despender os recursos públicos.

Mas, como bem observa Alfonsin, não é qualquer política pública que é boa. Instrumentos como políticas compensatórias, por meio do Poder Público, como os bancos de terras ou até entrar diretamente no mercado imobiliário, antes de se constituir em política pública, é visível capitulação diante dos mecanismos de mercado e expressa confissão de sua insuficiência política³⁸⁸. Segundo ele o que precisa vir para o primeiro lugar de qualquer planejamento rural ou urbano sobre a terra, antes da

³⁸⁴ GIL, A. H. Obra citada. p. 105. Por isso a ordenação jurídica resulta incipiente.

³⁸⁵ Sobre a questão da titulação, ver nota de rodapé n°. 391.

³⁸⁶ SARLET, I. W. Obra citada. p. 47-9.

³⁸⁷ GIL, A. H. Obra citada. . p. 195.

³⁸⁸ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 97.

liberdade de iniciativa econômica, é a necessidade intransferível do acesso de todos ao bem terra.³⁸⁹

Uma redistribuição da propriedade dos bens de produção desligada das questões possessórias pode conduzir novamente à concentração capitalista.³⁹⁰ Por isso, a Associação Brasileira de Reforma Agrária defende que

“As terras obtidas para a reforma agrária deverão ser mantidas com natureza pública mesmo depois de transferidas, quando for o caso, ao uso particular ou comunitário. Apenas o uso deve ser transferido, o domínio continuará público. O instrumento jurídico a ser utilizado é o da **concessão real de uso**, preferentemente coletivo, em instituto similar às reservas extrativistas (Lei n.º 9.985/2000). Isto porque o uso deve ser socialmente relevante para que seja mantido, de tal forma que as áreas reformadas vivam sob um regime jurídico especial, adequada à natureza das novas relações fundiárias que estão sendo instituídas.”³⁹¹

A concessão real de uso pode ser utilizada também para fins de moradia, no espaço urbano.

As políticas públicas relacionadas ao acesso aos bens não podem ter perspectivas individualistas, sob pena de se manter a mesma racionalidade excludente, “contra todos”, da propriedade. Por isso, prossegue a ABRA:

“É necessário que haja uma apropriação coletiva dos imóveis reformados, de tal forma que haja sua gestão pelas famílias assentadas, de modo a permitir uma substituição de famílias que deixem os assentamentos. Por outro lado, é necessário criar mecanismos jurídicos e econômicos que garantam a permanência dos filhos de assentados, para fazer face ao contínuo parcelamento dos imóveis (já titulados individualmente) pela sucessão hereditária nos moldes do Código Civil. Isso gera conflitos e produz a fragmentação de minifúndios.”³⁹²

Para a apropriação e uso coletivos é necessária uma mudança de cultura³⁹³. A existência dos movimentos sociais, conforme já se disse no primeiro capítulo, é possibilidade de construção destas outras formas de sociabilidade.

³⁸⁹ ALFONSIN, J. T. Obra citada. p. 138.

³⁹⁰ GIL, A. H. Obra citada. p. 213.

³⁹¹ ABRA – Associação Brasileira de Reforma Agrária. **Qual é a Questão Agrária Atual?** 2007. (Documento distribuído no Encontro Terra e Cidadania, promovido pelo ITCG em maio de 2007, em Curitiba). p. 17. Sem grifos no original.

³⁹² ABRA. Documento citado. Local citado.

³⁹³ A esse respeito, CAPRA, Frijof. **O ponto de mutação: A Ciência, A Sociedade e a Cultura Emergente.** São Paulo: Cultrix, 2006.

6.4. Direito ao desforço imediato e à remoção de perigo iminente

Se, conforme já se concluiu, o estado de necessidade social da vítima que ocupa um pedaço de terra urbana ou rural é bem jurídico hierarquicamente superior do que o direito patrimonial do titular, deve poder, o possuidor, defender-se a fim de que seja mantido na posse.

Jaques Alfonsin apontou a idéia de, para tanto, os sem-terra poderem expulsar o esbulhador de sua posse³⁹⁴ - lembrando que já concluímos que o estado de necessidade social legitima as posses de movimentos sociais.

Essa, evidentemente, é uma das conseqüências da posse justa, de acordo com o Código Civil:

“**Art. 1.210.** O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

Nesta linha, Alfonsin defende que não é ato ilícito eventual deterioração de coisa ou lesão a pessoa nesse intuito, conforme o mesmo diploma:

“**Art. 188.** Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

Argumenta o autor: “há perigo mais iminente do que falta de teto?”.

Assim, tem-se que são conseqüências o direito ao desforço imediato e à remoção de perigo iminente.

³⁹⁴ Jaques Távora Alfonsin, em palestra proferida em 18.05.2007 no Encontro Terra e Cidadania, promovido pelo Instituto de Terras, Geografia e Cartografia do Paraná, em Curitiba.

CONCLUSÕES

Somente as classes populares e os excluídos concebem a exigência de reivindicar direitos e criar novos direitos. Para isso, quando não há acesso suficiente às vias institucionais ou estas não correspondem a critérios de legitimidade (no Brasil, o Estado é colonizado por estruturas arcaicas e pelo poder de grandes empresas), a desobediência civil/direito de resistência (ato realizado em grupo, político – porque visa à totalidade do problema – de pressão a fim de alterar uma lei ou reivindicar uma política social) é legítimo, desde que não violento (ou, ao menos, que a violência não parta dos objetores e que a reação correspondente seja na medida da proporcionalidade). Apesar de formalmente contrário à lei, não é ato criminoso, porque público e de reivindicação legítima (excludente de culpabilidade).

O direito de resistência tem respaldo constitucional: na omissão do Estado em seu dever de efetivação dos direitos fundamentais, é albergado pela cláusula de abertura do artigo 5º; a ordem econômica é aberta, pelo que é legítimo reivindicar por modos incluídos de produção; a resistência ao poder é expressão da livre iniciativa.

Na perspectiva dos comunitaristas, o direito de resistência ganha força na medida em que visa a uma interpretação do ordenamento jurídico baseada em valores, e que integra os excluídos na comunidade de intérpretes. Assim, conecta-se com a teoria habermasiana, segundo a qual a desobediência civil está no eixo da tensão entre poder central e sociedade civil, a qual se usa desse mecanismo para se colocar como falante no discurso.

A desobediência civil, em termos do paradigma do discurso, reclama a necessidade de compreender a legitimidade (que ela reivindica) como condição da legalidade (a qual ela contesta).

O direito de resistência é expressão da e radicaliza a soberania popular, que pressupõe e visa aos direitos humanos. Soberania popular significa, nessa perspectiva, a colocação do excluído como ator histórico determinante, reforçando tanto a dimensão comunitária quanto a dimensão individual da dignificação dos sujeitos.

As ocupações de terras perpetradas por movimentos sociais urbanos ou rurais

são atos de direito de resistência legítimos. Podem representar manifestação política ou também, simultaneamente, expressão da necessidade, mecanismo de usar bens essenciais à vida.

Quando esta segunda hipótese também ocorrer, quando um grupo de pessoas ocupa um bem de outra pessoa, a fim de usá-lo para satisfazer necessidades vitais, está *usando* o bem, exteriorizando, diretamente, um dos poderes constitutivos da propriedade, em nome próprio. É um poder de fato, que corresponde ao exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio, qual seja, usar, quando não também usufruir. Trata-se, portanto, de posse juridicamente conceituada.

Em sendo posse, será aparentemente viciada, em sentido objetivo e subjetivo.

Ocorre que é dimensão da dignidade da pessoa humana, norma e valor fundamental em nosso ordenamento jurídico, a proteção da pessoa contra necessidades de ordem material. Essas necessidades vitais são fundamento e conteúdo de valor dos direitos humanos fundamentais, tendo, portanto, expressão normativa.

A satisfação de tais necessidades remete ao valor de uso dos bens, que se expressa na posse, enquanto relação de maior densidade social por expressar de maneira primária a proteção do homem social em relação ao meio, sendo seu aspecto essencial o *serviço*. A função social da posse tem dois aspectos: um de conexão com os fatos e com os sujeitos concretos e outro de promoção de um estado ideal de coisas, de transformação social.

A posse é especialmente apta para satisfazer necessidades vitais, conteúdo de direitos fundamentais. Considerando, assim, que os direitos fundamentais, por serem o núcleo essencial da Constituição brasileira, é que são hierarquicamente superiores às demais normas, sejam eles regras, sejam eles princípios, e que regras e princípios carregam em si valores e que os servem, tendo também sentido deontológico, o aparente vício objetivo da posse oriunda de ocupações de terras (a violência), e o aparente vício subjetivo (a má-fé) *cedem lugar ao estado de necessidade social* daqueles que adentram o bem, por ser este bem jurídico hierarquicamente superior em nosso ordenamento jurídico, sendo, assim, legítima a posse. As instituições de direito civil são pensadas para o indivíduo já instalado e bem, mas o ordenamento

constitucional hoje visa proteger e promover a dignidade sobretudo dos que não estão nesta situação (artigo 3º da Constituição).

Assim, em sendo posse, e legítima/justa, tais atos devem ser tutelados.

A posse é rebelde às classificações. É fato apto a gerar vários efeitos, como direito à segurança jurídica na posse, direito à moradia, direito ao uso da terra etc.

A posse, no caso das ocupações, entra em confronto com os direitos dos titulares. A titularidade serve para excluir o outro do acesso a determinado bem. Daí que nem toda propriedade é direito fundamental.

A propriedade individual, necessária para a proteção do indivíduo e sua família das necessidades, é direito fundamental (artigo 5º, Constituição). Não inclui a propriedade de bens para especulação imobiliária, de espaços ociosos ou não, nem excessos, como acumulação exagerada. A propriedade que satisfaz necessidades reais/vitais não é objeto dessas reflexões. Isso porque é propriedade que representa posse direta e porque os movimentos sociais urbanos e rurais não ocupam tais espaços, que já cumprem a função de satisfação de necessidades vitais/reais.

Já sobre a propriedade dos bens de produção e às que não satisfazem necessidades reais incide a função social (art. 170, Constituição), e não é tomada como direito fundamental.

A propriedade rural e a urbana que não atendam todos os componentes de sua função social não serão tuteladas, de devem ser destinadas ao acesso de sem-terra e sem-teto, com a crítica da “desapropriação prêmio”, que indeniza aquele que não cumpre seu dever.

Nos casos em que a função social seja comprimida, há de se verificar a situação concreta, prevalecendo os direitos dos possuidores/ocupantes quando seu estado de necessidade for mais forte do que o direito do proprietário, diante da quantidade de bens de que este é titular – esse deve ser um critério que o Poder Público deve ter em para promover desapropriações. É expressão da fórmula apontada por Alfonsin: a satisfação dos direitos somente pode ser *universal quanto aos sujeitos* e, *quanto aos objetos*, apenas pode ser a *referência da suficiência de espaço para todos e todas*.

Em prevalecendo os direitos dos ocupantes/possuidores, o efeito primeiro é a

segurança jurídica na posse. Implica em lhes conferir o direito ao desforço imediato e à remoção de perigo eminente, e no dever do Estado de implementar políticas públicas includentes, de acesso e manutenção dos possuidores. Sugestões são a concessão real de uso e a gestão coletiva dos bens.

Ainda assim, as perspectivas são de titularidade. Para superar isso, necessária uma outra racionalidade, uma outra cultura. Para essa força viva o direito não tem resposta, nem palavra. Mas também não pode ser força de obstrução. Porque aqueles atos de grupos buscando a construção de outras formas de acesso aos bens, de sociabilidade e de valores podem ser um embrião.

REFERÊNCIAS

ABRA – Associação Brasileira de Reforma Agrária. **Qual é a Questão Agrária Atual?** 2007. (Documento distribuído no Encontro Terra e Cidadania, promovido pelo ITCG em maio de 2007, em Curitiba).

ADIERS, Moacir. Caracterização da boa-fé na posse como uma arte jurisprudencial. In: **Revista AJURIS**. ano XIV – 1987 - novembro - p. 202 a 228.

ALFONSIN, Jacques Távora. **Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

ALMEIDA, Guilherme do Couto de. **Invasão ou ocupação?** Ensaio sobre a função social da propriedade. Disponível na Internet em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8882>, em 18.07.2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDRT, Hannah. Desobediência Civil. In: ARENDRT, Hannah. **Crises da República**. Editora Perspectiva. p. 49-90.

BALDEZ, Miguel Lanzelotti. **Para o governo brasileiro a moradia não é direito**. Disponível na Internet via http://www.vermelho.org.br/museu/principios/anteriores.asp?edicao=54&cod_not=441 em 21.06.2007.

BARROSO, Luiz Alberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 274-275.

BOROWSI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. Brasília: América Jurídica, 2003.

CAPRA, Frijof. **O ponto de mutação: A Ciência, A Sociedade e a Cultura Emergente**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CHAUÍ, Marilena. A sociedade democrática. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário**. São Paulo: Editora UnB, 2002. p.

333-339.

_____. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. In: TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves (Org.). **Os sentidos da democracia e da participação**. São Paulo: Instituto Polis, 2005. (Publicações Polis, 47). Anais do seminário Democracia e Participação; São Paulo, Julho 2004. p. 23-30.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3 ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995. p. 34-53.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Relatório Conflitos no Campo. Anos 1980-2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

DEL RIO, Manoel. Moradia: um direito e uma luta. In: **Direitos Humanos no Brasil 2003**: Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em colaboração com Global Exange. Rio de Janeiro, 2004.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Vol. 61, ano 17. 2006. p. 45-85.

DUSSEL, Enique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 2 ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves e outros. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Traducción Marta Gustavino. 5 reimp. Barcelona: Ariel, 2002.

_____. Os sem-terra vistos de fora. **O Estado de São Paulo**. 24/05/1997. A2, p. 14.

DWORIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo:

Martins Fontes, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito proprietário: reflexões sobre a propriedade urbana. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 85. v. 723. Janeiro de 1996. p. 107-109.

_____. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O MST no contexto da formação camponesa no Brasil. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000.

FERREIRA NETO, José Ambrósio. Racionalidade Individual, Ação Coletiva e Luta pela Reforma Agrária. In: **Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária – ABRA**. Vol. 29, n. 3, set./dez. 1999. p. 15-30.

FUIZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1068.

FORST, Rainer. **Contexts of justice: Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarism**. Translated by John M. M. Farrell. Los Angeles: University of California Press, 2002. Item 5.2.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-356.

GADAMER, Hans-George. **Verdad y metodo: fundamentos de una hermenéutica filosófica**. 4 ed. Salamanca: Sígueme, 1991.

GARCIA, José Carlos. O MST entre a desobediência e a democracia. STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 148-150.

GIL, Antonio Hernández. **Funcion social de la posesion**. Madrid: Ediciones Castilla, 1969.

GOMES, Orlando. Atualizado por FACHIN, Luiz Edson. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

GOMES DA SILVA, José. **Buraco Negro: a Reforma Agrária na Constituinte de 1987/88**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 10.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: **Temas de Direito**

Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 397-433.

GRAU, Eros Roberto. **Interpretação/aplicação do direito.** Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação - Aplicação do Direito. 3. ed. Malheiros, 2005.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Volume I. 2. ed. Trad. Fávio Beo Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113-168.

KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 41, p. 43-57, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: RT, 1998. Capítulos II, III e V.

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

MEIRELLES, Jussara . O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, v. , p. 87-114.

MELO, Dep. João Alfredo Telles (org.). **Reforma Agrária Quando?** CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2006.

MENEZES CORDERO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil.** Coimbra: Livraria Almedina, 1997. Capítulo I.

MOLINA, Mônica Castagna. A legitimidade do conflito: onde nasce o novo Direito. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário.** São Paulo: Editora UnB, 2002. p, 29-36.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado.** 2 ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 569.

OLIVEIRA, Francisco de. O capital contra a democracia. In: TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves (Org.). **Os sentidos da democracia e da participação.** São Paulo: Instituto Polis, 2005. (Publicações Polis, 47). Anais do seminário Democracia e Participação; São Paulo, Julho 2004. p. 13.21.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Ensaio Hermenêutico para a Tutela Concreta da**

Posse e da Propriedade no Direito Brasileiro. Vol. I. Tese (Doutorado em Direito) - Pós-Graduação Direito da Universidade Federal do Paraná. Capítulos V, VIII, IX e Conclusão.

PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A Questão Agrária e a Justiça.** São Paulo: RT, 2000. p. 88-129.

PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto e FARIAS, Valdez Adriani. **Função social da propriedade:** dimensões ambiental e trabalhista. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Capítulo VI.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil.** Mandamentos: Belo Horizonte, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **revista latino-americana de estudos constitucionais.** Belo Horizonte: Del Rey. n. I. jan.-jun. 2003.p. 607-629

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o Direito Brasileiro.** Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata? **Revista da USP,** São Paulo, v. 37, 1998. p. 34-45.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 267-292.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: (Coord.) **A parte geral do novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XV-XXXIII.

_____. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). **Revista Forense.** Rio de Janeiro, ano 85, v. 306, abr./mai./jun. 1989. p. 73-78.

VARELA, Laura Beck. A tutela da posse entre a abstração e a autonomia: uma abordagem histórica. In: COSTA, Judith Martins. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 730-763.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 843-861.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ALFONSIN, Jacques Távora. Apontamentos sobre alguns impasses interpretativos da função social da propriedade rural e sua possível superação. **Revista de Direito Agrário**. Ano 18 n. 17 Brasília 1º semestre/2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e à hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar 2002.

BENITEZ, José Leandro Farias. O caráter ideológico da posse. In: **Direito em debate**. Editora UNIJUI. Ano IV, n. 4 – Set. 1994. p. 97-104.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena**: fundamentos políticos e aplicação Judicial. Curitiba-Rio: ICPC/Lumen Juris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade e dos Bens de Produção. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXV. N. 63. jul./set. 1986. p. 71-79.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges I. Maissiat. 2 ed. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. **Hacia uma filosofia política crítica**. Ed. Desclée de Brouwer, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Das províncias do direito privado à causa justificativa da propriedade. Em: LARANJEIRA, Raymundo (Coord.). **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

FERNANDES, Bernardo Mançano. O papel do MST na construção da democracia. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário**. São Paulo: Editora UnB, 2002. p. 343-347.

GIL, Antonio Hernández *Obras completas*. Tomo I. Conceptos jurídico fundamentales. Madrid: Espasa-Calpe: 1987. Capítulo: El erecho agrario y su significación social.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaio**s. Trad. Luiz Hernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 6. ed. rev. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUDWIG, Celso Luiz. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. Em: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 284-325.

MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. Propriedade e Direitos humanos: os limites do individualismo possessivo. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. v. 33, n. 101. Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 381-403.

PONTES, Kassius Diniz da Silva. MST: fundamentos jurídico-políticos de sua prática. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário**. São Paulo: Editora UnB, 2002. p. 32.

SIQUEIRA, Cecília Pessoa Guerra de e HIRAYAMA, Viviane Vinaud. Ocupação: modo de realizar a promessa constitucional da Reforma Agrária. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário**. São Paulo: Editora UnB, 2002. p. 293-295.

STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, 2005, número 42. 155-170.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Por um Brasil Sem Latifúndio. In: MOLINA, Mônica Castagna (org.), entre outros. **Introdução crítica ao direito agrário**. São Paulo: Editora UnB, 2002. p. 37-42.