

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

MARCELO KINDEL

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO
E OS SEUS REFLEXOS NA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA RURAL
À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

São Leopoldo

2014

MARCELO KINDEL

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO
E OS SEUS REFLEXOS NA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA RURAL
À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann

São Leopoldo

2014

K51c

Kindel, Marcelo

A constitucionalização do direito privado e os seus reflexos na propriedade imobiliária rural à luz da principiologia constitucional / Marcelo Kindel. – 2014.

136 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann.

1. Direito privado. 2. Aquisição - Propriedade - Imóvel Rural. 3. Aquisição - Imóvel Rural - Estrangeiro. 4. Princípios constitucionais. I. Título. II. Engelmann, Wilson.

CDU347

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

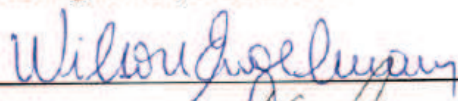
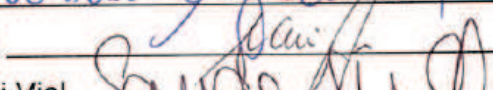
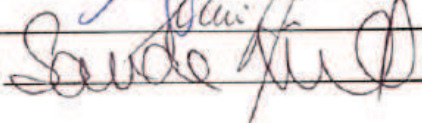
A dissertação intitulada: “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS SEUS REFLEXOS NA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA RURAL À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL”, elaborado pelo mestrando Marcelo Kindel, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 06 de outubro de 2014.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wilson Engelmann 
Membro: Dra. Paula Castello Miguel 
Membro: Dra. Sandra Regina Martini Vial 

*Dedico ao meu avô,
Guido Arnoldo Lermen.*

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos tenho aos montes. Para várias pessoas.
Aliás, todas as pessoas que conhecemos se tornam parte do que somos, então...
Seria até uma estupidez deixar de agradecer a todos que cruzaram meu caminho,
em especial aos apressados que ficaram menos tempo do que eu gostaria...
Deixo um agradecimento especial para todos professores e secretárias
do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos.
Todos os colegas. Os “da casa” e os “de fora”.
Seria arriscado demais tentar nominá-los,
pois estaria fadado a esquecer alguém realmente importante.
Muito cresci como ser humano com o pessoal vindo
dos mais diversos estados brasileiros. Rio Grande do Norte, Pernambuco, Paraná,
Amazonas, Santa Catarina, Pará e por aí vai...
Também devo agradecer aos meus pais, eu sei. E muito. Assim como aos meus irmãos.
Mas como isso eu já faço diariamente,
sei que eles compreenderão a real dimensão desta singela menção.
Se as referências até aqui restaram extremamente sucintas, é porque quero dedicar
todo o espaço que resta nesta folha de papel para duas pessoas em especial.

Ingrid

Poderia mencionar os incontáveis momentos que deixamos de aproveitar.
Mas eles não existiram.
Poderia destacar a paciência e entrega com que segurou as pontas
nas inúmeras vezes em que isto se fez necessário.
Mas a vida é uma linha contínua, ininterrupta... Sem pontas.
Poderia só agradecer por cada café, cada bilhete, cada sorriso, cada palavra de incentivo.
Mas como “só” agradecer, se ainda quero muitos outros cafês,
muitos outros bilhetes e muitos outros sorrisos?
E tem outra: se a vida permitir, ainda vou acabar precisando de mais
algumas palavras de incentivo ao longo do caminho...
Assim, me sinto sem saída.
Só me resta agradecer por... ser minha esposa.
Obrigado.

Wilson

Diz o dito popular que “urgente é tudo aquilo que você não fez em tempo hábil
e quer que outro faça em tempo recorde”. Algo daí pode ser extraído.
Não que se tenha deixado de fazer algo em tempo hábil.
Tampouco se quis que outro fizesse em tempo recorde.
Mas as circunstâncias demandaram urgência.
E urgência nas mais variadas formas.
Urgência de saúde. Urgência de tempo. Urgência de dedicação.
E o senhor, professor Wilson, buscou extrair deste orientando uma resposta
em tempo relativamente recorde, mesclando o controle do tempo com
o equilíbrio e a serenidade que a hercúlea tarefa exigia.
E conseguiu, emprestando um novo significado à palavra orientador.
Seria possível até confundir esta palavra com
confidente, alicerce ou, simplesmente, rocha.
Rocha capaz de não deixar desistir o que aparentava sequer ser factível.
Sem mais palavras. Sem mais comentários. Tudo agora é... história. História escrita.
Parabéns e obrigado pelo ótimo trabalho desenvolvido!

*Na arte da guerra, a melhor opção é tomar o país inimigo intacto;
esmagar um país é apenas a segunda melhor opção.¹*

¹ TZU, Sun. *A Arte da Guerra: os treze capítulos originais*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2006. p. 41.

RESUMO

Com o desfecho do período submetido ao Direito Natural e o consequente surgimento do modelo de conformação estatal, aparecem com ele a segmentação entre o público e o privado e entre nacionais e estrangeiros. Sendo o território questão de interesse nacional, toca a cada Estado soberano decidir sobre como tratar a aquisição de imóveis por estrangeiros. Embora seja relevante uma análise comparativa sobre a condução do tema em outros países, a temática será desenvolvida sob a perspectiva do Direito brasileiro. Trata-se de tema que, de forma inerente, envolve Direito Privado e Direito Público. Afinal, a propriedade encontra respaldo tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil, o que demanda uma análise da Constitucionalização do Direito (Privado), logo, do movimento dicotômico vislumbrado entre estas ramificações do Direito ao longo do tempo. Em uma sociedade transnacional de complexidade extrema, como a hoje experimentada, verificam-se significativas mudanças na concepção de ser humano, enquanto indivíduo, enquanto integrante da sociedade e enquanto partícipe da figura do Estado. Nesse cenário, aparece o específico e conturbado tratamento dado à pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira, no tocante à imposição das restrições. A sua viabilidade passa pela inarredável leitura hermenêutica da influência da garantia fundamental da função social da propriedade, pautada no fundamento da dignidade da pessoa humana, na nova visão de propriedade inaugurada no século XXI. Ao pretender sejam impostas às pessoas jurídicas brasileiras as restrições típicas de aquisição de imóvel rural por estrangeiros, uma série de medidas precisam ser planejadas e implementadas.

Palavras-chave: Imóvel rural. Propriedade. Aquisição. Estrangeiros. Pessoa jurídica. Constitucionalização do Direito (Privado). Dicotomia. Direito Público e Direito Privado. Princípios constitucionais. Função social da propriedade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

With the outcome of the period referred to the Natural Law and the consequent emergence of the state conformation model, appear with him the segmentation between the public and private and between nationals and foreigners. Being the territory issue of national interest, touches every sovereign state to decide how to treat the acquisition of real estate by foreigners. Although relevant a comparative analysis on the driving theme in other countries, the theme will be developed from the perspective of Brazilian law. It is a topic that inherently involves private law and public law. After all, the property is supported by both the Federal Constitution and the Civil Code, which requires an analysis of the Constitutionalization of (Private) Law, so thus dichotomous glimpsed movement between these branches of the law over time. In a transnational society of extreme complexity, as experienced today, are reported to be significant changes in the conception of human being as an individual, as a member of society and as a participant in the figure of the State. In this scenario, appears the particular and troubled treatment given to Brazilian entity treated as foreign, concerning the imposition of restrictions. Its viability passes by the unmoved hermeneutic reading of the influence of the fundamental guarantee of the social function of property, based on the grounding of the dignity of the human person, in the new view of property opened in the XXI century. When you want the typical restrictions acquisition of rural property by foreigners are imposed on the Brazilian legal entities, a number of measures need to be planned and implemented.

Keywords: Rural property. Real state. Acquisition. Foreigners. Legal entities. Constitutionalization of (Private) Law. Dichotomy. Public Law and Private Law. Constitutional principles. Social function of property. Dignity of the Human Person.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Tese da Bivalência.....	30
Figura 2 – Versões da Tese de Nenhuma Resposta Correta.....	31
Figura 3 – Gênese da Resposta Correta.....	35
Figura 4 – Requisitos (Cumulativos) para a Equiparação.....	61

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Resumo dos Posicionamentos Adotados no Século XX.....	71
Quadro 2 – Resumo dos Posicionamentos Adotados até os dias atuais.....	108
Quadro 3 – Entendendo as Restrições.....	110
Quadro 4 – Retroatividade do Parecer de 1994.....	111
Quadro 5 – Irretroatividade do Parecer de 1994.....	112
Quadro 6 – (Ir)Retroatividade do Parecer de 1998.....	115

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DIREITO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO: CARACTERÍSTICAS, POSSIBILIDADES E DESAFIOS	21
2.1 O POSITIVISMO JURÍDICO NO CENÁRIO DO MOVIMENTO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO.....	21
2.2 DIREITO PÚBLICO <i>VERSUS</i> DIREITO PRIVADO E O FUTURO(?) DA DICOTOMIA.....	38
3 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO CONTEXTO DE CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO NO DEBATE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (PRIVADO)	51
3.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA SIGNIFICAÇÃO PARA OS POSICIONAMENTOS ADOTADOS NO SÉCULO XX	52
3.2 OS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	71
4 NOVOS “PROBLEMAS” À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA RURAL BRASILEIRA NO SÉCULO XXI: IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES À SUA AQUISIÇÃO POR PESSOA JURÍDICA BRASILEIRA EQUIPARADA A ESTRANGEIRA E SEUS DESDOBRAMENTOS	87
4.1 A PESSOA JURÍDICA BRASILEIRA EQUIPARADA A ESTRANGEIRA E A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO BRASIL, CONSIDERANDO A ATRIBUIÇÃO (HERMENÊUTICA) DE SENTIDO.....	91
4.2 LIMITES, POSSIBILIDADES E DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES À AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RURAL POR PESSOA JURÍDICA BRASILEIRA EQUIPARADA A ESTRANGEIRA, À LUZ DA DIGNIDADE (DA PESSOA) HUMANA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	109
5 CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	133

1 INTRODUÇÃO

*Toda solução para um problema
cria novos problemas não solucionados.*
Karl Popper

Premidos pela necessidade de sair do estado de natureza, concordam os homens na conformação de um poder estatal. Agindo assim, o homem substitui o direito a nada, a guerra de todos contra todos, por uma organização social capaz de viabilizar a convivência com os demais. É estabelecido um contrato tácito onde cada um cede parte de sua liberdade em favor do todo comum. Designa-se ao soberano a função primordial de manter a organização social e a convivência pacífica entre os indivíduos. Esta conhecida parte da lição de Hobbes, sobre a qual até hoje se debruça, ajuda a explicar a origem do poder estatal. Contudo, no instante em que a humanidade criou a figura do Estado, surgiram com ele subdivisões as mais variadas, como a vislumbrada entre o público e o privado – logo, entre Direito Público e Direito Privado –, bem como entre nacionais e estrangeiros.

Não há como conceber, na atualidade, um Estado que não separe – ainda que minimamente – o público do privado, assim como não há forma de pensar em Estados distintos sem que se diferencie nacionais de estrangeiros. Cada Estado – leia-se, cada cultura, cada povo, cada geografia, cada clima, cada vegetação, cada hidrografia, cada economia, e assim por diante – possui traços peculiares, que o distingue dos demais. Neste contexto, sabe-se que dificilmente dois Estados desenvolvem a condução das relações cidadão-cidadão e cidadão-Estado de idêntica forma. Assim como dificilmente dois Estados dedicam o mesmo tratamento para nacionais e estrangeiros.

Nesta aldeia global que virou o planeta Terra, distâncias restaram relativizadas pelos meios de transporte e de comunicação. O acesso a tudo está facilitado. Se tudo é facilitado, mais possibilidades aparecem. Ao surgirem mais possibilidades, a tomada das decisões se torna mais complexa. Afinal, maiores as chances de não usufruir de todas as possibilidades disponíveis. E a complexificação para cada pessoa, torna exponencialmente mais entrelaçada a dinâmica da sociedade atual. Neste cenário de comunicação portátil, em áudio e vídeo – e

em tempo real –, com vãos diários para qualquer lugar do mundo, a própria noção de mundo se modifica. E a relação nacional-estrangeiro de outrora é completamente alterada.

Este conjunto de mudanças afeta a humanidade nas suas mais diversas concepções: enquanto indivíduos, enquanto sociedade e enquanto Estado. Em meio a essa complexidade, aparece como o tema desta dissertação a aquisição de imóvel rural por estrangeiro. A titulação do território de um Estado é, sem dúvida, questão de ordem pública. Compete a cada Estado, valendo-se de sua soberania, definir o tratamento dado à aquisição da propriedade imobiliária, no tocante à nacionalidade do adquirente-proprietário. Lhe cabe estabelecer que parcela do território nacional deve ser reservada aos nacionais e, do contrário, que parcela pode ser de propriedade de estrangeiros. Para tanto, os direitos e princípios constitucionais servem de alicerce ao desenvolvimento do assunto, que abordará o formalismo jurídico clássico e a interpretação normativa, no intuito de buscar respostas do sistema jurídico às questões que proliferam de uma sociedade em acelerado e constante desenvolvimento.

Sobre o tema, o Brasil possui uma posição extremamente convidativa. Especialmente se comparado com outras nações. Apenas a título de exemplo, veja-se o caso dos Estados Unidos². A legislação norte-americana, tanto federal quanto estadual, impõe significativos limites à apropriação de parcelas do seu território. Pela legislação federal, é obrigação do estrangeiro elaborar relatórios das aquisições realizadas ao Secretário de Agricultura. Em Nova Iorque, o estrangeiro deve naturalizar-se americano para possuir propriedade rural. Na Virgínia, permite-se apenas a posse, não a propriedade ao estrangeiro, e apenas para aquele que seja residente há mais de cinco anos. Em Iowa, as terras não destinadas à agricultura podem ser negociadas livremente; as terras destinadas à agricultura não podem pertencer a pessoas, físicas ou jurídicas, não residentes. No Missouri, as terras não destinadas à agricultura podem ser negociadas livremente, as terras destinadas à agricultura não podem pertencer a estrangeiros. Caso estrangeiros venham a ser proprietários de terras agrícolas – via sucessão, por exemplo –, o Estado dá dois anos para que sejam negociadas com nacionais; caso não sejam, vão a leilão público.

Enquanto isso, aqui no Brasil, a aquisição na zona urbana é liberada. Ou seja, não há qualquer restrição para aquisição por estrangeiro de propriedade imobiliária situada em zona urbana. Quanto à zona rural, a regra geral é de que 25% de toda extensão territorial do Brasil

² US Department of the Interior – Bureau of Land Management. *The Federal Land Policy and Management Act of 1976, as amended*. Washington DC: Office of Public Affairs, 2001. Disponível em: <http://www.blm.gov/flpma>. Acesso em 19.07.2014.

aí situada pode ser adquirida por estrangeiros. Não obstante compreenda uma decisão que todo Estado soberano deva tomar, o estudo acerca da polêmica que gira em torno desta temática se limitará à realidade brasileira, mediante uma especial análise no que toca ao Direito Constitucional e ao Direito Civil.

Sabe-se que a aquisição de imóvel rural por estrangeiro se revela um assunto amplo e, sob diversos aspectos, consolidado. Em vista disso, neste universo que mistura a propriedade privada – enquanto pilar do Direito Privado – com questões relacionadas à soberania e à nacionalidade – enquanto pilares do Direito Público – é escolhida uma ramificação bem específica, a qual recebeu tratamento variado ao longo da história e que até o presente momento está longe de ser encarada como uma situação consolidada. Assim, a dissertação se desenvolverá na delimitada esfera da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira, no que se relaciona com o posicionamento do Poder Público pela imposição (ou não) de restrições. Este tema se insere na discussão acerca da constitucionalização do Direito Privado, que deverá ser estudada à luz dos princípios inscritos na Constituição do Brasil de 1988, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade.

Em um mundo transnacional como o experimentado na atualidade, somente o debate sobre o quanto o Estado decidirá se abrir para as demais nacionalidades, permitindo a utilização de seu solo por estrangeiros, já é válido. Mais sensível ainda acaba sendo a discussão sobre a leitura adequada quando existente previsão normativa, pois nesse caso pressupõe-se já tenha havido o debate – e a decisão –. Diz-se isto, pois a Lei que cuida da matéria foi editada em 1971. Mesmo mantido o texto original da lei, verifica-se ao longo da história uma alternância no posicionamento do Poder Público.

Ao tratar da imposição (ou não) de restrições, está-se a discutir se as pessoas jurídicas brasileiras que se enquadrarem na situação de equiparação com uma pessoa jurídica estrangeira – autorizada a funcionar no Brasil – enfrentarão o procedimento especial destinado aos estrangeiros em geral. Entender que lhes é aplicado o procedimento comum implica em um comportamento negativo do Estado. Nenhuma medida extraordinária terá de ser tomada. Entretanto, caso entendido que devem ser impostas a estas pessoas jurídicas específicas o procedimento especial, se exigirá do Estado um comportamento positivo, ativo, para manter o devido controle. O problema que esta Dissertação pretende enfrentar poderá ser assim delineado: em optando-se pela imposição das restrições, como parece ser a intenção do

posicionamento mais recente, que desafios se apresentam à efetiva implementação destas restrições?

Na medida em que dentre as principais restrições está a extensão total de terras rurais que podem pertencer a estrangeiros – limitada à 25% da superfície do Município –, naturalmente o procedimento dos casos futuros depende de informações do passado. Isto é, de um banco de dados acerca da porcentagem do território do município que já se encontra em propriedade de estrangeiros, capaz de revelar se a extensão territorial permitida já se encontra preenchida ou não. Assim, a hipótese se depreende da relação teoria e prática. Sabendo-se que a imposição de restrições obriga a existência um banco de dados prévio, imprescindível a análise de todo desenrolar histórico relacionado com a matéria, a fim de avaliar em quais partes da história foram impostas tais restrições – logo, existente o banco de dados – e em quais não, justamente aí se inserindo a “história efetual” preconizada por Gadamer. Somado a isso, faz-se uma análise acerca da adequação do posicionamento atual adotado em relação aos ditames constitucionais e à nova codificação civil, tudo isso no cenário descortinado pelo movimento de constitucionalização do Direito Privado.

Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico. A hermenêutica considera a interpretação para os textos como a forma pela qual a escrita passa a ter sentido. O discurso aproxima o sentido à experiência do outro. A opção por este método, também se deu em razão da orientação metodológica que norteia as pesquisas realizadas no programa de Pós-Graduação em Direito da UNSINOS. Como referencial teórico, vale-se especialmente dos ensinamentos os seguintes autores: Wilson Engelmann, Marcos de Campos Ludwig, Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck, Hans-Georg Gadamer, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gustavo Tepedino, Judith Martins-Costa, Vicente de Paulo Barretto, Fernanda Frizzo Bragato, Bernard Baertschi, Leonard Nordenfelt, Immanuel Kant, Luis Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, entre outros. A Dissertação pretende trabalhar a partir do estudo do caso do Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ.

É preciso ter presente, no entanto, que uma coisa é a análise teórica envolvida, e outra é sua implementação na prática. A análise dos posicionamentos adotados ao longo da história, bem como a adequação do posicionamento atual aos ditames constitucionais em uma atribuição hermenêutica de sentido, são um problema a ser solucionado. Aí cai como uma luva a reflexão da epígrafe, pois a partir do momento em que a questão de fundo teórico estiver sedimentada, novos problemas, de ordem prática, aparecem. E para que se empreste à

dissertação um significado maior do que a discussão em abstrato, é que são demandadas ambas as análises.

Está-se diante, então, da aquisição de imóvel rural por estrangeiro. Daí uma série de premissas despontam. Primeiro, não é qualquer bem. É bem imóvel situado no Brasil. Segundo, não se refere a imóveis urbanos. Interessa ao estudo somente aqueles situados na zona rural. Terceiro, não é qualquer tipo de adquirente. Não interessa a aquisição por nacionais, mas sim, a que envolva estrangeiros. O que, por sua vez, afeta diretamente o multifacetado cenário econômico mundial de circulação internacional de riquezas, ao mesclar investimento estrangeiro; produção – extrativa, agrícola ou pecuária – de riquezas; e remessa de divisas do resultado obtido ao exterior. Verifica-se, neste sentido, a transdisciplinariedade deste tema, que a todo momento permeia os espaços jurídico, político, econômico, social. O cenário trazido não se submete às soluções apenas estatais, ou apenas jurídicas. Produz efeitos diretos na esfera econômica da sociedade, envolvendo a concepção de Estado em suas mais diversas relações.

Estando a transferência de imóvel no centro das atenções, destaca-se a relevância do instituto da propriedade para o tema a ser desenvolvido, notadamente no que se relaciona com o cumprimento de sua função social. E sendo a propriedade pilar do Direito Privado – e ao mesmo tempo garantia fundamental prevista na Constituição Federal –, inarredável a abordagem sobre a relação verificada em Direito Público e Direito Privado, especialmente diante do dito Direito (Privado) Constitucionalizado.

O primeiro capítulo cuida, assim, do Direito (Privado) Constitucionalizado, de forma mais direcionada para o movimento dicotômico vislumbrado entre Direito Público e Direito Privado. Dividido em duas partes, a primeira parte do primeiro capítulo retorna até o surgimento da concepção de Estado, com a teoria do estado de natureza de Thomas Hobbes e sua releitura por autores como Norberto Bobbio e Wilson Engelmann, para buscar a gênese da referida dicotomia. Sendo o formalismo jurídico – enquanto poder soberano que trata de aplicar a lei na sua literalidade – também objeto de mutações ao longo dos séculos e estando diretamente interligado à visão dicotômica, ainda nesta busca são trazidos os papéis desempenhados ao longo do tempo por alguns dos positivismos jurídicos, com destaque para o exegético, bem como para os preconizados por Kelsen e Hart.

Ao tratar de positivismo, inerente discorrer sobre a crítica feita aos positivismos jurídicos, de onde se extrai ao máximo a contribuição de Ronald Dworkin, especialmente através da tese da resposta correta, para que se alcance o ponto de convergência entre norma

jurídica, interpretação hermenêutica e princípios jurídicos. A partir do momento em que o presente é fruto dos acontecimentos pretéritos, compreender a origem do estabelecimento de uma visão dicotômica torna possível contextualizar a relação entre Direito Público e Direito Privado, tal como hoje vislumbrada.

Na segunda parte do primeiro capítulo é discutida a sobrevivência da dicotomia. Se através dos papéis desempenhados pelos positivismos ao longo do tempo é possível encontrar sua origem, é também a partir daí que se pode vislumbrar caminhos para a desconstrução de uma visão dicotômica. Debate-se, então, nesta complexa relação de interferência e interdependência entre Estado(s) e indivíduos, caminhos visando um futuro de (re)aproximação entre Direito Público e Direito Privado. Para tanto, acolhe-se a contribuição de autores como Konrad Hesse, Gustavo Tepedino, Judith Martins-Costa, Marcos de Campos Ludwig, entre outros.

No segundo capítulo o enfoque se volta para a propriedade. Propriedade privada imobiliária, mais precisamente. Sabendo que a propriedade figura entre os pilares do Direito Privado, ao referir-se sua aquisição por estrangeiros, questões como soberania nacional e nacionalidade – de natureza e interesse essencialmente públicos, logo, vinculados ao Direito Público – afloram. Assim, a propriedade – e sua aquisição por estrangeiros – gravita na complexa e maleável relação verificada entre Direito Público e Direito Privado.

Intenta-se desta forma, na primeira parte do segundo capítulo, estabelecer uma relação da propriedade concebida pelo Direito Civil – representando o Direito Privado –, com as suas respectivas visões constitucionais que se seguiram ao longo da história – em representação ao Direito Público –. Isto como forma de compreender se de alguma forma a concepção de propriedade do século XX influenciou nos posicionamentos adotados pelo Poder Público neste mesmo período, acerca da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira. Para tanto, vale-se especialmente de autores da doutrina clássica, como Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira.

A segunda parte do segundo capítulo trabalha a paradigmática alteração que sofreu o Direito Privado, pela entrada em vigor do Código Civil, na abertura do século XXI. A propriedade constitucional ganha respaldo no diploma civil, agora em uma busca efetiva pelo cumprimento da sua função social, em consonância com o fundamento da dignidade da pessoa humana. Para tratar da propriedade e da função social da propriedade, notadamente em sua visão constitucional, vale-se de autores como Luiz Edson Fachin e José Afonso da Silva. Além destes, são especialmente utilizados os verbetes integrantes da obra *Comentários à*

Constituição do Brasil, coordenada por J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet. e Lenio Luiz Streck. Da mesma forma, são utilizados diversos artigos da obra de coordenação de Gustavo Tepedino nominada *Temas de Direito Civil*. Já para cuidar da influência da dignidade humana, incidente sobre a modificada noção de propriedade privada, faz-se uma imersão na contribuição de Vicente de Paulo Barretto, Fernanda Frizzo Bragato, Bernard Baertschi, Leonard Nordenfelt, além de breve referência ao pensamento em Immanuel Kant e John Locke.

Visitado o Direito (Privado) Constitucionalizado, primeiramente no que tange à visão dicotômica entre Direito Público e Direito Privado amplamente concebida e, posteriormente, no tocante aos significados atribuídos à propriedade imobiliária – com a função social que lhe é inerente – até a atualidade, onde se vê engendrada ao fundamento da dignidade humana, é possível voltar o foco para objeto central da dissertação. O terceiro capítulo se dedica, em sua integralidade, ao delimitado e delicado tema da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica estrangeira. Delimitado, por sua especificidade. Delicado, pelos relevantes desdobramentos econômicos, políticos e sociais.

Na primeira parte do último capítulo, são relacionados os novos direitos entre nacional e estrangeiro no que se relaciona com a aquisição de imóveis rurais no Brasil, valendo-se especialmente da hermenêutica como meio de auxiliar na compreensão deste fenômeno na atualidade. Toda a história efetual até aí desenvolvida, de tradição e integridade, habilita o intérprete a, naturalmente através do uso da linguagem, apreciar a temática frente aos novos paradigmas normativos. Cuida esta parte dos Direitos e princípios fundamentais – e da ordem econômica – da propriedade privada e da sua função social, conjugados e norteados pelo fundamento da dignidade humana, em uma atual perspectiva do tratamento dado aos estrangeiros. Para tanto, utiliza-se Hans-Georg Gadamer, Luis Roberto Barroso, Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck, Konrad Hesse, Paulo Bonavides, Gilmar Mendes, além dos próprios atos normativos emanados do Poder Público a servirem de embasamento para a adoção dos posicionamentos vislumbrados.

Na segunda parte do terceiro capítulo – e derradeira da dissertação – aponta-se para os desdobramentos do posicionamento atual. No que se relaciona com a imposição de restrições à aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira, desafios os mais diversos aparecem ao se projetar sua efetiva implementação. Aqui, não há obras ou doutrina. Na realidade, pouco se discute. Não obstante se tratar de assunto de interesse nacional, alocado em um mundo transnacional. O Estado posicionar-se em relação a um tema

em nada se confunde com o seu cumprimento pelos destinatários da decisão tomada. Com a definição de um posicionamento, surge para o Estado apenas a pretensão de que os indivíduos passem a agir de acordo com a posição adotada, em cumprimento ao contrato social firmado quando da conformação estatal.

Em relação às questões de ordem prática, não há autores a serem seguidos. Tampouco resposta prontas. Para conduzir ao desfecho do estudo – traduzido em uma instigação mental – despontam, na verdade, uma série de questionamentos em cadeia, capazes de provocar a reflexão de quem quer que se debruce sobre o tema, acerca da caminhada a ser trilhada para interligar pretensão e implementação. Na outra mão, as questões de ordem teórica recebem reforço e amparo no pensamento de Luiz Otávio Rodrigues Junior e João Baptista Villela, além de outros utilizados ao longo da jornada. Como referido em epígrafe, toda solução para um problema, cria novos problemas não solucionados. Assim, além de ser necessário o debate acerca do posicionamento a ser adotado nesta nova e complexa sociedade transnacional experimentada na atualidade, é preciso se questionar que desafios se apresentam – e que meios são necessários – para ser possível atribuir efetividade ao quanto pretendido, solucionando os novos problemas criados pela solução do problema anterior.

2 DIREITO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO: CARACTERÍSTICAS, POSSIBILIDADES E DESAFIOS.

O objeto central trabalhado nesta Dissertação de Mestrado diz com a aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira. Para tratar de tema tão específico, certamente será necessário compreender as nuances da aquisição de imóvel rural por estrangeiro – amplamente concebida –, bem como assimilar quais requisitos devem ser preenchidos para estar-se diante de uma pessoa jurídica brasileira em situação de equiparação a uma estrangeira. Antes disto, porém, imprescindível recordar que se está em última análise a tratar do Direito de Propriedade. Propriedade privada imobiliária, mais precisamente.

A propriedade sabidamente figura entre os pilares do Direito Privado. Ainda assim, ao referir-se sua aquisição por estrangeiros, questões como soberania nacional e nacionalidade – de natureza e interesse essencialmente públicos, logo, vinculados ao Direito Público – afloram. Caminhando do específico para o amplo, isto implica em dizer que o tema inafastavelmente coloca Direito Público e Direito Privado em rota de colisão. Em outras palavras, a propriedade – e sua aquisição por estrangeiros – gravita na complexa e maleável relação verificada entre Direito Público e Direito Privado, por onde adentra-se inicialmente.

2.1 O POSITIVISMO JURÍDICO NO CENÁRIO DO MOVIMENTO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat,
privatum quod ad singulorum utilitatem pertinent.*
Eneo Domitius Ulpianus – Ulpiano

Ao tratar de um Direito Privado Constitucionalizado, é preciso ter presente uma série de cuidados com os desdobramentos de tal expressão. Afinal, admitir um Direito Privado Constitucionalizado não seria admitir a existência de uma dicotomia entre Direito Público e Direito Privado? Na esteira deste questionamento, é possível observar desde logo que o

estudo do Direito Privado Constitucionalizado passa pela compreensão sobre o movimento da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. A começar pela própria noção de *dicotomia*.

Dicotomia depende, para Bobbio, de dois requisitos essenciais, que podem ser entendidos como a divisão de um universo em *duas esferas*, conjuntamente exaustivas e reciprocamente exclusivas; e que tal divisão seja, ao mesmo tempo, total e principal, ou seja, que todos os elementos da disciplina nela encontram lugar e que outras eventuais dicotomias convergem em sua direção e se tornam secundárias, respectivamente.³ Esta contribuição do findo século XX auxilia no esclarecimento da gênese da relação dicotômica ora analisada. Entretanto, há que se regressar ainda mais no tempo para desvendar o papel do positivismo jurídico neste cenário.

Antes da origem do Estado, os homens (sobre)viviam em estado de natureza, isto é, segundo o Direito Natural.⁴ Hobbes especificou o direito natural como uma liberdade absoluta que possibilita ao homem o poder de fazer tudo aquilo que quiser, ou seja, a utilização de seu próprio poder, a fim de preservar a sua natureza, vale dizer, a sua vida. Se por algum prisma a liberdade absoluta possa soar positivamente, para Hobbes, este direito que o homem possui a todas as coisas, pode representar, examinando-o por outro ângulo, um direito a nada.⁵

Superada esta era, já no período de conformação social da Roma antiga, de passagem do *domus* à *civitas*, surge um embrião de *jus publicum* e com ele a necessidade de distingui-lo do já existente *jus privatum*.⁶ O que havia na época, então, era a simples distinção. Por conta disso, não obstante no longínquo período clássico romano tenha Ulpiano escrito a frase: ‘Direito Público é o que respeita à república romana; Privado, o que respeita ao interesse de cada cidadão.’⁷, curioso notar que a instauração da visão dicotômica do Direito Público e do Direito Privado representa um fenômeno recente.

A *distinção* se dá, para René David, em virtude de que ‘as relações entre governantes e governados geram problemas específicos, de natureza absolutamente diversa daqueles

³ BOBBIO, Norberto. *A grande dicotomia: público/privado*. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 13-14.

⁴ ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 17.

⁵ HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Tecnos: 1992. p. 28.

⁶ Enquanto *domus* era a organização primitiva em famílias gentílicas, com seus respectivos cultos privados; *civitas* era a conquista pela plebe do espaço político, acompanhada de um lento fenômeno de dessacralização do poder. COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 209. Rio de Janeiro, jul/set 1997. p. 44.

⁷ ULPIANUS, Eneo Domitius. ULPIANO - Digesto 1.1.1.2.

oriundos das relações de pessoas privadas entre si.⁸ Assim, repita-se, a *distinção* até pode ser antiga, mas não a *dicotomia* entre o Direito Público e do Direito Privado. Enquanto aquela é atribuída aos romanos, esta carrega consigo forte contribuição do positivismo jurídico. Mas diante de tal afirmação, um novo questionamento emerge: De que positivismo jurídico provém esta contribuição, afinal?

Para começar a responder ao questionamento, retoma-se o pensamento de Hobbes acerca da origem do Estado, no que diz com o contrato social. Se premidos pela necessidade de sair do estado de natureza, concordam os homens na conformação de um poder estatal. E se esta concordância ocorre a fim de que o seu representante – no caso de Hobbes, um soberano⁹ – baixe leis com o objetivo de reduzir o *medo* dos cidadãos, mais especificamente, o medo da morte violenta, imposta pela força do mais forte.¹⁰ É possível concluir que, seja como for a descrição que se dê da necessidade histórica da existência de leis, é incontestante que a vida em sociedade necessita de regras para a paz social. O homem aceitou a existência das leis, como um substituto racional da força.

E o pensamento de Hobbes concedeu argumentos para alicerçar não apenas a construção do positivismo, como também, na esteira, desta visão dicotômica. Isto porque, foi justamente essa concepção de Estado, enquanto entrega por todos de parcela de sua liberdade em prol do coletivo, que abriu espaço para o desenvolvimento da dicotomia, na França do final do século XVIII, mais precisamente durante a Revolução Francesa de 1789. Neste sentido, Ludwig assinala que ‘a dicotomia, como critério dotado de pretensão científica, veio afinal manifestar-se claramente através da técnica normativa adotada pelos países da família romano-germânica, a partir da Revolução Francesa.’¹¹ Em outras palavras, pelos países da *civil law*.

O sistema jurídico da *civil law* assenta-se, basicamente, em duas significativas influências: uma de matriz francesa, com a Revolução de 1789; e outra, de matriz alemã, com a Escola Histórica – primeiramente tendo em von Savigny seu maior expoente – e, posteriormente, com o movimento pandectista.¹² A matriz francesa é formada quando o

⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas jurídicos do Direito contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 67.

⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 38.

¹¹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Privado: A Superação da Dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes edireitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95-96.

¹² MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil Law – uma introdução aos*

Direito Francês, partindo de um direito consuetudinário pré-Revolução Francesa, observa a escola da exegese estabelecer uma caminhada jusracionalista baseada na lei, emprestando relevante contribuição à realidade jurídica até hoje experimentada.¹³ Em uma leitura crítica da sucessão de acontecimentos da época, Wieacker remonta a história, alertando para o objetivo político da França do final do século XVIII, início do século XIX, de uma nação única e indivisível, ideal este que sustenta o objetivo jurídico de ‘substituir o antigo particularismo feudal por um direito geral dos franceses baseado na razão.’¹⁴

Note-se que Wieacker não está sozinho neste ponto de vista lançado em direção ao advento da matriz francesa. Dentro de sua proposta aprofundar o entendimento da Escola Exegética para além dos conhecidos dogmas de ‘culto ao texto da lei’ e do ‘juiz como boca da lei’, Moraes aponta *a realidade* da época – *e seus fundamentos* ideológicos e políticos – como a principal responsável pela unitarização da fonte do Direito na lei. Prova disto, é que se no período de prevalência do direito consuetudinário, de natureza feudal, verificavam-se predominantemente desigualdades e privilégios, somente uma aplicação estrita do direito escrito (lei) poderia garantir as liberdades civis pretendidas.¹⁵

Mesmo alheio as causas que lhe serviram de estopim, fato é que a Revolução Francesa de 1789, com todos seus contornos e meandros, trouxe consigo uma nova realidade não apenas jurídica, como também – e especialmente – de ordem político-social. Realidade esta que, à época, como visto, pode/deve ser considerada uma conquista. A conquista de uma Constituição. E como foi nesta época que surgiu a Constituição, representativa do *outro pólo* da relação dicotômica¹⁶, instalou-se quase que naturalmente uma noção contraposta entre Direito Público e Direito Privado.

Não obstante seja a novidade da figura constitucional quem tenha dado vazão à dicotomia, Wieacker refere que só com o *Code Civil de 1804* efetivamente emerge a nova imagem da sociedade, baseada na igualdade jurídica dos cidadãos, na liberdade da esfera

sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 39.

¹³ MORAES, Maria Amália Dias de. *A Escola da Exegese – esboço de uma justificação histórica*. Estudos Jurídicos, vol. 22, nº 56, set/dez, 1989. p. 46.

¹⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 386.

¹⁵ MORAES, Maria Amália Dias de. *A Escola da Exegese – esboço de uma justificação histórica*. Estudos Jurídicos, vol. 22, nº 56, set/dez, 1989. p. 45.

¹⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Privado: A Superação da Dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 96.

jurídica dos particulares, especialmente fundada na liberdade contratual e econômica.¹⁷ É diante de uma nova concepção forte e estruturada de Direito Privado – codificado –, necessariamente afastado do Direito relacionado ao Estado, que a dicotomia ganha forma. Por estas razões que o positivismo exegético, contribuição jurídica francesa, parece ser a resposta para a pergunta sobre qual positivismo jurídico inaugurou a visão dicotômica entre Direito Público e Direito Privado.

Justamente desta ideia de unidade jurídica nacional, de liberdade civil e de independência – com raízes sensivelmente liberais –, é desencadeado um impacto mundial da atuação francesa capitaneada por Napoleão Bonaparte, primeiramente nos países geograficamente mais próximos como Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, e posteriormente nos países latinos. Com o passar do tempo, no entanto, os conceitos originários não restaram incólumes frente à ininterrupta busca pela evolução do pensamento. Se o século XIX iniciou – juridicamente falando – com o código napoleônico, é bem verdade que encerrou com a Escola Histórica alemã promovendo, através do movimento pandectista, uma reação ao jusracionalismo inaugurado na França aproximadamente cem anos antes.¹⁸ São estes fenômenos que podem ser inscritos no ‘princípio da história efetual’ que, segundo Gadamer, pode ser assim caracterizada:

[...] o interesse histórico não se orienta somente pelos fenômenos históricos ou pelas obras transmitidas, mas tem como temática secundária o efeito dos mesmos na história. [...] Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual.¹⁹

São estes efeitos da situação histórica que se procura resgatar, a fim de se possibilitar a adequada atribuição de sentido aos novos contornos que o Direito Privado assume a partir dos reflexos da Constituição do Brasil. Ligando o desenrolar histórico do positivismo jurídico com a questão da dicotomia, observa-se neste período de transição do século XIX para o século XX que público, na acepção estrita do termo, é tudo quanto respeita *essencialmente* ao

¹⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 390.

¹⁸ Em sua concepção pelos alemães, o termo *pandec* refere-se ao Direito como um sistema fechado, sem lacunas.

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4ª ed. vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 449.

Estado. Faz-se a ressalva que nem tudo, pois, que respeita à essência do Estado, respeita, igualmente, à pessoa do Estado. É da essência do Estado que tudo quanto essencialmente lhe diga respeito não se mude ou altere por vontade de particulares. Neste sentido, nem todos os atos do Estado, como pessoa, são, na verdade, essencialmente estatais.²⁰ Ludwig alerta, entretanto, para o fato de que, se no século XIX era mais fácil delimitar o *essencial do Estado*, dado que reconhecia apenas as liberdades negativas, tal situação se modifica sob a égide do Estado Social, o qual também passou a contemplar as liberdades positivas.²¹

De qualquer sorte, ao adentrar no século XX, o positivismo jurídico ganha nome: Hans Kelsen. Sua notoriedade no meio jurídico pode ser verificado especialmente através da *Teoria Pura do Direito*²², obra central que domina todo o seu pensamento. O positivismo jurídico kelseniano, em linhas muito gerais, determina um esquema de aplicação da lei do tipo subsuntivo, vale dizer, *um modelo de regras*, onde a fórmula abstratamente prevista na norma jurídica incide sobre um suporte fático, gerando assim o fato jurídico e impondo ao intérprete a conclusão a ser dada ao caso. Não havendo a possibilidade do perfeito encaixe entre os fatos descritos na norma, o juiz estaria autorizado a utilizar-se, dentre as *diversas possibilidades* abertas pela norma, isto é, dentro de uma *moldura*, aquela mais adequada para resolver o caso concreto.

Não pretende-se reproduzir o pensamento de Kelsen, pois a obra do autor é – ou ao menos *deveria ser*, com o perdão do trocadilho infame – amplamente conhecida. Como também são conhecidas as mais diversas críticas dirigidas ao positivismo jurídico kelseniano, isto é, ao seu legado. Parece interessante desenvolver, então, uma espécie de crítica da crítica aos positivismos jurídicos até aqui vislumbrados, quais sejam, o exegético e kelseniano.

Como dito, tem-se apontado a insuficiência do positivismo como Escola Jurídica, modelo teórico ou como fornecedor de ferramentas para a interpretação do Direito. As críticas são as mais variadas, atribuindo-lhe deficiências, incorreções ou inadequações, tais como a eliminação dos valores do mundo normativo; a desconsideração dos fatos na análise dos fenômenos jurídicos; o juiz como um autômato repetidor das normas legais.²³

Ao se deparar com sua obra, percebe-se que Hans Kelsen em nenhum momento negou

²⁰ LIMA, Ruy Cirne. *Direito Público e Direito Privado*. In: *Revista Jurídica*, nº 1, ano I. Porto Alegre: Sulina, jan-fev de 1953.

²¹ LUDWIG, Marcos de Campos. Op. cit. p. 97.

²² KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Ein leitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934.

²³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. v. 5, nº 2, jul/dez 2010. Belo Horizonte: Meritum, 2010. p. 17.

a existência de valores ou a importância dos fatos. Apenas fez a ressalva de que seu estudo se detém à perspectiva normativa. Isto fica claro quando, na sua Teoria Pura, empreende delimitar o conhecimento do Direito em face de outras disciplinas, o que Kelsen opta por fazer ‘não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas para evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.’²⁴

Tampouco parece possível relacionar inadvertidamente o positivismo kelseniano com o positivismo exegético, no tocante a um atrelamento do juiz ao texto da lei. Sobre isso, Streck expõe

desde quando obedecer a uma lei nos seus mínimos detalhes é 'ser um positivista'? Na verdade, confundem-se conceitos. Vejamos: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da *proibição de interpretar* corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas, que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um 'fechamento semântico' do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma 'questão menor' [...]. (grifo do autor)²⁵

Assim, ao contrário do que era verificado no positivismo exegético, há margem de discricionariedade para o aplicador do Direito no positivismo normativista. Margem esta encontrada na já referida *moldura*, dentro da qual o aplicador do Direito dispõe de *margens de escolha* para exercer sua atividade. A moldura decorre, na verdade, da aceitação de que existem *casos de indeterminação*. Para Kelsen, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, ainda que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito.²⁶ Esta passagem da obra central de Kelsen desmistifica a ideia de que o positivismo normativista corresponderia a uma amarra ao juiz, estando este adstrito ao texto legal.

Adiante no tempo, já na segunda metade do século XX, encontra-se no positivismo

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1-2.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 83.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 391.

jurídico idealizado por Herbert Hart uma concepção própria de Direito. O seu *Conceito de Direito*²⁷. Nesta obra, desenvolveu a ideia de ser o Direito a interrelação de regras primárias e secundárias, onde aquelas exigem ação ou abstenção do homem – sem levar em conta sua vontade para a implementação ou não –; e estas, parasitas das primárias, voltam-se à criação, modificação e extinção das regras primárias, através da utilização da regra de reconhecimento, das regras de alteração e das regras de julgamento.²⁸

Do ponto de vista externo, a existência da regra de reconhecimento é um fato; do ponto de vista interno, quando recebe aceitação, transforma-se em critério de validade das regras que integram o ordenamento jurídico. A partir desta linha de ideias, a regra de reconhecimento aparece como a regra mais relevante no sistema jurídico proposto por Hart, já que a ela todas as demais regras devem se reportar, inclusive regras de alteração e as regras de julgamento. Lançando esta forma de análise do sistema jurídico, busca corrigir o formalismo kelseniano, que parte de premissas exclusivamente normativas, esquecendo o ponto de vista externo. Assimila do realismo jurídico a crítica contra o formalismo jurídico, admitindo uma *textura aberta do Direito*.²⁹

Nessa linha, Hart aponta existirem determinados casos que provocam dúvidas sobre a aplicação da regra, o que denominou *zona de penumbra*. Esta seria fundamentada justamente na textura aberta do direito, produzida a partir da indeterminação dos padrões de comunicação escolhidos, o que o levou a defender abertamente a discricionariedade na aplicação do direito.³⁰ Assim, seja Kelsen, ao referir-se a uma moldura, seja Hart ao mencionar a textura aberta do direito, ambos apontam para a constante adequação da aplicação da norma ao caso concreto, o que se optou chamar de discricionariedade.

Nesta parte, pertinente avançar em uma análise crítica do positivismo jurídico, agora com a inclusão do pensamento de Hart. Se antes restaram pinceladas algumas críticas equivocadas sobre o positivismo, o mesmo não se pode dizer de Dworkin, que estabelece de forma consistente uma desconstrução do pensamento positivista, para então, criticá-lo. No tom irônico que lhe é peculiar, ele próprio ‘critica sua crítica’. Ou seria mais apropriado referir que ele ‘critica quem queira criticá-lo’?

Inobstante, Dworkin ataca abertamente o positivismo de Hart. Mas mesmo que seu

²⁷ HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

²⁸ HART, Herbert. Op. cit. p. 91-92.

²⁹ ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 66.

³⁰ HART, Herbert. Op. cit. p. 134.

arsenal argumentativo seja direcionado ao pensamento de Hart, impossível não vincular sua *tese da resposta correta* aos preceitos do positivismo jurídico kelseniano, como se pode abstrair – até com certa clareza – pela seguinte passagem da Teoria Pura do Direito:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, ainda que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.³¹

Afinal de contas, por que alguém iria elaborar uma tese crítica, se valendo da mesma expressão utilizada para justificar o que se pretende criticar, não fosse para escancarar o alvo de sua crítica? Posto de outra forma, ao denominar de ‘tese da resposta correta’ sua crítica ao positivismo, Dworkin deixa claro que irá enfrentar inclusive – e especialmente – os argumentos de Kelsen. Em contornos gerais, Ronald Dworkin buscou promover uma ruptura no até então vigente modelo de regras – e seu respectivo processo de validação – para um modelo de regras e princípios. Através dos argumentos de política e argumentos de princípio, expôs esta evolução. E, se utilizando do juiz Hércules como instrumento argumentativo, cuidou dos *easy* e *hard cases*, relacionando-os com a *tese da resposta correta*, a qual ora se procede uma análise mais detida.

A obra de Dworkin é conhecida por seus livros serem reuniões de ensaios diversos publicados pelo autor ao longo do tempo. Estes livros, embora retratem uma evolução natural do pensamento do autor, são desprovidos de uma meticulosa preocupação didática. Assim, em todas suas obras, em ao menos algum ensaio, aborda a questão da resposta certa. Primeiramente deve ser compreendida a tese da resposta correta e como ela acha-se inserida na obra do autor; nesse liame, procedendo à desconstrução antes mencionada, há que se aferir o que pretende o autor ao apresentar a tese de nenhuma resposta correta, bem como os argumentos que a sustentam.

Na obra *Levando os Direitos à Sério* de 1977³² já faz referência aos *hard cases*. No capítulo 4, ao explicar o que são casos difíceis, realiza a importante separação entre princípios jurídicos e objetivos políticos. No *Império do Direito* de 1986³³, ao tratar das leis, volta a discorrer acerca do método Hércules na resolução de casos difíceis. Mais recentemente, no

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 391.

³² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

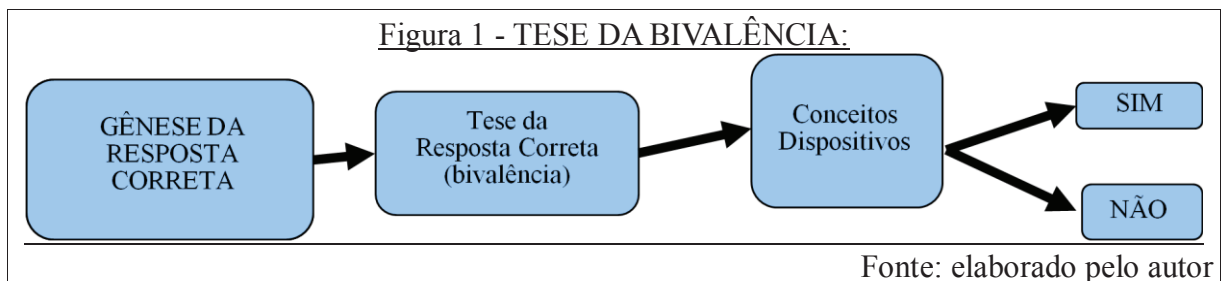
³³ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. 1ª ed (em português). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

livro *Justiça de Toga* de 2010³⁴ também reserva uma parte para tratar da “miscelânea da resposta correta”.

Mas é no livro *Uma Questão de Princípio*, original de 1985³⁵, onde Dworkin trata mais detidamente da resposta correta. Sendo este livro também um conjunto de ensaios, nele há um artigo originalmente publicado em 1978. Trata-se do ensaio denominado ‘*Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?*’³⁶, onde é verificado um cuidado estrutural da matéria. Aqui, o autor: primeiro apresenta a(s) tese(s); depois apresenta os argumentos da tese; na sequência, derruba os argumentos – em uma espécie de desconstrução –, através de uma crítica à tese; e, a partir daí, eliminando argumentos, há um processo de exclusão – refuta tal tese –. Não é apresentado um interesse genuíno em estabelecer uma nova tese; mas, ao refutar teses, por exclusão, ele se permite – ou é possível – projetar uma nova possibilidade.

Dworkin coloca algumas questões centrais da(s) tese(s), relevantes para o estudo: o juiz deve buscar a resposta certa ainda que a comunidade esteja dividida sobre qual é a resposta certa? Ou é mais realista dizer que simplesmente não há resposta certa para a questão? E elenca como objetivos: analisar caso haja efetivamente resposta certa; demonstrar o significado da tese de nenhuma resposta certa; e demonstrar porque são raríssimos os casos de não haver resposta certa.³⁷

Inicia a análise apresentando a *tese da bivalência*, onde dispositivos são certos conceitos jurídicos (contrato válido, crime, etc) que implicam em uma decisão *prima facie* ‘sim’ e sua negação ‘não’, onde a resposta certa será ‘sim’ ou ‘não’. Aponta que se isso é verdade, então todos os casos com questões dispositivas têm resposta certa. E sua crítica vai no sentido de que: é verdade que uma troca de promessas sempre constitui ou não um contrato válido?³⁸ A tese da bivalência, assim, poderia ser ilustrada da seguinte forma:



³⁴ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª ed (em português). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed (em português). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

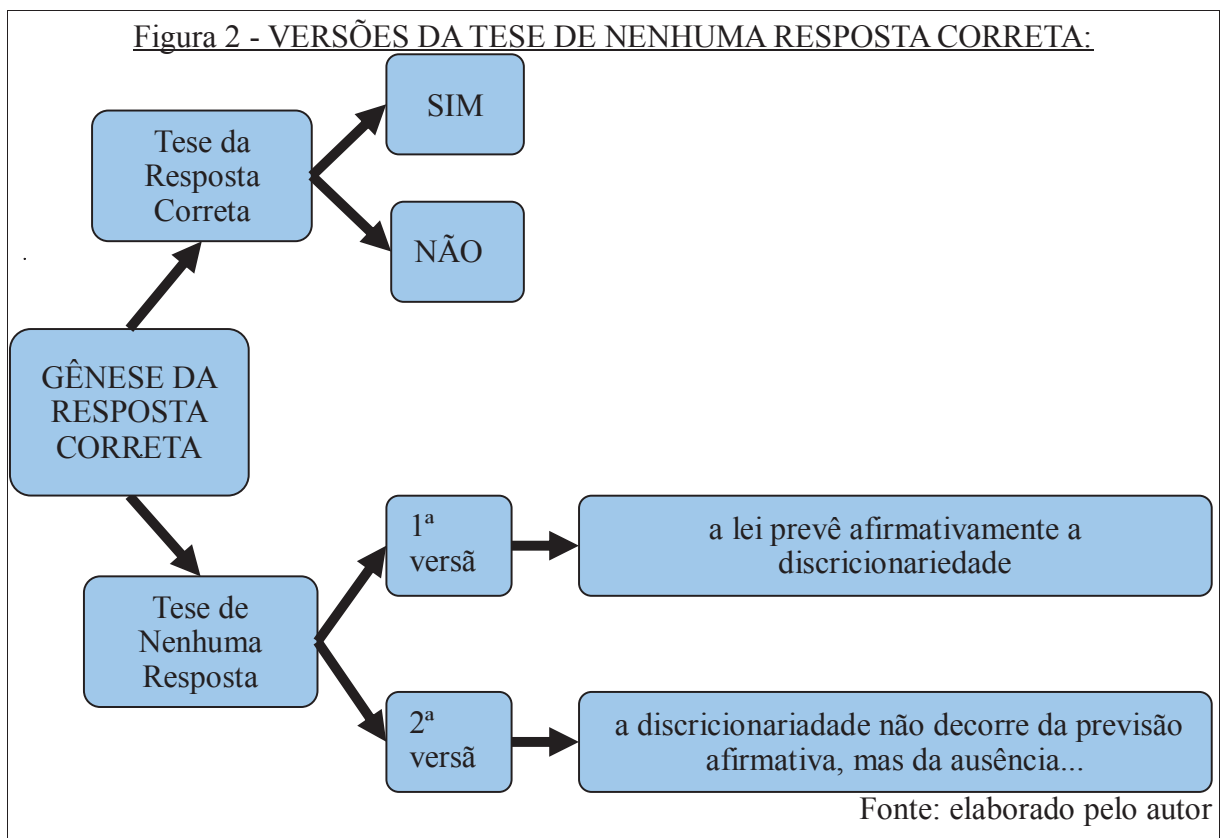
³⁶ DWORKIN, Ronald. *No right answer?* New York: NYU Law Review, 53, nº 1, abril 1978.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 175.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 178.

Logo se verifica que a tese da bivalência é limitada, para dizer o mínimo. Na verdade, parafraseando Streck, é possível afirmar que a tese da bivalência ‘tropeça no primeiro vendedor de picolés.’³⁹ Adiante, adentra-se na *tese de nenhuma resposta correta*. Segmentada em duas versões, a raiz comum desta tese é a de que *a bivalência não é válida*. Entretanto, há uma ambiguidade na tese de que não há resposta certa, pois: ambas versões negam tanto o ‘sim’ quanto o ‘não’; negam que a tese da bivalência é válida para conceitos dispositivos importantes; mas divergem quanto ao caráter do argumento que cada uma propõe. Na primeira versão, a lei prevê afirmativamente a discricionariedade, referindo que: ‘Caso não haja resposta certa, o juiz pode decidir discricionariamente’. Já na segunda versão, a discricionariedade não decorre da previsão afirmativa, mas da ausência. Isto é, ‘Como a lei não prevê nada, o juiz pode fazer o que quiser’.⁴⁰

A questão, tal como até aqui abordada, pode ser representada pela seguinte figura:



³⁹ Na medida em que o contrato de compra e venda de picolés é celebrado diariamente com pessoa absolutamente incapaz. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 115.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 179.

Na primeira versão, denominada *Terceira Possibilidade*⁴¹, ‘sim’ e ‘não’ não esgotam o *espaço lógico* que ocupam. Isto implica em dizer que, nesses casos, há uma terceira possibilidade independente que ocupa esse espaço entre ambos. No caso de crimes, por exemplo, a pena mínima prevista para determinado delito é de 3 anos e a máxima de 5 anos; a defesa pede o mínimo e a acusação, o máximo; não há dever de o juiz decidir nem de um lado, nem de outro. O juiz pode decidir ser o réu culpado, inocente ou ainda decidir pela não condenação por falta de provas. Nesse caso, verificam-se os conceitos jurídicos dispositivos (sim e não) mais um *conceito distinto*. Trata-se de uma ‘afirmação semântica que recorre a uma prática linguística’.⁴²

A crítica apresentada por Dworkin vai no sentido de que, seguindo esta versão, não é possível apenas referir que ‘o espaço é ocupado pelo poder discricionário...’. Deve existir um espaço paralelo, um conceito distinto. No entanto, isso não pode retirar o dever *prima facie* do juiz, sob pena de desvirtuar o próprio instituto. O contrato continua contrato, o crime continua crime, etc.

Mas seguindo esta versão, se achar que ‘sim’ é ‘sim’ e ‘não’ é ‘não’, ou seja, a negação diametralmente oposta, a terceira possibilidade aparece como uma consequência inequívoca. Mas não é porque o ‘sim’ não é ‘sim’, que o ‘não’ é ‘não’. Valendo-se dos exemplos, não é porque o contrato ‘não é válido’, que será ‘inválido’! A necessidade de conceitos (distintos) que tenham essa função na argumentação jurídica surge porque os conceitos de direito e dever em que se inserem as afirmações conclusivas são estruturados, isto é, porque há espaço entre as afirmações conclusivas opostas.⁴³

A segunda versão restou dividida em três argumentos (ou exercícios literários): imprecisão (ou textura aberta da linguagem jurídica); estrutura oculta (ou positivismo); e controvérsia (ou contestação dupla). Embora também tenha por premissa que a bivalência não é válida, para este primeiro exercício literário, a *imprecisão*, não há uma terceira possibilidade. Apenas pode ser um erro dizer que ‘sim’ ou que ‘não’. Recebeu este nome, pois o que verifica-se aqui é uma imprecisão da linguagem (contrato válido, meia-idade, etc.).

A popularidade desta ideia se baseia na incapacidade de distinguir entre o *fato* e as *consequências* da imprecisão na linguagem jurídica consagrada; confunde-se termo impreciso

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 181-184.

⁴² DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 182.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 184.

com conceito que admite concepções diferentes; a imprecisão na linguagem jurídica produz necessariamente indeterminação nas proposições de Direito. Em síntese, a ideia geral de que algumas questões jurídicas não têm nenhuma resposta certa porque a linguagem jurídica às vezes é imprecisa, não resulta da imprecisão. Neste sentido, não há nenhuma razão para supor que não se pode encontrar nenhuma teoria geral da legislação que ofereça uma resposta para a questão do que acontece à lei, quando alguma instituição usa linguagem imprecisa.⁴⁴

O segundo argumento da segunda versão da tese de nenhuma resposta correta cuida do *positivismo*, onde verifica-se, em relação à bivalência, que determinada situação não é ‘sim’ nem ‘não’ porque não enfrentou/vivenciou/experimentou aquela questão ou situação específica. Trata-se da ideia comumente aceita de que a lei (em sentido amplo) existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humanas. É aquela velha projeção ao passado... segundo um modelo de regras.

Para Dworkin, a afirmação de que não há nenhuma resposta certa para determinado caso é o mesmo que permitir a discricionariedade! Em outras palavras, nenhuma resposta correta é igual a discricionariedade. Assim, se um positivista deseja argumentar que não há resposta certa, então ele precisa demonstrar que nossa prática jurídica é como a primeira forma do exercício literário e não como a terceira. Contudo, se o sistema é mais parecido com a primeira do que com a terceira, estaremos diante de uma questão de fato. Mesmo aceitando que a análise geral de Direito sustenta que proposições jurídicas não são diretamente verdadeiras nem falsas em relação a algum parâmetro externo, mas antes, proposições cuja afirmação ou negação é permitido por regras básicas que variam com a prática, nada podemos inferir, a partir dessa Teoria Geral do Direito, quanto à medida em que a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta é verdadeira para qualquer questão jurídica específica.⁴⁵

A terceira forma de exercício literário da segunda versão trata da *controvérsia*. Este argumento pode ser apresentado como *tese da demonstrabilidade*, onde: se não é possível *demonstrar* que uma proposição é verdadeira; depois que todos os *atos concretos* sejam conhecidos; então ela não pode ser verdadeira. Para compreendermos a tese da demonstrabilidade, se faz necessário conhecer o que o autor entende por ‘atos concretos’ e por ‘demonstrar’, senão vejamos:

Com ‘atos concretos’ quero designar fatos físicos e fatos relativos ao

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 192-193.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 201.

comportamento (incluindo os pensamentos e as atitudes das pessoas). Com 'demonstrar' quero dizer fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade.⁴⁶

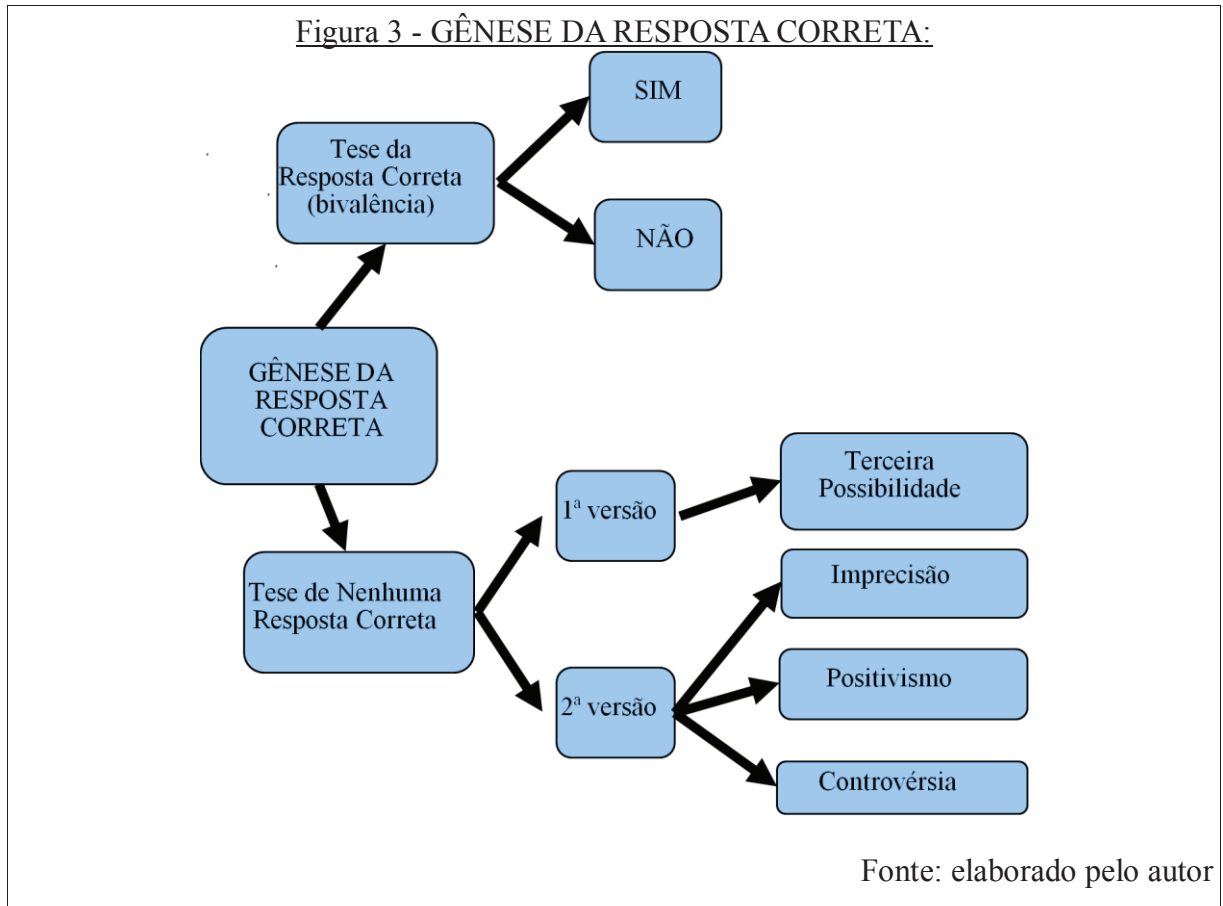
Caso este argumento esteja certo, então há questões jurídicas para as quais não há nenhuma resposta correta (por exemplo, contrato válido), isso porque: nem a proposição de que algum conceito dispositivo é válido; nem a proposição de que ele não é válido; podem ser verdadeiras. Mas o mesmo vale para a proposição contrária (contrato inválido), pois: como nenhuma das proposições pode ser verdadeira; e como se supõem que elas esgotam o âmbito de respostas possíveis; logo, não há nenhuma resposta correta para a pergunta. Mas porque aceitar a tese da demonstrabilidade?

Quem abraça uma forma estrita de empirismo na metafísica irá aceitá-lo (fatos no mundo é igual a fatos concretos). Supondo que exista alguma outra coisa no mundo além dos fatos concretos, a tese é falsa. Não há a pretensão, pelo autor, de tornar plausível a ideia de que os fatos morais existem, mas sustentar a ideia de que existem alguns fatos, além dos fatos concretos.⁴⁷ Com isso, conclui que a terceira forma de exercício literário cria problemas para a tese da demonstrabilidade.

Há diferenças importantes entre a ideia de coerência empregada nessa descrição do raciocínio jurídico; e a ideia de coerência narrativa utilizada no exercício literário. Raciocínio jurídico corresponde à coerência normativa, que é mais complexa que a coerência narrativa; além disso, introduz novos fundamentos para afirmações de subjetivismo. Esta comparação talvez ajude a explicar porque é razoável supor que pode existir uma resposta correta para a questão de se o contrato é válido, mesmo que a resposta não possa ser demonstrada. Também é útil por ajudar a compreender por que, embora rejeite a tese da demonstrabilidade e, portanto, rejeite a ideia de que não existe nenhuma resposta correta sempre que a resposta certa não seja demonstrável, seria razoável dizer que *em certos casos muito especiais* não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 204.

⁴⁷ Para embasar o argumento, aponta que '[...] determinada instituição social, como a escravidão, pode ser injusta, não porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convenções segundo as quais ela é injusta, ou qualquer coisa do tipo, mas apenas porque a escravidão é injusta.' DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 206.



Ao cuidar das duas dimensões: dimensão da adequação; dimensão da moralidade política; aponta que é ainda mais improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta certa. Com isso, Dworkin afirma que ‘A questão de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico (e se tais casos são raros ou numerosos) não é uma questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos EUA e Grã-Bretanha.’⁴⁸ Embora pensada com base no sistema jurídico anglo-americano, a tese é perfeitamente adaptável e aplicável ao sistema da *civil law*. Segundo Streck, aquilo que Dworkin parece buscar ‘fora’ do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias e sociais, como a brasileira.⁴⁹

Dworkin observa o raciocínio jurídico como um exercício de interpretação construtiva. Nessa linha, o Direito se manifesta como um conceito interpretativo partindo de uma

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 213.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 315.

perspectiva do caso concreto. A necessidade de superação da discricionariedade, isto é, de encontrar a resposta certa, decorre do fato de que o modelo de regras positivista possibilita aos juízes empreenderem decisões instituidoras de direitos – como se fossem legisladores – quando, na ausência de solução específica, decidem os casos não albergados pelas regras.⁵⁰

O positivismo jurídico tradicional simplifica o Direito, ao descrevê-lo como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas, com respeito a um critério de validação. E é esta simplificação que dá margem para o estabelecimento da dicotomia. O Direito não opera dessa maneira, pois existem referências diferentes das regras, tais como os princípios e as políticas que escapam a essa medida. Enquanto as regras são normas aplicáveis na forma do tudo ou nada, já que aplicáveis apenas quando surgem as condições que elas próprias fixam, os *princípios* são normas que não firmam uma consequência jurídica precisa diante de uma circunstância igualmente precisa; eles expressam considerações de justiça, equidade, ou outras dimensões da moralidade. Ou seja, os princípios não estabelecem uma solução unívoca para as controvérsias em que são aplicáveis, de tal modo que diferem das regras em sua operacionalidade lógica.⁵¹

Nessa linha, ao tratar do juiz Hércules, Dworkin manifesta que ele só terá cumprido seu dever se mostrar que a decisão que ele tomou é compatível com princípios estabelecidos e, portanto, equânime. Neste ponto, igualmente importante mencionar as *ordenações vertical e horizontal*. A natureza gradativa da ordem vertical implica em dizer que a decisão deve sempre respeitar os diversos níveis, de tal modo que a justificação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados. Importa ressaltar que o mais alto nível configura-se na estrutura constitucional, isto é, nenhuma resposta (decisão judicial) pode ser considerada correta se não respeitar a Constituição, atribuindo-lhe efetividade.⁵²

Em outras palavras, ao compreender-se que não haver nenhuma resposta correta é o mesmo que relegar a decisão à discricionariedade judicial; e que as bases a partir das quais deve ser compreendida a *resposta correta* proposta na obra *Verdade & Consenso*, são de que no lugar do sujeito solipsista, auto-suficiente, *consciente de si*, colocam-se os limites desse sujeito, que são as condições histórico-concretas (sempre lembrando a questão da tradição, da coerência e da integridade, para inserir essa questão na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica), tem-se que a resposta correta será a resposta

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 213.

⁵¹ Ibidem. p. 214.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 216.

constitucionalmente adequada.⁵³

Streck vislumbra que é em Dworkin – com ele e indo além dele – é possível projetar de modo mais significativo uma teoria hermenêutica do Direito num sentido pós-positivista. No livro *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, aponta alguns pontos em comum entre o pensamento de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer, dentre os quais: i. a coincidência entre a *correção interpretativa* em Gadamer e a *tese da resposta correta* em Dworkin; ii. o papel que a história desempenha em ambas teorias; iii. o significado prático dado à tarefa interpretativa; iv. o enfrentamento da discricionariedade positivista; e v. a construção da integridade do direito.⁵⁴

A proposta da hermenêutica jurídica, vislumbrada no conjunto da obra do professor Lenio Streck, passa por uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é a única nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’⁵⁵. Uma teoria da decisão judicial capaz de superar a discricionariedade surge quando afigura-se que os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade nas decisões que proferem. Restrições estas que denominou ‘constrangimentos epistemológicos’ ou ‘censuras significativas’.⁵⁶

Ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, Dworkin coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição.⁵⁷

Concluindo, no ensaio *No right answer?*,⁵⁸ responsável por esmiuçar a tese da resposta correta, foi possível vislumbrar um apoio para a compreensão da relação estabelecida entre Direito Privado Constitucionalizado e a Dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Se por um lado contrapõe os argumentos positivistas inseridos no modelo de regras, inserindo a figura dos princípios e buscando estabelecer uma interpretação do Direito voltada para a Constituição; por outro, a introdução de um modelo de regras e princípios por Dworkin

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 311.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 102.

⁵⁵ Ibidem. p. 105.

⁵⁶ Ibidem. p. 108.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *No right answer?* New York: NYU Law Review, 53, nº 1, abril 1978.

ajudou a viabilizar que os operadores do Direito se valessem – erroneamente – de princípios constitucionais para aplicação direta e imediata ao Direito Privado, em franca miscelânea, tendo como via de consequência a alvancagem da dicotomia.

Ao galgar sua busca pela única resposta correta, acabou precisando percorrer as mais diversas facetas do positivismo jurídico, logo, da dicotomia, motivo pelo qual o estudo se debruçou sobre sua contribuição. Entretanto, como dito, a aplicação desmedida – e desorientada – das portas que se abriram com a introdução dos princípios, permitiu o que denominou-se a *sobrevivência da dicotomia*⁵⁹, deixando incerto seu futuro no cenário do Direito Privado Constitucionalizado.

2.2 DIREITO PÚBLICO *VERSUS* DIREITO PRIVADO E O FUTURO(?) DA DICOTOMIA

*Iuris praecepta sunt haec:
honeste vivere, neminem laedere et suum cuique tribuere.*

Eneo Domitius Ulpianus – Ulpiano

Compreendidos o envolvimento do positivismo e sua crítica, no que se relaciona com a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, notadamente no âmbito europeu – onde se vislumbra a gênese desta segmentação diametralmente oposta –, imprescindível compreender este desenrolar no Direito Brasileiro. Se em termos globais a dicotomia restou estabelecida com o advento da codificação civil – Código Napoleônico de 1804 –, fruto da doutrina individualista e voluntarista, no Brasil ocorre da mesma forma, ou seja, com a vigência do Código Civil de 1916, no início do século XX. Segundo Tepedino, ‘àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo’⁶⁰.

No modelo do Código Civil Brasileiro antigo, tal como nas codificações européias oitocentistas, ‘o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas, no qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto’⁶¹. Nesta receita, as disposições definitórias, tais como as da casuística, tem um caráter de rigidez ou imutabilidade, o qual acompanha a pretensão de completude, isto é, a ambição de dar resposta

⁵⁹ Expressão utilizada em: LUDWIG, Marcos de Campos. Op. cit. p. 98 e seguintes.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁶¹ IRTI, Natalino. *L’eta della decodificazione*. Milão: A Giuffrè, 1989. p. 8.

legislativa a todos os problemas da realidade.⁶²

Quando de sua criação, o Código Civil de 1916 representava a garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O Direito Público, por sua vez, não interferia na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. Desta forma, as leis extravagantes, se contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo a não desmentir o sentido de completude e de exclusividade pretendido pelo Código.

Em um segundo momento do percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas, o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista, expressão da política legislativa do *Welfare State*, que se corporifica a partir dos anos 30, com assento constitucional em 1934.⁶³ Verifica-se, então, um princípio de ‘invasão’ do Direito Público sobre o Direito Privado.

As duas grandes guerras mundiais desencadearam a necessidade de mudanças bruscas na forma do Direito se posicionar em relação à sociedade. Neste período pós-guerras, assumem as Constituições compromissos que devem ser levados a cabo pelo legislador ordinário. Demarcam os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens. A Constituição brasileira de 1946 é um bom exemplo desta tendência.

Verifica-se, neste dado momento histórico, uma guinada na relação entre Direito Público e Direito Privado, posto que a evolução do pensamento jurídico da segunda metade do século XX acena criticamente contra o modelo positivista inaugurado com Kelsen. Aponta para a falibilidade da ideia de que a aplicação do Direito resta circunscrita a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema dinâmico de normas feito pelo Estado, excluindo-se quaisquer elementos de natureza metafísico-valorativa. A partir dessa orientação, é fortalecido o paradigma assente na discussão metodológica que sustenta ser a aplicação do Direito uma atividade dialética e que tem como cerne a racionalidade no saber jurídico como permanente construção, repercutindo valores. Caracteriza-se, assim, a denominada etapa pós-positivista

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 139. Brasília, 1998. p. 8.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 5-6.

do Direito.⁶⁴

O pós-positivismo tem como pano de fundo, a grosso modo, o reconhecimento de que o método juspositivista dos séculos anteriores não correspondia mais às perplexidades e inseguranças criadas por um mundo de novos e variados valores. Toma-se, como clássica amostra, as atrocidades do nazismo, perpetradas com respaldo normativo. É possível afirmar que o ensaio de Konrad Hesse, juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, intitulado *Die normative Kraft der Verfassung* de 1959, literalmente traduzido como ‘A força normativa da Constituição’, foi responsável pela referida virada histórica da ideia de Constituição como elemento de direção política do Estado para a Constituição como documento de eficácia jurídica *in re ipsa*, dotado de potencialidade de produzir efeito determinante e regulador da realidade social e histórica.⁶⁵

A crítica maior que se faz ao positivismo, dizendo-se inclusive que o mesmo estaria superado, diz respeito à *constatação da existência dos princípios*, princípios estes que seriam norteadores e basilares no sistema, e que difeririam das regras, eis que, diferente delas, admitiriam a sua interconvivência, ao contrário das regras que admitem aplicação do tipo ou tudo ou nada. Passando para o modelo de subordinação do ordenamento jurídico aos direitos fundamentais, abrem-se as portas, como dito, para os princípios e, dada sua evidente abstração, às tentativas de solucionar as colisões entre eles e suas relações com as regras, continentes de elementos mandatórios *prima facie*. O Tribunal Constitucional Federal alemão faz uso dos direitos fundamentais como *ultima ratio* do processo de correção e de adequação do direito posto. Não é sem razão que a *Grundsgesetz* dá legitimidade ativa para provocar o Tribunal diretamente quando houver violação de direitos fundamentais, por meio da *Verfassungsbeschwerde*.⁶⁶

Como recurso lógico comum a todas essas inflexões por que passam a filosofia e teoria jurídicas contemporâneas, exsurge o primado da normatividade e hermenêutica dos princípios. Nessa linha, os princípios constitucionais são o *locus* no qual a necessidade de convivência respeitosa entre os espaços do jurídico-constitucional e da deliberação majoritária e democrática talvez se mostre mais visível. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao *império da vontade*: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a

⁶⁴ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica-Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 448-480.

⁶⁵ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20ª ed. Auflage, 1999. p. 17.

⁶⁶ HESSE, Konrad. *Direito Constitucional e Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 151.

organização da família, e demais matérias típicas de Direito Privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.⁶⁷ O Código Civil de 1916 perde, assim, definitivamente, seu papel de *Constituição do Direito Privado*⁶⁸.

Tratando-se a Constituição de ambiente natural dos princípios jurídicos, esses constituem a síntese dos valores principais da ordem jurídica. Assim, os princípios constitucionais, além de refletirem a própria essência do regime político adotado e os exatos valores supremos da ordem jurídica, enquanto normas superiores e axiologicamente orientadas – função fundamentadora –, exprimem, também, a função de disposição efetiva, subsumível ao caso concreto, ainda que, prefacialmente, não possuam endereçamento definitivo.⁶⁹

A síntese desta nova forma de se enxergar a Constituição como estrutura normativa de princípios, dotada de força normativa, constitui a base do que veio a se chamar neoconstitucionalismo. Enquanto corrente jusfilosófica, o neoconstitucionalismo se identifica com três grandes transformações: a) reconhecimento da forma normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; e c) desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. O neoconstitucionalismo, a perda de dignidade da legislação e a expansão exagerada dos princípios são elementos que colocam em debate a autonomia e o estatuto epistemológico do Direito Civil.⁷⁰

Justamente neste ponto Ludwig retrata a *sobrevivência da dicotomia*, ao mencionar os processos de publicização do privado e, no sentido contrário, da privatização do público. Em síntese: enquanto o primeiro estaria representado na intervenção dos poderes públicos no campo econômico privado – subordinados aos interesses da coletividade –; o segundo estaria representado pelo individualismo exacerbado, onde o Estado vem sendo *tomado* pelas grandes empresas e conglomerados econômicos, em uma espécie de *novo feudalismo*. Tratadas reciprocamente como uma *invasão* ou uma *interferência* na esfera alheia, salienta que só é possível falar nestes *processos* quando se aceita e aplica a perspectiva dicotômica da distinção estudada.⁷¹

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7.

⁶⁸ GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e as suas atuais fronteiras*. Fasc. Civ. Ano 87. v. 747. RT, jan 1998. p. 41.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 171.

⁷⁰ VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição Comemorativa, 20 anos. Distrito Federal, 2009. p. 561.

⁷¹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Privado: A Superação da Dicotomia*. In: MARTINS-

Ocorre que o próprio Direito Civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes. Este mecanismo é consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil de 1916, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante.

Este novo momento de aplicação do Código Civil de 1916, onde já sob a vigência da atual Constituição da República aparecem leis como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Locações, dentre outros, é tratado como a *era dos estatutos*⁷². Na realidade, esta substituição do monossistema – representado pelo Código Civil – pelo polissistema – formado pelos estatutos, enquanto verdadeiros microsistemas do Direito Privado – recebeu a alcunha por Natalino Irti, de a *era da descodificação*⁷³.

Surgem como características desses estatutos: i) uma legislação de objetivos, onde o legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes; ii) a alteração radical na linguagem empregada pelo legislador, menos jurídica e mais setorial, dirigida; iii) o advento de leis de incentivo, onde, ao invés de reprimir, propõe vantagens ao destinatário da norma jurídica, para com isso atingir os objetivos propostos por tais leis; iv) a imposição de inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, onde o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais; e por fim, v) o caráter contratual de tais estatutos, onde ao invés de legislar de maneira geral e abstrata, aparece a figura do legislador-negociador, que produz a normatização para determinados grupos – locador-locatário, fornecedor-consumidor, etc.⁷⁴ Norberto Bobbio identificou este movimento como ‘a função promocional do Direito’, tratado em suas minúcias na obra *Da estrutura à função*.⁷⁵

É neste cenário descodificatório e de novas diretrizes constitucionais que surge o

COSTA, Judith. A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98-99.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 8.

⁷³ IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Milão: A Giuffrè, 1989. p. 29.

⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 9-10.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.

Código Civil de 2002. E com ele, alguns pertinentes questionamentos. O primeiro deles: qual o papel do Código Civil nos dias atuais? E o segundo: como compatibilizá-lo, do ponto de vista hermenêutico, com as leis especiais e com a Constituição da República?⁷⁶

Diz-se que o novo Direito Civil, também denominado Direito Civil constitucionalizado, repersonalizado, despatrimonializado, voltou-se para princípios e valores por muito tempo esquecidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato, da função social da propriedade⁷⁷. Tepedino questiona:

O direito privado é tido, por inúmeras vezes, como socializado, publicizado, constitucionalizado, despatrimonializado. Tais designações estariam a significar, afinal, uma absorção do direito privado pelo direito público ou, muito ao contrário, indicariam tão-somente uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos – do direito privado e do direito público –, a exigir do intérprete redobrado esforço elaborativo para compreender o fenômeno?⁷⁸

Embora tais perguntas se mostrem de extrema relevância, necessário antes compreender a técnica legislativa adotada. Quando da elaboração do projeto do novo Código Civil, questionou-se se, no campo da regulação jurídica privada, seria necessário, para ocorrer o progresso do Direito, recorrer-se sempre à punctual intervenção legislativa ou se o próprio sistema legislado poderia, por si, proporcionar os meios de se alcançar a inovação, conferindo aos novos problemas soluções *a priori* assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização. Afinal, um Código não-totalitário poderia apresentar janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.⁷⁹

Diante de uma resposta afirmativa, a elaboração do Código Civil, posteriormente aprovado em 2002, restou pautada em cláusulas gerais, as quais fogem – e porque não, contrapõem – a técnica da casuística antes vivenciada. Em uma primeira reflexão, parece claro que a sua inspiração vem da própria Constituição de 1988, farta em modelos jurídicos

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 2.

⁷⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. v. 5, nº 2, jul/dez 2010. Belo Horizonte: Meritum, 2010. p. 20.

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: *As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 139. Brasília, 1998. p. 6.

abertos. Segundo parcela da doutrina, as cláusulas gerais, mais do que um “caso” da Teoria do Direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios e valorativos, ainda inexpressos legislativamente, viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo. Tem-se hoje, então, não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana. Indo além, para Martins-Costa:

os códigos civis mais recentes e certas leis especiais têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, não mais enucleando-se na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação puntual e pormenorizada de suas consequências. [...] Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.⁸⁰

As cláusulas gerais, segundo Martins-Costa, trariam consigo a vantagem da mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos que contém, pelo que restaria afastado o risco do imobilismo, porquanto utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade. Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Esta disposição não casuística é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.⁸¹ Entretanto, nem todos os juristas enxergam desta forma. Se anteriormente foi possível vislumbrar a crítica de Dworkin ao positivismo normativista kelseniano e, especialmente, ao preconizado por Hart, também se

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 139. Brasília, 1998. p. 7.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 8.

observa na sua contribuição uma crítica veemente ao exercício literário da imprecisão, trabalhado com vagar no item anterior.

De qualquer sorte, fato é que a concreção das cláusulas gerais inseridas no Código Civil, com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais, evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que ao surgimento de cada problema novo não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa. Assim, a mais relevante função das cláusulas gerais está em viabilizar a compreensão do conceito contemporâneo de *sistema*, o que se apresenta relativamente *aberto* (viabilizando a introdução de novas hipóteses, sem, contudo, dispersar-se na cacofonia assistemática), *móvel* (marcado pelo dinamismo entre as hipóteses que contempla nas suas várias partes) e *estruturado* em graus escalonados de privatismo e publicismo.⁸²

A interpretação do Direito Público e do Direito Privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. As instâncias de controle social instituídas, em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica. As constituições contemporâneas e o legislador especial utilizam-se de cláusulas gerais convencidos que estão da sua própria incapacidade, em face da velocidade com que evolui o mundo tecnológico, para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere.⁸³

Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, as cláusulas gerais atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é enviar ao juiz critérios aplicativos determináveis – ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais –, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Mesmo se valendo de todas as ressalvas apontadas por Dworkin, em razão dessas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, não legal. As cláusulas gerais permitem facilitar essa migração, viabilizando a inflexão ponderada, no ordenamento privado, dos princípios da Constituição, fazendo com que as esferas do Direito

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 139. Brasília, 1998. p. 11.

⁸³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

Público e do Direito Privado não restem seccionadas por intransponível muro divisório.⁸⁴

Em razão da potencial variabilidade do seu significado, as cláusulas gerais permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia.⁸⁵ Daí a inevitável alteração dos confins entre o Direito Público e o Direito Privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do Direito Público e qual o território do Direito Privado.⁸⁶

Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do Direito Público e do Direito Privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de Direito Privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. Segundo Clóvis do Couto e Silva, o Direito exige o assentamento de um ‘núcleo valorativo e de uma técnica relativamente unitária ou comum entre os vários conjuntos normativos que o compõem, sob pena de incompreensibilidade absoluta e, inclusive, inaplicabilidade, no Direito Privado, dos valores e diretivas constitucionais.’⁸⁷

Assim, para a efetiva compreensão do Direito Civil, tal concebido para este começo de século XXI, com a inclusão de cláusulas gerais no ordenamento jurídico privado, a atividade interpretativa do civilista deve superar alguns graves preconceitos, que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Primeiro, não se pode imaginar, no âmbito do Direito Civil, que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. Segundo, não pode se valer dos princípios constitucionais como princípios gerais do Direito. Terceiro, não pode o operador manter-se apegado à necessidade de regulamentação casuística.⁸⁸

O primeiro apontamento decorre da força normativa da Constituição, conforme já alertara outrora Konrad Hesse. Não atentar ao segundo cuidado apontado, que indiretamente também decorre do pensamento do referido juiz alemão, representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 8-9.

⁸⁵ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 137.

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 21.

⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. *O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. n. 40. Porto Alegre: Ajuris, 1987. p. 128.

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 18-19.

retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que, dessa maneira, só seriam utilizados em sede interpretativa na omissão do legislador, e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária. Por fim, caso fosse pretendido manter o estilo linear do Código Civil de 1916, no qual todas as situações-tipo eram previstas pormenorizada e detalhadamente, correr-se-ia o risco de relegar à ineficácia as cláusulas gerais – não só aquelas introduzidas na Constituição –, mas as inúmeras normas com a mesma técnica de que se valem os estatutos.

Entretanto, ‘a ampliação do catálogo de direitos fundamentais, especialmente quando eles avançam por campos virgens como os do Direito Privado, fez abrir a caixa de Pandora aos juristas, em eterna busca pelo Graal do ‘fator de correção perfeito’’.⁸⁹ Para evitar uma rota de colisão, Raiser propõe que seja aceita a *distinção* entre Direito Público e Direito Privado, repelindo tanto a perspectiva dicotômica quanto a unitária. Isto porque vivemos em uma sociedade extremamente mais complexa, polimorfa em suas relações intersubjetivas, que aquela – de matriz política classicamente liberal – na qual surgiu a noção dicotômica. Não é mais possível dividir o Estado da sociedade civil em sistemas diametralmente separados, estanques, fechados cada um em si. Isso equivale, em outros termos, a desmantelar o individualismo e o patrimonialismo excessivos a partir dos quais as codificações liberais foram estruturadas. O eixo valorativo passa do patrimônio para a dimensão existencial da pessoa humana, considerada esta como ente ao mesmo tempo individual e social, o que consiste em distinguir, no Direito Privado, os diversos *campos de função*.⁹⁰

A rigor, não há espaços de liberdade absoluta, ou territórios – como referido anteriormente –, por menor que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente compatibilizar institutos do Direito Privado com as restrições impostas pela ordem pública senão relê-los, revisitá-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional. A intervenção direta do Estado nas relações de Direito Privado, por outro lado, não significa um agigantamento do Direito Público em detrimento do Direito Civil que, dessa forma, perderia espaço. No sentir de Tepedino, ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de Direito Civil, muitos deles defasados da

⁸⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. v. 5, nº 2, jul/dez 2010. Belo Horizonte: Meritum, 2010. p. 35.

⁹⁰ RAISER, Ludwig. *Il futuro del diritto privato*. In: *Il compito del diritto privato*. Milão: A. Giuffrè, 1990. p. 232.

realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.⁹¹

Há que se traçar sempre *limites* a partir dos quais seja defeso ao Estado exercer diretamente seu poder de império. É a necessidade, fundada na própria *dignidade da pessoa humana* e na tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do reconhecimento e proteção, pelo ordenamento jurídico, de um *espaço irredutível de autonomia privada*. Restaria ao Direito Privado, assim, conceber o *grau de relevância pública* de cada situação determinada, retirando desse escalonamento suas respectivas consequências na ordem jurídica. Isto importaria, obviamente, em uma inadiável transformação dos institutos centrais do Direito Privado.⁹²

Somente onde o Direito Privado não seja suficiente para garantir o ordenamento, intervém, então, ulteriormente, o Direito Público – seja para integrar e sustentar, seja para delimitar e corrigir –. Desta forma, a superação estrutural entre duas *esferas* seria transmutada em uma única *ellipse*, que apresentaria *dois pólos de irradiação* distintos, um em cada extremidade. Por não serem esses dois pólos auto-suficientes, a privação da energia de um deles implicaria a ruína de todo o sistema. O Direito Privado, assim, passa a ser concebido como uma estrutura escalonada de interesses, de acordo com o grau de *publicismo* a incidir sobre os campos da vida social por ele regrados – até porque a força de irradiação de cada pólo muda na esteira das decisões políticas tomadas pelo Estado –.⁹³

Ao refletir sobre o futuro do Direito Privado, questiona-se sobre a aplicação prática dessa teoria. Observa-se ser necessário que o Direito Privado reordene e reestruture o seu campo de atuação sob essa nova perspectiva, não dicotômica. A pluralidade de funções, contingência da atualidade, gerou um novo fenômeno, denominado por Reale como *modelo legislativo misto*⁹⁴. Isto é, normas jurídicas que não se atêm a um único ramo do Direito. Daí, portanto, a necessidade de um Código estruturalmente aberto aos valores do sistema, inclusive, e principalmente, aos valores constitucionais.⁹⁵

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.

⁹² LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Privado: A Superação da Dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104-106.

⁹³ Ibidem. p. 108.

⁹⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

⁹⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. Op. cit. p. 108-112.

Nesta senda, a adjetivação atribuída ao Direito Civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Afinal, um Direito Civil adjetivado poderia suscitar a impressão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do Direito Público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do Direito Público e Privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do Direito Civil.⁹⁶

Trata-se de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não-patrimoniais e a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade e os direitos sociais, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. Sobre o futuro da dicotomia, não convém que se tomem os fenômenos recíprocos de interpenetração eventualmente verificados como intromissões, porquanto tais processos não são constantes nem absolutos, mas seguem o fluxo dos fatores sociais, as modificações dos campos da vida humana, vistos por um prisma sociológico e histórico. Assim, teremos no Direito Privado um sistema aberto, enlaçado à dignidade da pessoa humana, como verdadeiro valor-fonte e restarão asseguradas, em última e essencial análise, a sua validade e eficácia como meio de regular e tutelar as relações entre os particulares.⁹⁷

Já que aproveitou-se do pensamento de Ulpiano para abrir o capítulo, mostrando a diferença entre distinção e dicotomia do Direito Público e Direito Privado, optou-se por da mesma forma encerrá-lo. Tem-se como expoente jurídico o princípio contido no ditame: ‘Tais são os preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)’. Além de um fundo de serena verdade nestas palavras, o pensamento pode ser aproveitado para a questão do movimento dicotômico visto no último século no Direito brasileiro. Afinal, na medida em que é possível reconhecer uma distinção entre ambos os ramos Direito, *dar a cada um o que*

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.

⁹⁷ LUDWIG, Marcos de Campos. Op. cit. p. 113-114.

lhe pertence, mas simultaneamente *sem ofender ninguém*, isto é, sem invadir o espaço um do outro, e ainda assim, Direito Público e Direito Privado (con)viverem *honestamente*, de modo autônomo e complementar, parece o futuro.

Esta consciência histórica do movimento apresentado se enquadra como uma efetiva ‘situação hermenêutica’, que atravessa esta Dissertação de Mestrado, considerando que:

[...] a consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da situação hermenêutica. [...] O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não podemos ter um saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é a nossa tarefa, e esta nunca pode se cumprir por completo⁹⁸.

O percurso deste primeiro capítulo procurou resgatar esta história efetual, onde o autor desta dissertação e os seus leitores estão inseridos desde sempre. Ela acompanha o intérprete e condiciona a compreensão processada no interior do círculo hermenêutico.

⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4ª ed. vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 451, § 307.

3 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO CONTEXTO DE CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO NO ÂMBITO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (PRIVADO).

Na medida em que o foco se volta para a aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira, notadamente está-se diante de uma questão que relaciona Direito Público e Direito Privado. Como forma de situar a matéria no universo jurídico, ao longo do capítulo anterior verificou-se o caminho do Direito Privado em sua relação com o Direito Público. Observou-se, ainda, o papel protagonista do positivismo – especialmente o exegético – na transição de uma singela distinção para o estabelecimento da visão dicotômica; e como o movimento de assimilação da força normativa da Constituição da República, iniciado no período pós-guerras, contribuiu para uma (re)aproximação das duas esferas do Direito.

Na verdade, utilizou-se dos papéis desempenhados pelos positivismos ao longo do tempo para buscar a gênese da dicotomia e, a partir daí, vislumbrar caminhos para a desconstrução de uma visão dicotômica. E neste meandro, nesta complexa relação de interferência e interdependência, desponta com um destacado papel o instituto da propriedade. Desta forma, o caminho de (re)aproximação vislumbrado anteriormente entre Direito Público e Direito Privado será crucial para que se possa, no capítulo que ora se inicia, estabelecer uma relação da propriedade do Direito Civil – representando o Direito Privado – com as suas respectivas visões constitucionais – em representação ao Direito Público – que se seguiram ao longo da história.

Do mesmo modo que a busca por relacionar a concepção de propriedade nas esferas pública e privada poderá auxiliar a compreensão dos posicionamentos adotados. Afinal, é possível que o tratamento dado ao instituto da propriedade tenha afetado a caminhada da temática da aquisição de imóvel por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira desde a sua criação até os dias atuais, o que por sua vez, permitirá projetar seus desdobramentos para o futuro. Posto de outra forma, é possível que o significado atribuído à propriedade ao longo do tempo tenha servido de base teórica para os respectivos posicionamentos adotados na prática.

É iniciado o capítulo, então, vinculando-se a concepção de propriedade da codificação

civil brasileira do século XX com as diversas constituições ao longo deste mesmo período. Não obstante o título aponte para a propriedade antes da Constituição de 1988, na primeira parte trabalha-se com ela inclusive, na sua relação com o Código Civil de 1916, enquanto vigente. Alterações importantes sobre a aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira aconteceram neste período pós-Constituição Federal de 1988, pré-Código Civil de 2002.

Na segunda parte é feita uma profunda análise das mudanças trazidas pela mais recente Constituição Federal no que se relaciona com a propriedade, em especial acerca da ressignificação da sua função social, fortemente pautada no fundamento da dignidade da pessoa humana. Além das mudanças em si, é aprofundada sua influência no texto do novo Código Civil e a interrelação vislumbrada entre a chave do Direito Público e a chave do Direito Privado no debate da Constitucionalização do Direito (Privado) em um contexto de crítica ao positivismo. Perceber a ressignificação por que passou o instituto da propriedade nos anos que antecederam e que sucederam a virada do milênio seguramente contribuirá para que se compreenda a situação atual relacionada à aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira.

3.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA SIGNIFICAÇÃO PARA OS POSICIONAMENTOS ADOTADOS NO SÉCULO XX.

*“Não sou brasileiro
Não sou estrangeiro
Não sou de nenhum lugar
Sou de lugar nenhum.”*
Titãs

Com o ‘descobrimento’ do Brasil, a coroa portuguesa adquiriu no ano de 1500 o Direito Originário de Posse. Nas décadas que se seguiram, deu-se início ao processo de ocupação das terras pelo regime das sesmarias, através das capitanias hereditárias. Este sistema perdurou por aproximadamente três séculos, até que com a Independência em 1822 e o advento da Constituição do Império em 1824 chega ao fim o regime das sesmarias, dando-se a ocupação da terra pela tomada da posse. Em meados do século XIX surgem, concomitantemente com o Código Comercial, as primeiras leis que visaram promover o

cadastro das propriedades. É também neste período que a transmissão da propriedade passa a se perfectibilizar pelo registro do título no Registro Geral Imobiliário.⁹⁹

Não obstante através deste sucinto apanhado histórico seja possível visualizar que a história da propriedade nasce junto com a própria concepção de ‘país’, é através de um Direito Civil codificado, que em 1916 a propriedade no Brasil ganha contornos mais delineados. E previsão normativa o mais próxima possível do que se conhece por exaustiva. Como sabido, a propriedade sempre teve uma relevância histórica fundamental, enquanto pilar do estado liberal. Visualiza-se com nitidez tal importância no Código Civil francês de 1804, o qual coloca todo o direito obrigacional dentro do livro relativo às formas de se adquirir a propriedade.

Neste dado momento o proprietário de um bem poderia dispor, gozar, usar e abusar da coisa de forma praticamente absoluta¹⁰⁰. Tocava ao Estado, durante este período, simplesmente velar pela proteção da manutenção da propriedade em nome do legítimo proprietário. Seguindo a linha da codificação oitocentista, outra não era a concepção do Código Civil brasileiro de 1916. Caio Mário aponta não haver um conceito inflexível do direito de propriedade.¹⁰¹ Orlando Gomes comunga da mesma ideia, subdividindo conceitos conforme os critérios adotados, quais sejam, o sintético, o analítico e o descritivo. Segundo ele,

Sinteticamente, é de se defini-lo (o Direito de Propriedade) como *Windscheid*, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.¹⁰²

Neste pano de fundo, são apontadas como características da propriedade ser ela um direito: complexo, pois constituída por um feixe de direitos consubstanciado nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto; absoluto, no que se refere ao poder jurídico de dominação da coisa; perpétuo, por sua duração ilimitada; exclusivo, caracterizado pelo poder de proibir que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio; e

⁹⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. *Registro de Imóveis: vários estudos*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 7-11.

¹⁰⁰ KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Civil - Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 461.

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 4. Direitos Reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 81.

¹⁰² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 97.

elástico, pois pode ser distendido ou contraído, no seu exercício, conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis.¹⁰³

Embora dotada de alto grau individualista, na visão do Direito Privado, Pontes de Miranda refere a profunda transformação do conceito de propriedade ao longo do século XX no viés constitucional. Isso porque, se no século XIX a Constituição de 1891 dispunha que ‘O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.’, a Constituição de 1934 traz consigo a novidade do *interesse social ou coletivo*, ao dispor que ‘É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. [...]’.¹⁰⁴

A Constituição de 1946, por sua vez, estipulara que ‘o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.’, entretanto, o próprio Pontes reconhece que o referido dispositivo constitucional somente ‘condiciona o uso da propriedade ao bem-estar social de modo a permitir as leis interventivas.’¹⁰⁵ Ainda que timidamente e de forma deslocada – já que a propriedade sempre ocupou lugar somente no título dedicado à ‘ordem econômica’ das Constituições –, o Brasil começava a lançar um olhar de propriedade para além do indivíduo. Assim foi na primeira metade do século XX. Mas a segunda metade foi igualmente marcada por transformações.

Na Europa continental, já era iniciado o processo de atribuição de força normativa à Constituição Federal – notadamente através da obra de Konrad Hesse – e, via de consequência, o processo de superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Enquanto isso, no Brasil, ainda sob o temor do comunismo e assistindo ao retorno do presidencialismo, os militares realizaram um golpe de estado em 1964, derrubando o então presidente João Goulart. Em teoria, o país continuou sendo regido pela Constituição de 1946; na prática, o Brasil passou a ser regido por atos institucionais e atos complementares, de 1964 até 1967, quando os militares sentiram necessidade de institucionalizar os ideais e princípios do golpe. Desta forma, o Brasil passou a ser conduzido pelos militares, em outorgada¹⁰⁶ Emenda Constitucional 01 de 1969, que sobreveio à igualmente outorgada Constituição

¹⁰³ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 109-110.

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1968. p. 363.

¹⁰⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1946*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Boffoni, 1947. p. 23.

¹⁰⁶ Quanto à origem, a doutrina estabelece a classificação das constituições em *promulgadas e outorgadas*, onde constituições *outorgadas* são aquelas elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época. Alguns autores ainda contemplam as constituições ditas *cesaristas*, as quais são referendadas pelo povo sobre um projeto elaborado por um imperador ou ditador.

Federal de 1967.¹⁰⁷

Em relação ao tratamento dispensado à propriedade na Constituição de 1967, Pontes indica que:

propriedade é toda patrimonialidade. O texto (constitucional) decompõe-se em três regras jurídicas, a que correspondem três garantias constitucionais diferentes. a) É garantido o direito de propriedade quanto ao *sujeito* [...]; b) O *conteúdo* e os *limites* do direito de propriedade são definidos nas leis, de modo que só se garante na Constituição de 1967 a instituição da propriedade [...]; c) As leis que regulam o conteúdo e os limites do direito de propriedade também lhe regulam o *exercício*. (grifo nosso)¹⁰⁸

Como se vê, a Constituição de 1967 relegou à legislação ordinária a definição dos rumos da propriedade durante o regime militar. Mas manteve a previsão acerca da sua função social. Ao comentar especificamente o dispositivo que tratou da função social na Constituição de 1967, Pontes coloca que ‘o que se há de tirar do artigo 157, III, é que o uso da propriedade há de ser possível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado. Mas esta regra jurídica não é somente programática.’¹⁰⁹

No direito comparado, desponta como maior referência histórica da função social a Constituição alemã de Weimar, em 1919, ao dispor que ‘a propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum.’ Tanto a atual constituição alemã, de 1949, quanto a japonesa de 1946, a italiana de 1947 e a espanhola de 1978 contém previsão, mas de forma vaga e lacônica, semelhantes a acima transcrita. De outro lado, sequer há previsão sobre a função social da propriedade na constituição dos Estados Unidos da América, originária de 1787, bem como da França de 1958 e de Portugal de 1976.¹¹⁰

Fato é que a previsão constitucional da função social no Brasil não constituiu fator impeditivo para a imposição de restrições à aquisição de imóvel rural por estrangeiro, aí incluídas as pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira. A função social tinha que ser acomodada a questões de interesse nacional. Isso porque, naquele dado momento histórico

¹⁰⁷ PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 22.

¹⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1968. p. 368-369.

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. Tomo VI. São Paulo: RT, 1968. p. 46-47.

¹¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. *Comentário ao artigo 5º, XXIII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 314-317.

tanto os meios de transporte quanto os de comunicação iniciavam ainda timidamente, se comparado com o eixo Europa - Estados Unidos, a abertura dos caminhos para a acentuação do processo de globalização, o que viria relativizar as distâncias físicas em todo o globo terrestre.

O poder público brasileiro não dispunha de mecanismos para um correto mapeamento do território. Somado a isto, via-se a inexistência de um controle efetivo da aquisição imobiliária, já que o sistema registral da época privilegiava o negócio jurídico em detrimento da perfeita caracterização das partes e do imóvel transacionado¹¹¹. Isso se dava, já que no tocante ao fôlio real, vigorava o Decreto nº 4.857 de 1939. Da mesma forma, acerca das sociedades por ações, ainda estava em vigor o Decreto-Lei nº 2.627, de 1940.

Notório que à época havia uma preocupação exacerbada com questões de soberania e de segurança nacional. Além disso, o país se servia dos monopólios e do protecionismo como política de governo. Segundo Padilha,

A constituição outorgada possuía as seguintes características: a) Tinha na segurança nacional grande fonte de preocupação; b) Apesar de manter o federalismo, ela o enfraqueceu, centralizando os poderes políticos na União, especialmente na mãos do Presidente da República, com iniciativa de lei em qualquer área; c) Manteve a tripartição dos poderes, porém houve fortalecimento do Executivo e esvaziamento do Legislativo; d) Redução dos direitos individuais.¹¹²

Objetivando sedimentar este posicionamento estatal de interferência em determinadas relações privadas consideradas chave para os interesses nacionais, o diploma legal criado em 1971 tinha por finalidade impor restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, além de submeter os adquirentes a um procedimento registral imobiliário específico, igualmente mais restrito. Previu o *caput* do artigo primeiro da Lei 5.709, que ‘o estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.’, estabelecendo o parágrafo primeiro, que ‘fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria

¹¹¹ BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: Doutrina, Prática e Jurisprudência*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61-64.

¹¹² PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 23.

do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior.¹¹³

Trata-se de uma Lei que dispõe sobre a aquisição de propriedade imobiliária rural, destinada a certos e determinados *sujeitos*. Quanto aos sujeitos do direito de propriedade, Gomes refere que

pode ser titular do direito de propriedade toda pessoa, assim natural, como jurídica; entre estas, tanto as de Direito Público, como as de Direito Privado. O poder sobre as coisas é tão necessário à vida social, que o mais miserável dos entes sempre tem propriedade sobre alguma coisa.¹¹⁴

Entretanto, o autor igualmente adverte que a capacidade de ser sujeito do direito de propriedade não deve ser confundida com a capacidade para adquiri-lo, visto que, em determinados casos, levantam-se restrições 'não só quanto à própria faculdade de adquirir, mas, também, quanto à espécie do fato jurídico que fundamenta o modo de aquisição'.¹¹⁵ Com efeito, esta afirmação integra-se perfeitamente na discussão acerca aquisição de propriedade rural por estrangeiros travada nesta dissertação. Em obra específica sobre a matéria, raridade na doutrina brasileira, Cysneiros abre a exposição da problemática que gira em torno da aquisição de propriedade rural por estrangeiros da seguintes forma:

A questão da outorga constitucional de direitos aos ádvénas, em igualdade de condições com o nacional de determinado Estado, não leva, por si só, à superação de imemorial questão que repousa na prevalência ou não do interesse nacional por sobre as exigências de certos direitos inalienáveis da pessoa, ou a sua exata delimitação no tocante ao gozo dos direitos civis.¹¹⁶

Para compreender a discussão que circunda o tema, então, é preciso ter presente quais efetivamente são as restrições impostas à aquisição de imóvel rural por estrangeiros de modo geral, bem como quais as pessoas (jurídicas) afetadas pela imposição de tais restrições. Quando um estrangeiro – leia-se, pessoa física estrangeira residente no Brasil ou pessoa

¹¹³ BRASIL. Lei 5.709 de 07 de outubro de 1971. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm .

¹¹⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009 p. 111.

¹¹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 112.

¹¹⁶ CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. *O estrangeiro e a propriedade rural*. Porto Alegre: Fabris, 1985. p.7.

jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil – deseja adquirir um imóvel rural, há que se analisar uma série de questões específicas desta espécie de aquisição, a fim de averiguar a viabilidade da pretendida transação imobiliária.

Dentre estas *restrições*, destacam-se as relacionadas com: o tamanho da propriedade; a nacionalidade do adquirente; a obrigatoriedade de escritura pública, devendo esta contemplar elementos especiais; o cadastro especial nos Ofícios de Registro de Imóveis; o indispensável assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional na aquisição de imóveis em área considerada indispensável à segurança nacional; a necessária vinculação dos imóveis rurais adquiridos aos objetivos estatutários, se pessoa jurídica; a prestação de informações periódicas ao Ministério da Agricultura e à Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional acerca das aquisições, dentre outros.

Refere-se como restrição o tamanho da propriedade e a nacionalidade do adquirente, por exemplo, pois existe uma limitação quanto à extensão do total de terras passíveis de pertencerem a estrangeiros – limitada à 25% da superfície do Município – bem como à quantidade máxima que pode pertencer a estrangeiros da mesma nacionalidade – limitada à 40% da extensão total –. Isto é, apenas 10% da superfície de cada Município brasileiro pode pertencer a estrangeiros da mesma nacionalidade. Logo, no máximo 10% do território brasileiro pode ser de propriedade de estrangeiros. Como se pode notar, todas são restrições significativas, que objetivam manter o território brasileiro – em especial as vastas e produtivas áreas rurais – precipuamente em poder de brasileiros.

Sobre as *peçoas afetadas* por tais restrições, é identificado que a regra do *caput* do artigo 1º da Lei nº 5.709 de 1971 dirige-se ao estrangeiro residente no país ou à pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil. Determina que estes só podem adquirir imóveis rurais no Brasil se observadas as restrições contidas nos demais dispositivos da lei. Extraem-se desta regra ao menos duas importantes conclusões. A primeira é que os estrangeiros não residentes e as pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil não podem comprar imóveis rurais no país. A segunda, é que as restrições impostas não se aplicam aos imóveis urbanos.

Desta feita, não há dúvidas quanto à aplicação das restrições aos estrangeiros residentes no país e às pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil. Tampouco em relação aos estrangeiros – pessoa física – não residentes e as pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil, aos quais sequer é possibilitado comprar imóveis rurais no país. O problema está – e aqui reside o estopim do objeto central de estudo

– na situação de *equiparação das empresas brasileiras às empresas estrangeiras*, por força do § 1º do artigo 1º da Lei 5.709, de 1971, o qual determina que ‘fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei, a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior’¹¹⁷, e a conseqüente extensão àquelas – pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras – das restrições impostas a estas – pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil –.

De uma leitura mais acurada da regra, são verificados três *requisitos* cumulativos a serem preenchidos, para que se efetive a referida *equiparação*: i) que o sócio estrangeiro, pessoa física, seja não-residente ou pessoa jurídica estrangeira não-sediada no país; e ii) que este estrangeiro participe, a qualquer título, da composição acionária de pessoa jurídica brasileira; e iii) que essa participação assegure a seus detentores o poder de conduzir as deliberações da assembléia geral, de eleger a maioria dos administradores da companhia e de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Dada sua relevância aos objetivos pretendidos, devem os requisitos elencados ser objeto de análise com mais vagar.

Abstrai-se, para a equiparação, que haja a participação *a qualquer título* de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras no capital social da pessoa jurídica brasileira. Importante notar, entretanto, que quando o legislador menciona a participação a qualquer título de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras em pessoas jurídica brasileira, refere-se tanto à *participação direta* – a própria pessoa física ou jurídica estrangeira é detentora de ações ou quotas da pessoa jurídica brasileira – quanto à *participação indireta* – que se dá quando quem detém as ações ou quotas é interposta pessoa jurídica brasileira, cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros –. Outro requisito – cumulativo, repita-se – para que se efetive a equiparação, é que a participação a qualquer título das pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras no capital social da pessoa jurídica brasileira seja de forma tal que assegure a *maioria de seu capital social*.

Mas este requisito deve receber a leitura adequada, na medida em que importantes alterações normativas ligadas à problemática foram verificadas ainda na década de 70. Além da criação do Decreto 74.965, no ano de 1974, que veio justamente regulamentar a Lei

¹¹⁷ BRASIL. Lei 5.709 de 07 de outubro de 1971. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm .

5.709/71¹¹⁸, aparecem com relevância: a reestruturação dos registros públicos, em especial a paradigmática mudança do sistema registral imobiliário, ocorrida através da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), com entrada em vigor no ano de 1976. Não menos importante para os contornos da temática ora analisada, foi a edição da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), a qual, como visto, promoveu alterações substanciais na forma de composição, administração e participação neste tipo de sociedade empresária, criando, inclusive, a figura do acionista controlador, responsável por remodelar o requisito ‘maioria do capital social’.¹¹⁹

Em apertada síntese, a concepção de que o comando da companhia estava nas mãos daquele que detinha a maioria do capital social, deve ser revisto, em face da revogação do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940 – que cuidava da matéria à época –, pela Lei nº 6.404, de 1976. É sob a lógica da lei que atualmente rege as sociedades anônimas, a qual entrou em vigor somente em 15 de fevereiro de 1977, que a temática da equiparação deve ser analisada pelo intérprete. Posto desta forma, o fundamental para definir a participação, com caráter de controle, de estrangeiros nas empresas brasileiras, é o preenchimento dos requisitos postos no artigo 116 da Lei das S/A, quais sejam:

SEÇÃO IV - Acionista Controlador - Deveres

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.¹²⁰

Este é, pois, o viés hermenêutico¹²¹ a servir de guia, para que se compreenda fielmente

¹¹⁸ Extrapolando o prazo de 90 (noventa) dias, contados de 11 de outubro de 1971, estipulado no artigo 19 da Lei 5.709/71.

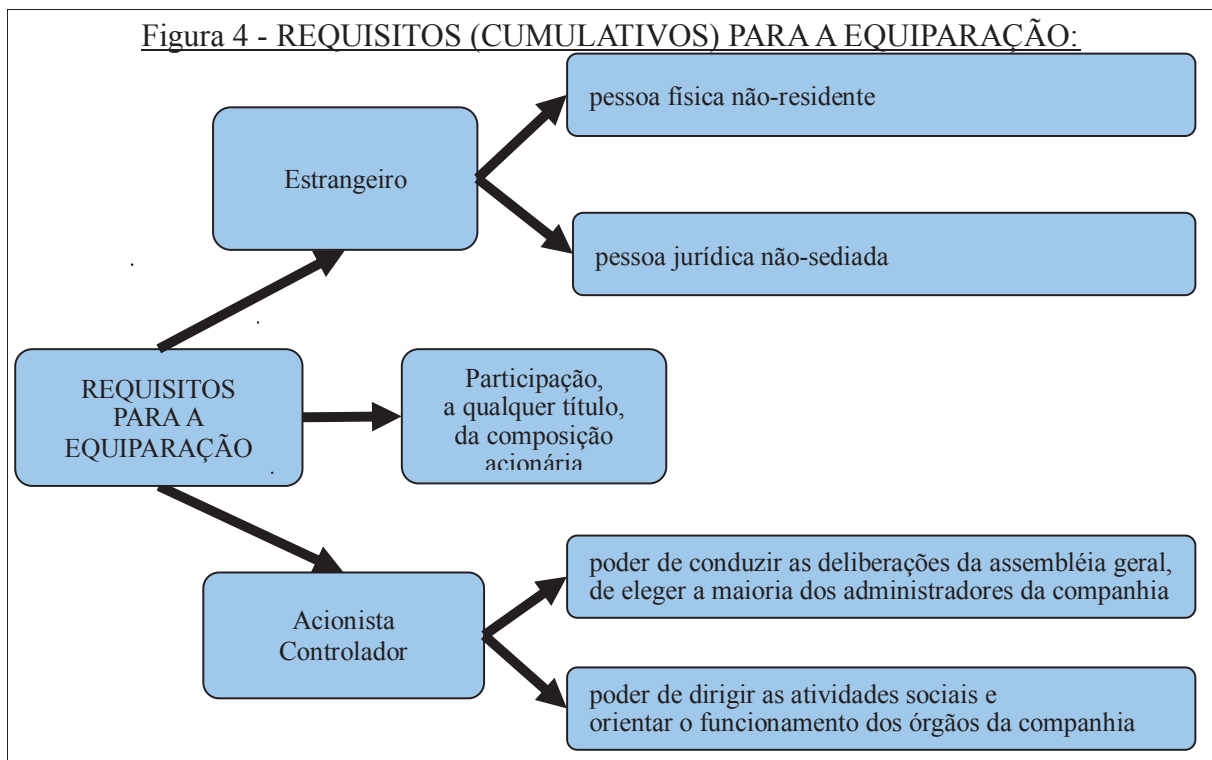
¹¹⁹ Sobre as inovações trazidas pela Lei 6.404/76, vide: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. São Paulo: RT, 2007. p. 407-412.

¹²⁰ BRASIL. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm.

¹²¹ Segundo Gadamer: “sendo assim, é razoável que nos interessemos agora em particular pela divergência entre hermenêutica jurídica e hermenêutica histórica, estudando os casos em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, isto é, os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos

o requisito ‘maioria do capital social’ ora trabalhado, devendo preencher, cumulativamente, os requisitos de que cuidam as alíneas *a* e *b* acima retratadas. Em sentido contrário, não é qualquer participação acionária de estrangeiros que dá ensejo à incidência da equiparação. Há de ser uma participação que caracterize a figura do *acionista controlador*. É essa participação acionária que assegura a seus detentores o poder de conduzir as deliberações da assembléia geral, de eleger a maioria dos administradores da companhia e de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Da mesma forma que não é qualquer participação acionária, também não é qualquer estrangeiro. A pessoa física estrangeira a que se refere a Lei nº 5.709, de 1971 é o *estrangeiro não residente*. E a pessoa jurídica tratada é aquela que tenha *sede no exterior*. Posto de outra maneira, a maioria do capital social – acionista controlador – tem que estar nas mãos de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras não-residentes ou não-sediadas no Brasil. Assim perfazem-se os três requisitos necessários à equiparação, que podem ser representados pela figura a seguir:



Fonte: elaborado pelo autor

A ditadura militar perdurou de 31 de março de 1964, com o Golpe Militar que derrubou João Goulart, até 15 de janeiro de 1985, com a eleição de Tancredo Neves. Como se viu, anteriormente à Constituição Federal de 1988 nem a propriedade individualista e liberal concebida pela codificação civil da época, nem a previsão de sua função social em todas as constituições do século XX se mostraram capazes de impedir a imposição das restrições. Concluindo, uma vez analisada a propriedade como concebida anteriormente à Constituição de 1988, bem como assimiladas as restrições relacionadas com a aquisição de imóvel rural por estrangeiro e os requisitos que relembram a uma pessoa jurídica brasileira tratamento equiparado a uma pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, é possível desde já destacar que sobre o lapso temporal compreendido entre 1971 e 1988 – já que em pleno vigor a Lei 5.709 –, não paira qualquer dúvida acerca da imposição de restrições.

Em sentido contrário, toda a discussão acerca da manutenção (ou não) das restrições à aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras se dá após o ano de 1988, ligada à recepção (ou não) do §1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 pela Constituição Federal de 1988. Afinal, com a entrada em vigor da promulgada¹²² Constituição Federal de 1988, através de assembléia constituinte democraticamente eleita para tanto; e o advento do Estado Democrático de Direito, na esteira da busca europeia por atribuir à Constituição mais do que um papel de Carta Política organizadora do Estado; necessária uma série de ajustes para a nova ótica constitucional, dentre as quais a necessária análise acerca da recepção (ou não) dos diplomas legais que lhe antecediam. Com a Lei 5.709 em questão, por óbvio, não seria diferente.

Aliás, a abordagem acerca da recepção da Lei 5.709 pela Constituição Federal é ponto nevrálgico da divergência entre os pareceres de 1994, 1998 e 2008 produzidos pela Advocacia-Geral da União – AGU, logo, da alternância de posicionamento acerca da imposição de restrições às pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras. Este cenário mostra que:

[...] o intérprete não pretende outra coisa que compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que faz o sentido e o significado do texto. E para compreender isso ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. Está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se é que quer entender algo nele.¹²³

¹²² *Promulgadas* são aquelas constituições que derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração.

¹²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4ª ed. vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 482. § 329.

É neste movimento entre o intérprete e o texto que ilumina as orientações trazidas a partir do horizonte da tradição onde todos estão inseridos desde sempre. É aí, também, que se deverá compreender o fenômeno da recepção ou não de determinado instituto. No tocante ao fenômeno da recepção, em sentido amplo, é colacionada decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI nº 415, julgada em 07.02.92¹²⁴:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel a Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-se. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIn n. 2-1/600.

Apimentando o debate neste ponto, adiciona-se à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, o seu arrendamento. Isto porque a Lei 8.629 de 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, determina a aplicação ao arrendamento, das mesmas restrições impostas à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros previstas na Lei 5.709/71. Diz-se apimentar, pois ao remeter a disciplina do arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros à Lei 5.709/71 – além de fixar a competência do Congresso Nacional para autorizar arrendamentos e aquisições de áreas que extrapolem os limites fixados na Lei de 1971 –, o legislador ordinário pós-Constituição Federal de 1988 sinaliza, ainda que por via indireta, com a recepção da lei em pauta.¹²⁵

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *ADI 415*. Relator Ministro Paulo Brossard. DJ 29.05.1992, p. 07833.

¹²⁵ Artigo 23 - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971.

§ 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei referida no caput deste artigo.

§ 2º Compete ao Congresso Nacional autorizar tanto a aquisição ou o arrendamento além dos limites de área e percentual fixados na Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, como a aquisição ou arrendamento, por pessoa

Desta forma, além da aquisição – relacionada com a propriedade, enquanto direito real sobre coisa própria –, as restrições passam a incidir igualmente sobre o arrendamento – decorrente de direito pessoal ligado ao desdobramento da posse em direta e indireta, direito este notadamente mais superficial que a propriedade –. Isto já sob a égide da nova ordem constitucional. Em outras palavras, a discussão travada acerca da viabilidade de manutenção das restrições às pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras após o advento da Constituição de 1988 é ampliada ao considerar-se que o legislador, de certa forma, deu por recepcionadas as regras contidas na Lei 5.709/71.

É neste cenário que o debate acerca da recepção (ou não) chega à Advocacia-Geral da União – AGU, no ano de 1994. Quando desta primeira consulta feita à AGU, pretendia o consultante saber se a equiparação entre empresa estrangeira e empresa brasileira com maioria do capital social nas mãos de estrangeiros não residentes ou com sede no exterior – e as restrições daí decorrentes – sustentavam-se, à luz do inciso I do artigo 171 da Constituição Federal, em sua redação original¹²⁶. Tratava-se, enfim, de aferir a compatibilidade vertical entre norma infraconstitucional anterior à ordem constitucional inaugurada com a Constituição de 1988 e esta.

Caso compatível e adequado aos princípios e normas constitucionais posteriores, o texto legal anterior seria considerado recepcionado, mantendo intocadas sua eficácia e vigência. Caso incompatível, posto que contrário aos novos ditames constitucionais, o texto infraconstitucional anterior haveria de ser considerado revogado. Como um parecer encontra-se, na pirâmide de Kelsen, como norma de caráter infralegal, antes de uma análise mais detida de seu conteúdo, faz-se um breve apanhado sobre a legitimidade da AGU para emissão de Parecer.

Para legitimar a emissão dos pareceres ligados à matéria – datados de 1994, 1998 e 2008 – é apontado o artigo 131 da Constituição Federal, segundo o qual, a Advocacia-Geral

jurídica estrangeira, de área superior a 100 (cem) módulos de exploração indefinida. BRASIL. Lei nº 8.629 de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm.

¹²⁶ Artigo 171 – São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

da União - AGU é, em síntese, responsável pela representação judicial e extrajudicial da União e pelo assessoramento jurídico ao Poder Executivo.¹²⁷ No tocante ao papel de assessoramento jurídico ao Presidente da República, compete ao Advogado-Geral da União, com a colaboração da Consultoria-Geral da União, a fixação da interpretação das leis e da Constituição quando há dúvidas e controvérsias jurídicas, consoante o disposto no artigo 4º, inciso X, combinado com o artigo 10 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.¹²⁸

Regra geral, parecer administrativo é a manifestação de órgãos técnicos, sobre assuntos submetidos à sua consideração. Pode ser tido também como o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência¹²⁹. Aprofundando,

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculado à Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. [...]

Parecer normativo é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.¹³⁰

Não de outra forma dispõe o artigo 40 da Lei Complementar de 73 de 1993.¹³¹ Nessa

¹²⁷ Artigo 131 - A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm .

¹²⁸ Artigo 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: [...]
X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; [...]
Artigo 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição. BRASIL. Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm .

¹²⁹ BARRETO, Alex Muniz. *Direito Administrativo Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 101.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 230-231.

¹³¹ Artigo 40 - Os pareceres do Advogado-Geral da União serão submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º - O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

condição institucional, e visto que desde 1988 não havia sido definido um posicionamento pelo poder público, a AGU foi consultada em 1994 quanto à aquisição de terras no Brasil por empresas nacionais, cujo controle acionário estivesse em mãos de estrangeiros não-residentes ou empresas estrangeiras não-sediadas.

Mais precisamente, adveio do Ministério da Agricultura, Abastecimento e Reforma Agrária – MARA – a referida consulta, onde tocou à Advocacia-Geral da União emitir sua opinião acerca da recepção do § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71, pela Constituição Federal de 1988. Cumpre lembrar que, uma vez definida a recepção ou não do referido dispositivo, estaria por conseguinte selado o destino dos arrendamentos. Diante da consulta realizada, manifestou-se a AGU por intermédio do *Parecer nº GQ-22, de 1994*. Através desta manifestação, expôs que o dispositivo em questão *não havia sido recepcionado* em face da redação do artigo 171, I, CF, o qual teria constitucionalizado o conceito de empresa brasileira, não admitindo restrições à atuação de empresa brasileira, a não ser em relação àquelas expressas no texto constitucional.

Segundo o Parecer de 1994, esta situação era diversa da vivenciada no ordenamento constitucional anterior, em que não havia a constitucionalização do conceito de empresa brasileira e que admitia restrições à sua atuação com base na lei ordinária. De acordo com o referido Parecer, ‘não se tratava de cotejar o conceito de empresa brasileira com empresa brasileira de capital nacional, pois, a sistemática constitucional era não de restringir genericamente a empresa brasileira, mas, sim, criar benefícios à empresa brasileira de capital nacional’¹³².

Em outras palavras, o argumento central para justificar o posicionamento adotado no Parecer da AGU de 1994, estava ligado ao fato de que, diferentemente da ordem constitucional anterior, sob a égide da qual foi publicada a Lei nº 5.709, de 1971, a ordem constitucional inaugurada em 1988 constitucionalizava o conceito de empresa brasileira e em relação a ela não havia sido estabelecida qualquer restrição genérica. Assim, a distinção constitucional existente entre o conceito de empresa brasileira, constante do inciso I do artigo

§ 2º - O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. BRASIL. Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm .

¹³² BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer nº GQ – 22 de 07 de junho de 1994. Dispõe sobre a aquisição, por empresa brasileira de capital estrangeiro, do controle acionário de empresa com as mesmas características. Não recepção, pela Constituição de 1988, do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971. Disponível em: www.agu.gov.br . Acesso em 14.02.2014.

171, e o conceito de empresa brasileira de capital nacional, previsto no artigo 171, II, justificava-se na medida em que eram criados benefícios e estímulos a essa, sem, contudo, ser estabelecida qualquer restrição genérica àquela.

Desta forma, somente as restrições expressamente consignadas no texto constitucional – referentes à composição acionária de empresas brasileiras, com vistas à preservação da soberania e do interesse nacional e de setores estratégicos para o país – poderiam ser admitidas, como era o caso das comunicações (artigo 222, § 1º, CF, na redação original), da saúde (artigo 199, § 3º, CF), da pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais hidráulicos (artigo 176, § 1º, CF, em sua redação original). Em síntese, de acordo com o Parecer de 1994, onde a Constituição Federal não restringia expressamente a atuação das empresas brasileiras, a legislação infraconstitucional não poderia restringir.

Sustentou o Parecer de 1994, com isto, que a restrição contida na Lei 5.709/71 era compatível com o ordenamento constitucional anterior pelo fato de a Carta de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, não trazer em seu corpo o conceito de empresa brasileira, que se extraía da legislação infraconstitucional, e, portanto, poderia sofrer restrições impostas por diploma de mesma estatura normativa. Apontou, também, como argumento contrário à sua recepção pela Constituição de 1988, a circunstância de o artigo 190 da Constituição Federal dispor sobre a possibilidade de limitação da aquisição de propriedade rural por estrangeiros, e não por empresas brasileiras equiparadas às estrangeiras, como pretendia o dispositivo em questão.

O movimento da rotação do círculo hermenêutico deverá levar em consideração, no caso que está em tela, que ‘[...] interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós’. E não é somente isso, pois ‘[...] compreender um texto significa sempre aplica-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente’¹³³. A situação fática exige que se coloque em jogo os próprios conceitos prévios, vale dizer, os do intérprete, abrindo-se a escuta da tradição trazida pelo texto da Constituição do Brasil de 1988.

Em suma, o posicionamento decorrente da consulta efetuada para dirimir a dúvida do

¹³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4ª ed. vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 578-9. § 401

Ministério da Agricultura restou aprovado pelo então Presidente da República, no sentido de que o § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 não havia sido recepcionado pelo artigo 171, I da Constituição Federal – à época ainda em sua versão original – tendo sido, portanto, revogado. Visto por outro lado, diante de tal revogação, inexistia qualquer impedimento ou restrição à aquisição de imóvel rural por empresa brasileira cujo controle de capital estivesse nas mãos de estrangeiros. Detalhe. Não obstante aprovado pelo Presidente da República, o texto do Parecer de 1994 não foi publicado no Diário Oficial da União.

Não possuía, com isso, efeito vinculante para toda a administração pública federal, vinculando com seu entendimento somente os órgãos jurídicos do Poder Executivo Federal e as repartições interessadas, no caso, o Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária – MARA. Diante deste fato, seria possível aventar, por via obtusa, o prolongamento da ausência de posicionamento efetivo – lacuna – já vislumbrada no período compreendido entre 1988 e 1994, em especial quanto à forma de proceder dos notários e registradores, posto que ali não havia qualquer orientação vinculante acerca da matéria. Entretanto, a partir deste ponto, os profissionais que optassem por adotar o procedimento comum – liberando a aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras da submissão às restrições – teriam o respaldo do Parecer de 1994. Se antes a discussão foi apimentada com a inclusão dos arrendamentos, agora ganha um novo tempero, qual seja, a derrocada do argumento principal.

O Parecer de 1994 que, como visto, permitiu a livre e irrestrita aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras, independente da nacionalidade de quem detivesse o controle social, teve seu principal argumento alicerçado na redação do artigo 171 da Constituição Federal. Ocorre que, logo após a aprovação deste Parecer, o Congresso Nacional promulgou a *Emenda Constitucional nº 6, em 1995*, através da qual operou-se a revogação do artigo 171, bem como a alteração da redação do inciso IX do artigo 170, CF¹³⁴ e do § 1º do artigo 176, CF¹³⁵.

¹³⁴ Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte *constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País* (Redação dada pela EC 6/95). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹³⁵ Artigo 176 - As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Em resumo, esta Emenda eliminou do texto constitucional a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. Como decorrência, para ser brasileira a empresa, basta que tenha se constituído sob a égide das leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país. Ao menos é o que se extrai, indiretamente, da dicção do inciso IX do artigo 170, CF e do § 1º do artigo 176, CF. Diante deste novo cenário legislativo, e tendo em conta que esse dispositivo restou decisivo na construção da tese da AGU em 1994, o então Advogado-Geral da União determinou, em 1997, o reexame do Parecer anteriormente emitido, para definir se permanecia inalterado o entendimento quanto à revogação do § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71.

A linha adotada para desencadear nova análise da questão, pode ser resumida da seguinte forma: se o artigo 171 que constitucionalizava o conceito de empresa brasileira e fixava sua distinção do de empresa brasileira de capital nacional havia sido revogado, estaria eliminada a barreira que impedia a fixação, por lei, de restrições à atuação das empresas brasileiras. Todavia, uma vez que o Parecer de 1994 havia considerado revogado, isto é, não recepcionado, o § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71, cuidava-se de saber, então, se era possível a *repristinção* do referido dispositivo legal.

Neste cenário despontou o *Parecer GQ-181 de 1998*. E a resposta se deu no sentido de ser impossível a *repristinção*. Posto de outra forma, o Parecer de 1998 *manteve a orientação anterior*, pelos seus próprios fundamentos. Admitiu, no entanto, que com as alterações provocadas pela Emenda Constitucional 06 de 1995, seria perfeitamente possível lei ordinária futura dispor sobre restrições ao capital estrangeiro. E se o Parecer de 1994 não havia obtido efeito vinculante perante toda a administração pública federal, este segundo Parecer sobre a matéria, sim, tornou-se *vinculante para toda a administração pública federal*, uma vez aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, em 22.01.99.¹³⁶

É observado como argumento do Parecer de 1998, que a revogação do artigo 171, CF,

§ 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou *empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País* (antes empresa brasileira de capital nacional), na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas (Redação dada pela EC 6/95). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹³⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer nº GQ – 181 de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o reexame do Parecer nº AGU/LA-04/94, diante da revogação do art. 171 da Constituição de 1988. Entendimento inalterado. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

não tinha o condão de repristinar – tornar de novo válido e eficaz – o § 1º do artigo 1º da Lei nº 5.709, de 1971¹³⁷. Em outras palavras, a revogação da norma constitucional revogadora de dispositivo legal pré-constitucional não propiciaria a reintrodução da norma em nosso ordenamento, salvo mediante a existência de disposição expressa, que no caso inexistiu. Ao enfrentar apenas se teria havido ou não repristinação, constata-se que o Parecer de 1998 cuida de questão de natureza estritamente formal, trazendo consigo, desta feita, um caráter meramente acessório no debate acerca da imposição de restrições.¹³⁸

A crítica vai justamente no sentido de que, no Parecer de 1998, é destacada a possibilidade de ser estabelecida restrição ao capital estrangeiro, aí compreendida também a restrição ao capital estrangeiro majoritário em pessoas jurídicas brasileiras que adquirem ou arrendam imóveis rurais no Brasil. Sustentou-se, contudo, que seria necessária nova iniciativa legislativa que tornasse expresso tal entendimento. Ora, na essência admitia-se a restrição à aquisição de terras rurais por estrangeiros não-residentes, por intermédio de pessoas jurídicas brasileiras por eles controladas, desde que veiculadas por nova lei. O Parecer de 1998 não sustenta haver inconstitucionalidade material no estabelecimento de restrições. De outro lado, eventual pretensão de modificação no posicionamento acerca da recepção ou não dependeria de um ataque argumentativo direcionado ao seu antecessor, o Parecer de 1994, ainda que não vinculante.

O destaque fica por conta de que, por incrível que pareça, nem a propriedade privada nem sua função social – tal como previstas na Constituição de 1988 – entraram no debate dos pareceres de 1994 e 1998 acerca da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira. O debate em sede constitucional à época, sobre a recepção ou não da Lei 5.709, cingiu-se primeiramente à definição de empresa nacional e empresa estrangeira e posteriormente sobre a possibilidade de repristinação.

Independente disso, fato é que ao tempo do Parecer de 1998, firmou-se posicionamento no sentido de que desde o advento da Constituição Federal, quando da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira, não haveria que se falar em

¹³⁷ Segundo Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro ao Código Civil: Artigo 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) § 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm .

¹³⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer nº GQ – 181 de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o reexame do Parecer nº AGU/LA-04/94, diante da revogação do art. 171 da Constituição de 1988. Entendimento inalterado. Disponível em: www.agu.gov.br . Acesso em 14.02.2014.

equiparação a estrangeira. Neste dado momento histórico, então, a situação relativa à aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira pode ser representada pelo quadro seguinte:

Quadro 1 - RESUMO DOS POSICIONAMENTOS ADOTADOS NO SÉCULO XX:	
Período	Aquisição de Imóvel Rural por Pessoa Jurídica Brasileira Equiparada a Estrangeira
De 1971 até 1988	– COM RESTRIÇÃO
De 1988 até 1994	– LACUNA
De 1994 até 1998	– SEM RESTRIÇÃO / SEM PUBLICAÇÃO
De 1998 até ...	– SEM RESTRIÇÃO / COM PUBLICAÇÃO (EFEITO VINCULANTE)

Fonte: elaborado pelo autor

Pela figura acima é possível afirmar que se no regime constitucional anterior impunham-se as restrições, desde o advento da Constituição Federal de 1988 até a virada do século XX, através de pareceres emanados de órgão do Poder Executivo (AGU), as pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira não enfrentavam restrições quando da aquisição e do arrendamento de imóveis rurais situados no Brasil. A epígrafe deste item reflete com precisão – e alguma ironia – a situação como até então concebida. Afinal, ao não identificar-se o acionista controlador estrangeiro como efetivo beneficiário dos resultados obtidos pela pessoa jurídica, esta acabava em uma zona cinzenta, onde embora tida brasileira, na verdade era estrangeira e, na via contrária, embora fosse efetivamente estrangeira, era tratada como brasileira.

3.2 OS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*“A solução pro nosso povo eu vou dar.
Negócio bom assim ninguém nunca viu.
Está tudo pronto aqui é só vir pegar.
A solução é alugar o Brasil!”*
Raul Seixas

Independente do juízo de valor que se queira fazer acerca do posicionamento do Poder Público na temática da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a

estrangeira até a abertura do século XXI, não seria exagero afirmar, diante daquele cenário não-restritivo, que a solução adotada era a de ‘alugar o Brasil’. Na verdade, ao que tudo indica, mais que o aluguel (arrendamento), o Brasil estava vendendo o próprio Brasil aos estrangeiros – já que as restrições pretendidas pela Lei 5.709/71 não detinham, neste ponto, o alcance efetivo pretendido pelo legislador quando de sua concepção –. Poder-se-ia, então, acrescentar à epígrafe a estrofe seguinte da música: ‘Os estrangeiros, eu sei que eles vão gostar. Tem o Atlântico! Tem vista para o mar! A amazônia é o jardim do quintal! E o dólar deles paga o nosso mingau!’?

Como foi possível observar ao longo do item anterior, chama a atenção que embora os pareceres de 1994 e 1998 emanados da AGU tenham sido confeccionados após a Constituição de 1988, não interpretou-se a propriedade idealizada na nova República, que através da Carta se aspirava. Nem isoladamente, menos ainda em consonância com os princípios constitucionais. Em outras palavras, sequer entrou em discussão a nova ótica constitucional de propriedade. Da mesma forma, não é possível atribuir à disposição sobre propriedade contida no Código Civil de 1916 o motivo para a alteração de posicionamento, quando adotou-se o não restritivo.

Na sequência cronológica, este item aborda a propriedade em um novo Direito Privado, inaugurado pelo Código Civil de 2002, o qual sinaliza buscar proximidade junto aos ditames constitucionais. A nova codificação civil acena para uma abertura de século com paradigmática alteração de ótica no que tange ao Direito Privado como um todo, agora pautado nos fundamentos da socialidade, concretude, eticidade e operabilidade. Repleto de cláusulas gerais.

A função social da propriedade pautada no fundamento da dignidade humana, prevista na Constituição vigente encontra abrigo no Código Civil de 2002, demandando uma análise mais detida, para a plena compreensão dos reflexos da constitucionalização do Direito Privado. Se no final do século XX, o debate acerca da (não) recepção pela Constituição Federal de 1988 do § 1º do artigo 1º da Lei 5.709 de 1971 não passou pela análise constitucional do direito de propriedade, é possível que esta nova perspectiva de Direito Privado provoque uma reapreciação da matéria, interferindo no posicionamento do poder público acerca da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira.

Com a promulgação da *Constituição Federal de 1988*, alguns conceitos clássicos

existentes no Direito Civil sofreram transformações profundas, seja em face do próprio texto constitucional, seja em face das interpretações decorrentes do espírito que esta passou a refletir no Direito como um todo. Inaugurando o Estado Democrático de Direito, estabelece que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’¹³⁹. Vê-se, portanto, que em um primeiro momento o ordenamento jurídico não faz distinção entre estrangeiro residente e brasileiro. É garantido a ambos, conforme expressa previsão, o *direito de propriedade*, com a ressalva de que *a propriedade atenderá a sua função social*.

Pelo *caput* é possível observar que tutela-se a propriedade como um direito fundamental. Porém, para que ela exista juridicamente como um direito fundamental a ser tutelado, a propriedade deve atender sua função social. Segundo Aronne, ‘Essa é a esfera discursiva do direito de propriedade como um direito fundamental, principiológica e geracionalmente complexo. Portanto, a propriedade tratar-se-á de um direito fundamental, somente em concreto, topicamente, nunca em abstrato.’¹⁴⁰

Ao incluir tais previsões no rol dos direitos e garantias fundamentais, o constituinte as considerou ‘parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico’.¹⁴¹ Embora já integrando o catálogo de direitos e garantias fundamentais, tanto a propriedade privada quanto a função social da propriedade foram incluídas entre os princípios referentes à ordem econômica¹⁴², como que reproduzindo, a princípio, os incisos do artigo 5º. Diz-se a princípio, pois em uma análise mais detida é possível constatar que trata-se do contrário. Tepedino é quem faz o alerta para esta situação, ao recordar que a constituição anterior já previa a função social da propriedade como um princípio geral. Segundo ele, ‘o que diferencia o texto atual em relação

¹³⁹ Artigo 5º, *caput* - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁴⁰ ARONNE, Ricardo. *Comentário ao artigo 5º, XXII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 312-314.

¹⁴¹ GONDINHO, André Osório. *Função Social da Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 412.

¹⁴² Artigo 170 - A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

ao anterior é que a propriedade e a função social tornaram-se princípios fundamentais do ordenamento, garantias individuais, e não apenas princípios da ordem econômica.¹⁴³

Por integrarem o rol de garantias fundamentais, constituem cláusula pétrea. Se é certa a impossibilidade de sua abolição como garantia, não menos certa é a intolerância do sistema com aquela propriedade voltada a interesses não condizentes com os interesses concretos dos grupamentos sociais em que se insere, principalmente em um Estado de dimensões continentais como o Brasil. Segundo Aronne, ‘As noções de coletividade e socialidade ganham um sentido jurídico revigorado na apreensão normativa, fluindo para todas as suas concretizações, seja no Direito Civil, da Cidade, Ambiental, Agrário, Mercantil ou até mesmo Penal.’¹⁴⁴

Diferentemente de outros países, onde a referência à função social é simplesmente isso – uma referência –, a própria Constituição Federal de 1988 se encarregou de buscar senão uma conceituação, ao menos uma indicação dos requisitos aptos a tornarem a propriedade rural cumpridora de sua função social:

Artigo 186, CF - 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.

A sua inobservância autoriza que se pense em *desapropriação*, eximindo-se, no entanto, as pequenas e médias propriedades rurais e as propriedades produtivas.¹⁴⁵ Resta claro

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14.

¹⁴⁴ ARONNE, Ricardo. *Comentário ao artigo 5º, XXII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 312-314.

¹⁴⁵ Artigo 184, *caput* - 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.

Artigo 185 - São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.*

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. BRASIL. Constituição da República Federativa do

que, ao estabelecer o dever de atender a função social da propriedade, o próprio entendimento sobre o direito de propriedade é alterado. Deixa de ser tido como um direito absoluto, devendo o proprietário atender à norma em prol da coletividade e cumprir, desta forma, com a função social da propriedade. Função esta que é dever do Estado fiscalizar na garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo.¹⁴⁶ Colocado de outra maneira, o proprietário possui a garantia de seus direitos, entretanto limitados aos interesses sociais de toda coletividade.

Neste sentido, José Afonso da Silva refere que:

A Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la; um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição.¹⁴⁷

A garantia ao atendimento da função social da propriedade implica em uma transformação incidente no fundamento dos poderes conferidos ao proprietário. É um instrumento que alberga em seu interior interesses privados de seu titular, bem como, interesses públicos e sociais, estando àqueles subordinados a estes. Com efeito, a Constituição vincula o cumprimento da função social da propriedade ao atendimento de interesses extraproprietários, relacionados ao meio ambiente equilibrado, às relações de trabalho, entre outros.

Mas a função social da propriedade afeta bem mais do que simplesmente o comportamento do proprietário. Sobre os destinatários deste princípio constitucional, Facchini Neto coloca que

[...] a força normativa do princípio da função social da propriedade destina-se a todos:

Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

* Artigo 6º da Lei nº 8.629/93: “Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, grau de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.” BRASIL. Lei nº 8.629 de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm.

¹⁴⁶ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 117.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 282.

ao legislador, que, ao inovar no plano normativo, necessariamente deverá levar em conta a função social da propriedade;
 ao jurista em geral, que, ao interpretar a legislação ordinária, deverá fazê-lo à luz desse princípio;
 ao magistrado, que, na aplicação do Direito ao caso concreto, igualmente deverá estar consciente das implicações práticas de tal princípio;
 bem como aos particulares, que nas suas relações entre si não poderão ignorar o significado e alcance do princípio da função social.¹⁴⁸

Gustavo Tepedino, ao mencionar que os programas de ação relacionados com a propriedade rural devem ser lidos como forma de dar conteúdo ao Código Civil e às leis especiais, assinala:

No artigo 3º, inciso III, o constituinte inseriu entre os objetivos fundamentais da República a *erradicação da pobreza*, introduzindo no sistema o princípio da igualdade substancial. [...] Finalmente, a *dignidade da pessoa humana* está também incluída nos fundamentos da República, pelo artigo 1º. Tais dispositivos fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo constitucionalmente determinado, a guiar o intérprete nos conflitos de interesse.¹⁴⁹ (grifo nosso)

Para Fachin, o princípio da função social da propriedade surgiu como resposta ao anseio de democratizar a propriedade, de torná-la menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção, pois, embora o direito de propriedade não seja concedido em função da sociedade, deve ser exercido em função desta.¹⁵⁰ A rigor, indica Gondinho que pela ‘sistemática da Constituição, será socialmente funcional a propriedade que, respeitando a dignidade humana, contribuir para o desenvolvimento nacional, para diminuição da pobreza e das desigualdades sociais.’ Dessa forma, entende que a função social erige-se como forma de prevenir que a propriedade encontre-se ‘reduzida de qualquer valor (propriedade formal), como um decadente título de nobreza’, concluindo que, apesar da necessidade de controle social sobre o comportamento do proprietário, este mantém seu *status* de dono.¹⁵¹

Sobre isso, Fontes coloca que em um

¹⁴⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *Comentário ao artigo 5º, XXIII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 314-317.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 15.

¹⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. *A Cidade Nuclear e o Direito Periférico* (reflexões sobre a propriedade urbana). *Revista dos Tribunais*, v. 743, 1996. p. 107-110.

¹⁵¹ GONDINHO, André Osório. *Função Social da Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 418.

sistema no qual é admitida a propriedade privada dos meios de produção, a propriedade não pode ser considerada apenas *ius utendi et abutendi*, sem nenhum controle sobre a atividade econômica. O controle social da iniciativa privada, para ter um significado, deve traduzir-se em limitações ao direito de propriedade dos meios de produção.¹⁵²

Assim, pondera-se que o constituinte não trouxe a função social como mera limitação ao exercício da propriedade, mas como princípio básico, que, pertencendo à estrutura, incide no conteúdo próprio do Direito. Com efeito, em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social, a função social surge como promotora dos valores fundamentais do ordenamento, que encontra na dignidade da pessoa humana seu eixo estrutural.¹⁵³

Nesse contexto, Kataoka assevera que atualmente

está-se diante de uma nova propriedade, fragmentada e inserida em um sistema em que ela perde a sua centralidade de direito por excelência para tornar-se um instrumento de realização de interesses não proprietários. [...] Se antes imperavam a liberdade de disciplina e a liberdade para negociar, hoje impera o ser humano em sua totalidade.¹⁵⁴

Dada a relevância que o *ser* passa a exercer no contexto do direito de propriedade, até mesmo em virtude da resignificação do *ter*, abre-se espaço para destacar a forte influência do fundamento constitucional da *dignidade da pessoa humana* sobre o desenvolvimento de uma nova visão acerca do direito das obrigações, de família e de propriedade. Do Direito Privado, enfim. Até mesmo como forma de enquadrar o fundamento da socialidade no Código Civil atual e, via de consequência, a função social da propriedade. Por integrar o rol do dispositivo constitucional inaugural, o qual, por sua vez, contempla os princípios que fundamentam o Brasil, a dignidade da pessoa humana representa forte eixo valorativo para todo o Direito, demandando uma análise mais detida.

Sobre isso, Sarlet coloca que

¹⁵² FONTES, André R. C. *Limitações constitucionais ao direito de propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Civil - Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 435.

¹⁵³ GONDINHO, André Osório. Op. cit. p. 419-420.

¹⁵⁴ KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Civil - Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 464.

[...] não foi por acidente que a dignidade não constou no rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.¹⁵⁵

Para que receba o tratamento devido, necessária a delimitação de seu *espaço jurídico*, isto é, promover sua diferenciação em relação ao espaço ocupado pelos direitos humanos. Como alerta Barretto, ‘o fascínio pela expressão ‘direitos humanos’ serve muitas vezes como guarda-chuva ideológico, legitimador de teorias e práticas as mais diversas’¹⁵⁶. Assim, é preciso que se tenha presente o traço distintivo destas concepções para que não se utilize erroneamente as expressões direitos humanos e dignidade humana, para representar o que de fato não lhes toca. Que cada guarda-chuva abrigue e proteja somente o que lhe é devido.

Desta feita, refere-se que dignidade humana e direitos humanos se encontram em *planos epistemológicos distintos*. A dignidade humana designa não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos. A diferenciação existe, então, na medida em que enquanto os direitos humanos representaram a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie. Em outras palavras, enquanto os direitos humanos estão voltados para as liberdades – em relação ao Estado –, a dignidade humana diz com a humanidade – que há em todos seres humanos–

¹⁵⁷

A relevância de tal distinção, segundo Barretto, reside no fato de que ‘uma simplificação epistemológica terminaria por sujeitar o conceito de dignidade humana (...) ao conceito de direitos humanos, que se encontra juridicamente estabelecido.’¹⁵⁸ Na sua acepção jurídica, a dignidade humana não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo. Isto decorre do fato de que o direito repousa sobre algumas verdades indemonstráveis, que devem ser admitidas por todos. A dignidade humana encontra-se na ordem daquilo que não é demonstrável, mas que existe como pré-condição.¹⁵⁹

Partindo daí, adentra-se um pouco mais na essência da expressão dignidade da pessoa

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentário ao artigo 1º, III*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 121-128.

¹⁵⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57. Em nota de rodapé, na mesma página, o autor faz referência a outros textos que tratam do tema.

¹⁵⁷ EDELMAN, Bernard. *La personne em danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999. p.505.

¹⁵⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Op. cit.* p. 59.

¹⁵⁹ *Ibidem.* p. 62.

humana. Bragato refere que ‘o conceito de dignidade humana depende do modo como se compreenda a ideia de pessoa.’¹⁶⁰ Em sucinto apanhado histórico, vê-se que o Período Humanista inaugurado pelos sofistas fica bem representado no pensamento de Protágoras, para quem ‘o homem é a medida de todas as coisas, daquelas que são por aquilo que são e daquelas que não são por aquilo que não são’. Destaca-se, neste ponto, o advento do Relativismo Ocidental e a conseqüente irrestrita confiança na razão humana. Já na Modernidade, aparece a figura do sujeito como uma solução para a oposição entre *essência* dos gregos e a *existência* dos cristãos, como emblema da guinada antropocêntrica – *imago Dei* –. O cogito cartesiano – penso, logo existo – vem elevar o homem à causa de sua própria existência inteligível ou do seu ser racional. Neste cenário se funde a cultura ocidental – de homem como pessoa –. E *pessoa* acaba por se transformar no ‘valor-fonte de todo um sistema de valores na evolução política, jurídica e social do mundo moderno.’¹⁶¹

Neste percurso, Locke introduziu consciência ao conceito de pessoa, observando a identidade pessoal como identidade de consciência. Tornou o conceito de pessoa dependente da verificabilidade empírica da consciência.¹⁶² Já Kant refere a liberdade racional como núcleo da vida moral. Trata a moralidade como submissão à lei, pela própria condição de seres autônomos, ou seja, agir segundo a representação das leis morais, cujo fundamento é o próprio homem, como um fim em si mesmo. Observa *pessoa* enquanto *ser moral*; *ser humano* enquanto *ser corporal*; e *autonomia*, como fundamento. O fundamento do dever moral é: age como se a máxima da tua ação pudesse ser tornada lei universal.¹⁶³

Curta passagem resume a ideia central em Kant:

no reino dos fins [aquele que Kant se refere como sendo a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns] tudo tem ou um PREÇO ou uma DIGNIDADE. Quando uma coisa tem um PREÇO, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem DIGNIDADE. Aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tendo somente um valor relativo, isto é, um PREÇO, mas um valor intrínseco, isto é, DIGNIDADE.¹⁶⁴

¹⁶⁰ BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas*. São Leopoldo, 2010. Fornecido pela autora. p.1.

¹⁶¹ VAZ, Henrique C. De Lima. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992. p. 220.

¹⁶² LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. V. I. Livro II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 450.

¹⁶³ KANT, Immanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.58.

¹⁶⁴ KANT, Immanuel. Op. cit. p.77.

Diante de tantas e tamanhas modificações ao longo da história, Bragato refere que ‘a diversidade de interpretações que o elemento subjetivo da ideia de dignidade gera, permite que se fale em tipos de dignidade.’¹⁶⁵ Estes tipos, ou variedades, são nominadas por Nordenfeld, em: ‘Dignidade como Mérito, Dignidade como Estatura Moral, A Dignidade da Identidade, e A Dignidade da Menschenwürde.’¹⁶⁶ A Dignidade como Mérito está ligada ao *status* social; às noções de direitos e respeito, notadamente as relacionadas às respectivas posições que ocupam. É observada uma subdivisão entre formal e informal, onde a dignidade formal de mérito assim o é, pois pendente de ato solene, como por exemplo o rei, bispo, médico, etc. De outro lado, a dignidade informal de mérito diz com, por exemplo, os atletas – no Brasil, os jogadores de futebol.¹⁶⁷

A Dignidade como Estrutura Moral aparece como o resultado das ações do sujeito. Ações estas de acordo com a *lei moral*, em outras palavras, relacionadas à conduta digna (*dignified conduct*); varia de uma posição extremamente alta até uma muito baixa (dependendo do *valor moral*); é dependente da imagem pública. A Dignidade de Identidade, por outro lado, está mais vinculada à noção de integridade e autonomia do corpo e da mente do ser humano; a auto-imagem (*how we attach to ourselves*); auto-estima, auto-confiança, respeito próprio. Esta variedade pode ser tirada de nós por eventos externos, não apenas na esfera psicológica, mas invadindo nossa esfera privada, colocando como exemplos qualquer espécie de humilhação, ferimento, doença, prisão, etc.¹⁶⁸

Alguns pontos em comum entre os diversos tipos de dignidade são vislumbrados, tais como: variam de acordo com a posição social, estatura moral ou nível de integridade físico-mental; podem ser adquiridas, perdidas, readquiridas, e assim indistintamente. Por fim, a dignidade de *Menschenwürde* é aqui reduzida e pasteurizada como aquela ‘pertencente a todo ser humano na mesma dimensão e extensão, a qual não pode ser perdida enquanto esse ser estiver vivo’.¹⁶⁹ Se reduzir o pensamento acerca da dignidade de *menschenwürde* a uma oração é uma grosseria, por outro lado, somente deste trecho já é possível extrair que ela – dignidade – pertence a todo e qualquer ser humano, indistintamente.

Sobre a natureza ontológica da dignidade humana, Baerstchi questiona: ‘O que diz

¹⁶⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas*. São Leopoldo, 2010. Fornecido pela autora. p.10.

¹⁶⁶ NORDENFELT, Lennart. *The Varieties of Dignity*. Health Care Analysis, June 2004, vol. 12, nº 2. 2004. p. 69-81.

¹⁶⁷ NORDENFELT, Lennart. Op. cit. p. 71-72.

¹⁶⁸ NORDENFELT, Lennart. Op. cit. p. 72-77.

¹⁶⁹ NORDENFELT, Lennart. Op. cit. p. 77-80.

então essa dignidade, no sentido ontológico? O que acrescenta ao conteúdo de pessoa? E ele próprio assim responde: ‘Nada de muito substancial: ela é sobretudo um vocábulo honorífico que utilizamos para marcar o valor ontológico particular da pessoa em relação aos outros seres.’¹⁷⁰ Visto que o antigo conceito de pessoa sofreu uma profunda inflexão na Modernidade, a necessidade de assumir papéis sociais migra para a singularidade individual da natureza concreta do ser humano.¹⁷¹ Aproveitando-se de duas correntes estudadas anteriormente, quais sejam, a do personalismo ético – Locke – e a atualista ou neokantiana – Kant –, vê-se estabelecida uma relação entre os conceitos de *pessoa*, *ser humano* e *dignidade* sob três perspectivas distintas.

Como primeira perspectiva, é possível observar que não há uma identidade lógica e ontológica entre os conceitos de *ser humano* e *pessoa*. No entanto, ela é irrelevante para que se reconheça dignidade a todo e qualquer ser humano. Assim, não se mostra adequado falar em dignidade da pessoa humana, senão dignidade do ser humano ou simplesmente dignidade humana. Na segunda perspectiva, é observada uma ampliação e ressignificação do conceito de *pessoa*. E inserte na antropologia personalista, são identificadas três estruturas, quais sejam, a estrutura somática, a estrutura psíquica, e a estrutura espiritual. Tais estruturas antropológicas asseguram a identidade ontológica do ser humano. De acordo com uma terceira perspectiva vislumbrada, a corrente atualista não identifica os conceitos de *pessoa* e *ser humano*. Têm dignidade humana somente as pessoas no pleno exercício das capacidades humanas (adulto saudável). Nesse caso, se mostra adequado falar em dignidade da pessoa humana. As constituições e declarações de direitos do estado liberal fundamentavam-se mais sobre as noções de liberdade e de igualdade do que de dignidade. Prova disto, é que a dignidade humana não figura: nem na declaração de independência dos EUA; nem na declaração da Revolução Francesa.¹⁷²

Os direitos fundamentais eram identificados como o espaço jurídico dentro do qual era garantida a propriedade, que junto com o contrato e a família, constituíam os três pilares institucionais da sociedade liberal burguesa. A dignidade humana é um direito do homem que surge em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa, que se situem para além dos direitos individuais. A dignidade humana constitui, assim, a fonte

¹⁷⁰ BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade*. Antropologia e ética das biotecnologias. São Paulo: Loyola, 2009. p. 189-190.

¹⁷¹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas*. São Leopoldo, 2010. Fornecido pela autora. p.12.

¹⁷² BRAGATO, Fernanda Frizzo. Op. cit. p.12-13.

legitimadora de todos os demais direitos fundamentais. Como conciliar, então, a liberdade individual e o princípio da dignidade humana, que lhe é fundamental? Talvez a resposta encontre-se em aceitar que a *natureza* do princípio da dignidade humana nos força reconhecer que o seu conteúdo é verdadeiro núcleo pétreo da vida humana regulando de forma absoluta as relações interindividuais e entre a coletividade e os indivíduos.¹⁷³

A dignidade humana baseia-se, assim, no fato de que todo ser humano é pessoa, impondo-se, conseqüentemente, a necessidade de respeitar os interesses básicos do ser humano na exata medida em que esses reclamarem proteção e respeito. Para Fabre-Magran, há que se ter cautela ao analisar esta relação entre liberdade e dignidade, pois ‘a liberdade do homem é essencial para a sua dignidade, mas não é suficiente, pois a liberdade é precisamente também a liberdade da desumanidade.’¹⁷⁴ Neste meandro entre o individual e o social, entre liberal e o intervencionista, próprio da discussão dicotômica trabalhada no capítulo anterior, é possível aventar que dignidade (da pessoa) humana interfere na maneira de analisar o Direito. Afinal, constitui a fonte legitimadora de todos os demais direitos fundamentais, como um dos pilares de sustentação da República brasileira.

Com esta reflexão acerca do fundamento constitucional da dignidade (da pessoa) humana, o foco das contribuições advinda da nova ordem constitucional é desviado para os períodos que sucedem. Na transição do século XX para o século XXI – onde já inaugurado o tempo da constituição cidadã, mas ainda sob a égide do Código Civil anterior –, se deu no Brasil o ápice do que Natalino Irti havia anunciado como a *era da descodificação*¹⁷⁵, a qual, como visto, é consequência da substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos, verdadeiros microssistemas do Direito Privado. Tepedino coloca que ‘a teoria da propriedade já não responde à pluralidade de situações jurídicas em que se dá o exercício do domínio que, por isso mesmo, se fragmenta.’¹⁷⁶

No âmbito do direito comercial, por exemplo, o direito de propriedade, unitariamente concebido, não é suficiente para abranger a cisão operada entre o controle da empresa e a titularidade das ações. Este polissistema, onde gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias a prescindir do Código Civil, teriam gerado um Direito Civil

¹⁷³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73.

¹⁷⁴ FABRE-MAGRAN, Muriel. *Dignité Humaine*. In: Dictionnaire des Droits de l’Homme. Paris: PUF, 2008, p.77.

¹⁷⁵ IRTI, Natalino. *L’eta della descodificazione*. Milão: A. Giuffrè, 1989.

¹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

fragmentado. Por estas e outras que ‘este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização da propriedade.’¹⁷⁷, como alerta Venosa.

De qualquer sorte, mesmo reconhecendo a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Caso este se mostre incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional pode fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de Direito Privado, determinando, por conseguinte, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recuperar-se-ia, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.¹⁷⁸

E nesta constante interpenetração entre ambos os ramos do Direito, é aprovado o novo *Código Civil*, no ano de 2002. Através dele, o movimento da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado – enquanto herança do positivismo – ganha novos contornos. Busca trilhar um caminho de superação de uma visão diametralmente oposta, o que influiria diretamente na questão relativa à aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira. A codificação civil atual emerge dentro de um novo paradigma constitucional(izado), indubitavelmente, estabelecendo uma nova ótica acerca dos pilares do Direito Privado – propriedade, obrigações e família –. Por conta das mais variadas transformações vislumbradas, faz-se agora uma análise detida de toda esta complexa relação entre as esferas do Direito, no que se relaciona com a propriedade. Ao dispor sobre a natureza jurídica da propriedade neste viés, Venosa explica que esta ‘decorre da própria natureza humana. Sua utilidade social deve ser sopesada com a proteção do direito garantidor da propriedade privada. Negar a propriedade individual é negar a própria natureza humana.’¹⁷⁹

Várias, no entanto, são as novidades. Convencido da impossibilidade de legislar sobre todos os fatos que pudessem interessar ao Direito, segundo um modelo de regras, o legislador se vale, como visto no capítulo anterior, de cláusulas gerais. Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: tipo restritivo; tipo regulativo; e tipo extensivo. No primeiro caso, delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico,

¹⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. vol. 5. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 172.

¹⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14.

¹⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. vol. 5. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 177.

como é o caso da função social. No segundo, atuam como cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei. Por fim, no terceiro, servem para ampliar determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos.¹⁸⁰

Três, também, são as funções preponderantes que as cláusulas gerais carregam consigo. Em primeiro lugar, aparece a função de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. O alcance para além do caso concreto ocorre pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados. Especifica-se aí não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão da sua normatividade. Uma segunda função é permitir a mobilidade externa do sistema. Assim, tem as cláusulas primeiramente função individualizadora, conduzindo ao direito do caso, e secundariamente, função generalizadora, permitindo a formação de instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito. Servem, ainda, exercendo uma terceira função, como elemento de conexão. Promovem a integração intrassistemática – entre as várias disposições contidas no Código Civil – e integração inter sistemática – facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais –.¹⁸¹

Neste cenário, de um lado o Código Civil outorga ao proprietário os direitos inerentes à propriedade, ao dispor que o mesmo tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha¹⁸². Isto em consonância com o entendimento anterior (1916) de que a ‘propriedade é o direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se pode referir’¹⁸³. Por outro lado, todavia, seguindo orientação da Carta de 1988 que valoriza a terra como bem socialmente útil, prescreveu o legislador ordinário que o Direito de Propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico,

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 139. Brasília, 1998. p. 10.

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 139. Brasília, 1998. p. 7-11.

¹⁸² BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

¹⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 448.

bem como evitada a poluição do ar e das águas.¹⁸⁴

O domínio é a expressão jurídica dos vínculos possíveis entre os sujeitos, individual ou coletivamente considerados, e o patrimônio material ou imaterial que se põe a apropriação na sociedade complexa e as múltiplas relações que a compõem, recortadas pelos muitos sistemas costurados pela epistemologia que o olhar racionalizante e disciplinador lhe aplicou.¹⁸⁵ A novidade fica por conta do *interesse social*, que ingressa no concurso de interesses na titularidade privada, conformando a noção contemporânea do instituto.

Essa funcionalização, portanto, é uma operação de redução da amplitude dos poderes do titular privado. Quando a Constituição prevê que na ordem econômica um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá direção.¹⁸⁶ E foi exatamente por onde trilhou o legislador civil, seguindo as diretrizes constitucionais. Deve-se desde logo ter em mente, no entanto, a ressalva de que não se pode confundir função social da propriedade com simples limitações ao exercício do direito de propriedade, decorrentes do direito de vizinhança, do poder de polícia ou de normas urbanísticas e administrativas, previstas na legislação ordinária. Conforme Perlingieri,

[...] a função social, vista pelo seu prisma negativo, como o conjunto dos limites, estaria voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais, sem os limites, ficariam íntegros e livres. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social, porém, assume também uma função positiva, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento, dentre os quais a dignidade de cada cidadão e o desenvolvimento de todas as potencialidades inerentes à sua personalidade.¹⁸⁷

Estes são, sem dúvida, alguns reflexos da Constitucionalização do Direito (Privado) na propriedade imobiliária do início do século XXI. Mesmo sabendo que a chamada

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁸⁵ ARONNE, Ricardo. *Comentário ao artigo 5º, XXII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 312-314.

¹⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 208-209.

¹⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 226.

Constitucionalização do Direito é visto por alguns autores como ‘a ruptura de um modelo patrimonialista, de cunho liberal, em favor de um padrão estatal intervencionista baseado na dignidade da pessoa humana’¹⁸⁸; E que caracteriza-se, pois, pela ‘mudança da ética individual da vontade e da liberdade para uma ética social da responsabilidade solidária’¹⁸⁹; Aventurear que, por conta disso, o Código Civil Brasileiro teria sua força relativizada frente à ordem jurídica, terminaria por (re)abrir espaço ao polêmico debate entre a delimitação dos espaços público e privado. Mas a análise realizada anteriormente aponta no sentido contrário. Distinção sim, dicotomia não.

Nessa linha, embora possa ter sido visto com alguma reticência no início – até por conta do desconhecimento da sistemática decorrente da inclusão de cláusulas gerais no Direito (Privado) –, não seria demasiado abstrair que o Código Civil de 2002 acabou aproximando seu texto da essência constitucional, operando como um elemento agregador entre Direito Público e Direito Privado, atuando como colaborador da superação de uma visão dicotômica. Ironicamente, enquanto a codificação inaugurada pelo positivismo exegetico dois séculos atrás foi responsável direta pela instauração da visão dicotômica, a codificação a servir de base para a sociedade do (início do) século XXI, serve de ferramenta para sua superação, já que alinhada aos ditames constitucionais. Resta saber se foram as inovadoras disposições do Código Civil atual, mais alinhado às disposições constitucionais, que contribuíram para que fosse elaborado o Parecer CGU/AGU Nº 01/2008-RVJ da Advocacia Geral da União (AGU), responsável por desencadear nova mudança – logo, a alternância – no posicionamento pelo Poder Público acerca da aquisição de imóveis rurais situados no Brasil por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36, n. 141. Brasília Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1999.

¹⁸⁹ VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *O Chamado Direito Civil Constitucional*. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 178.

4 NOVOS “PROBLEMAS” À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA RURAL BRASILEIRA NO SÉCULO XXI: IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES À SUA AQUISIÇÃO POR PESSOA JURÍDICA BRASILEIRA EQUIPARADA A ESTRANGEIRA E SEUS DESDOBRAMENTOS.

Se, por um lado, no período compreendido entre 1971 e 1988 era impostas às pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira as restrições próprias de uma aquisição de imóvel rural por estrangeiro; por outro, é possível considerar que desde o advento da atual Constituição Federal até o fim do século XX, as pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira não enfrentavam quaisquer restrições quando da aquisição de imóveis rurais situados no Brasil.

Ocorre que ao cabo da primeira década do século XXI, verifica-se um mundo completamente diferente do experimentado ao final do século anterior. E o Brasil, por óbvio, não está excluído desta constatação. Mesmo tendo se passado apenas 10 anos do Parecer de 1998 e um total de 20 anos desde o advento da Constituição Federal de 1988, definitivamente o planeta não é mais o mesmo.

A comunicação, especialmente através da rede mundial de computadores (*internet*), se dá de forma plúrima e ininterrupta. A informação circula praticamente sem obstáculos, viabilizando a expansão dos mercados e potencializando exponencialmente o comércio internacional, o que acaba por propiciar uma franca aproximação entre os países. Desenvolve-se um interesse pela cultura do outro.

Barreiras físicas e fronteiras geopolíticas são minimizadas, senão derrubadas, tornando a sociedade uma teia complexa e quase ilimitada de relações e possibilidades. O transporte de pessoas e mercadorias é otimizada e facilitada pelos meios disponibilizados. Neste cenário, empresas de atuação global buscam a todo momento as melhores oportunidades, dentro dos mais diversos ramos de negócios, nas mais diversas localidades da Terra.

E o Direito busca, com todas as suas limitações, dar resposta a estas significativas mudanças da sociedade. Viu-se que, especialmente através das cláusulas gerais, a nova codificação civil acabou servindo como um elo de ligação entre Direito Público e Direito

Privado na caminhada pela superação de uma visão dicotômica inaugurada dois séculos antes.

Remanesceu, entretanto, do capítulo anterior, a dúvida se foram efetivamente as disposições do novo Código Civil que contribuíram de modo contundente para a elaboração do Parecer de 2008, responsável por novamente tornar como posicionamento oficial do Poder Público a imposição de restrições à aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras. Afinal de contas, chama a atenção que: mesmo diante de uma série de leis e constituições ao longo da história brasileira; mesmo diante de elementos os mais destacados no ordenamento jurídico pátrio, como a propriedade para o Direito Privado e a soberania para o Direito Público; mesmo diante parlamentares incumbidos de debater projetos de lei, na condição de representantes do povo que são para a confecção de leis; mesmo diante de um Tribunal Constitucional criado para analisar a situação de leis e outros atos normativos em relação à Constituição Federal; tenha tocado à órgão do Poder Executivo Federal, através de pareceres, a definição do posicionamento brasileiro sobre matéria estratégica em termos de interesse nacional.

Aliás, veja-se que em termos procedimentais não são encontradas grandes dificuldades para a emissão de um parecer. Em resumo, o Consultor-Geral da União pode ser responsável pela elaboração de Parecer. Neste caso, deve ser aprovado pelo Advogado-Geral da União e submetido ao Presidente da República. Se por aprovado pelo Chefe do Poder Executivo Federal e publicado no DOU, torna-se vinculante para toda a administração pública federal. Verifica-se, aqui, a necessidade de uma observação transdisciplinar, onde a complexa realidade social desvela uma atuação jurídica incidente sobre as mais diversas *epistêmes*.

Segundo Rocha

[...] para se observar o Direito, não posso observá-lo somente como Direito, tenho que vê-lo imbricado, envelopado, com as outras áreas do conhecimento. Porém, é preciso observar-se isso, não como uma situação caótica, onde não sei bem os limites do que seja Direito, biologia ou política. Precisa-se realizar uma observação com certos critérios. Ou seja, é preciso observar-se o Direito dentro de uma sociedade complexa. Se não observar o direito dentro de uma sociedade complexa, não se observa nada. E digo mais, não há outra alternativa.¹⁹⁰

¹⁹⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Sistema do Direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à Autopoiese*. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Anuario 2005, n. 2. (Organizadores André Copetti, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 189.

No tocante à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira, é dentro desta intrincada e multifacetada realidade, decorrente de toda esta caminhada remontada até aqui, que emerge o *Parecer CGU/AGU n° 01/2008-RVJ*. Oportuno o ensinamento do Professor Leonel, pois de uma leitura geral de tudo quanto exposto até o momento, não é possível desvincular os posicionamentos adotados ao longo da história com questões de política pública adotada por cada governo federal ao seu tempo.

Não se está a julgar entre certo e errado. Somente faz-se a referência de que os posicionamentos adotados no século estão mais próximos de uma decisão política do que de uma efetiva interpretação do ordenamento jurídico pátrio. Não importa que julgamento se queira fazer sobre as decisões tomadas ao longo das décadas, se certas ou erradas. O questionamento levantado sobre a via eleita é mais amplo: deveria caber a estes órgãos, nestes moldes, a decisão acerca da destinação do território brasileiro, assunto notadamente da mais alta importância e complexidade – ainda mais quando pensada a reforma agrária pelo constituinte originário –, a demandar largo debate?

Note-se que, da mesma forma, não se está a dizer que a solução reside na confecção de uma lei, pura e simplesmente. Novamente a pergunta está vinculada a uma amplitude maior: onde fica a segurança jurídica, se de tempos em tempos for possível trocar o posicionamento de questão tão relevante? Afinal, caso trate-se de questão de políticas públicas, nada impede que o próximo governo eleito altere novamente o posicionamento oficial. Ao menos até o advento do século XXI, a impressão que se tem é de que, primeiro se toma a decisão política para, somente depois, através do uso da linguagem, indicar os (pseudo)fundamentos a embasarem a decisão tomada.

No caso do Parecer de 2008, é possível vislumbrar uma preocupação do Consultor-Geral da União – e até mesmo um tom de necessidade de modificação de posicionamento – sobre a aquisição e o arrendamento de terras no território nacional, realizadas por empresas brasileiras cujo controle acionário e controle de gestão estivessem nas mãos de estrangeiros não-residentes. Refere que “no mínimo desde 1994, data da primeira manifestação da Advocacia-Geral da União sobre o tema (Parecer GQ-22), ratificada em 1998 (Parecer GQ-181), o Estado brasileiro perdera as condições objetivas de proceder a um controle efetivo”.¹⁹¹

¹⁹¹ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU n° 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Dispõe sobre a aquisição de terras por estrangeiros. Revisão do Parecer GQ-181, de 1998, e GQ-22, de 1994. Recepção do § 1º do art. 1º da Lei n° 5.709, de 1971, à luz da Constituição Federal de 1988. Equiparação de

O Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA igualmente manifestou-se contrário a posição até então adotada. Inicialmente, indicou que os dados do Sistema Nacional de Cadastro Rural referentes à distribuição do número de imóveis e da área por detentores estrangeiros, por unidade da federação, não refletem a realidade fática, no tocante à forma de detenção por estrangeiros, pelo fato de aquela autarquia não dispor dos *mecanismos de controle* adequado. Além disso, referiu que a manutenção do posicionamento não restritivo

[...] permite a ocupação desenfreada de terras em nível nacional por estrangeiros, mascaradas legalmente, com a justificativa de serem adquiridas por empresas brasileiras. Além disso, os serviços registrares entendem não ser necessário a comunicação à Corregedoria da Justiça dos Estados e ao INCRA da relação dessas aquisições.

[...] Desta forma, caso haja real interesse no controle de aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, no entendimento da Divisão de Fiscalização e Controle de Aquisições por estrangeiros, o parecer da AGU deve ser revisto, uma vez que a redação vigente não permite um controle mais efetivo das aquisições efetuadas por pessoas jurídicas brasileiras com capital estrangeiro.¹⁹²

Contestando os pareceres que lhe sucederam, vem o Parecer de 2008 emitido pelo Consultor-Geral da União proceder a uma releitura da problemática envolvendo a recepção da Lei 5.709 de 1971 pela Constituição Federal de 1988, especificamente no tocante à aquisição (e ao arrendamento) de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira. A seguir, são observados os argumentos utilizados para a emissão do Parecer responsável pelo atual posicionamento e seu alinhamento com a hermenêutica constitucional. A fim de projetar desafios futuros, uma reflexão é realizada sobre a via eleita, bem como sobre os desdobramentos da alternância de posicionamento no que se relaciona à função social da propriedade, à dignidade humana e à implementação das pretendidas restrições.

empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br . Acesso em 14.02.2014.

¹⁹² BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Dispõe sobre a aquisição de terras por estrangeiros. Revisão do Parecer GQ-181, de 1998, e GQ-22, de 1994. Recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, à luz da Constituição Federal de 1988. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br . Acesso em 14.02.2014.

4.1 A PESSOA JURÍDICA BRASILEIRA EQUIPARADA A ESTRANGEIRA E A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO BRASIL, CONSIDERANDO A ATRIBUIÇÃO (HERMENÊUTICA) DE SENTIDO

*“Os limites da linguagem
significam os limites do mundo.”*
Ludwig Wittgenstein

Assim como no século passado utilizou-se a linguagem para interpretar – de modo evasivo e incompleto, é verdade – o novo ordenamento constitucional como não restritivo, diante desta nova percepção de propriedade – e de Direito Privado como um todo –, é também tarefa da linguagem – agora no viés hermenêutico – estabelecer uma releitura da temática frente aos novos paradigmas normativos. Se entende que este estudo seja para viabilizar

[...] que o novo venha à tona pela mediação do antigo, constituindo assim um processo de comunicação cuja estrutura corresponde ao modelo do diálogo. É a partir daí que tomo a pretensão da hermenêutica à universalidade. Ela não significa nada menos do que isso: a linguagem forma a base de tudo o que constitui o homem e a sociedade¹⁹³

O novo sobre o direito de propriedade trazido pela Constituição do Brasil e, depois, ratificado pelo atual Código Civil, precisa vir à tona, mas se nutre a partir da tradição gerada pelas Constituições e Código Civil anteriores. Para tanto, há que se realizar uma leitura integrada do objeto de análise – a Lei 5.709/71, no caso – em consonância com os ditames constitucionais, valendo-se de métodos clássicos de hermenêutica aplicados à interpretação constitucional, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da máxima efetividade das normas e demais princípios* constantes da Constituição Federal de 1988, aplicáveis à matéria.

Na sua origem etimológica, a palavra hermenêutica vem de Hermes, o Deus mensageiro na mitologia grega que transportava as mensagens dos deuses para os humanos. Então, quando se pensa em hermenêutica – amplamente concebida –, é estabelecido um entendimento relacionado com a transmissão de mensagens. No caso da hermenêutica

¹⁹³ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 14.

jurídica, propriamente, a mensagem a ser transmitida diz com a norma que tem, de alguma maneira, de ser aplicada a um caso concreto. A Constituição é um texto, na perspectiva hermenêutica aqui adotada e, enquanto tal, guarda uma série de peculiaridades, em especial por ser regramento do fenômeno político. Já por isso, é inevitável que a interpretação constitucional, de alguma maneira, esteja permeada pela política.

Outra característica importante das constituições – e que também se reflete na hermenêutica – diz com o fato desta ser a norma suprema. Se considerada a pirâmide de Kelsen, a Constituição é, enquanto norma jurídica, superior a todas as demais. Ora, quando interpreta-se um decreto, é possível colher subsídios da lei, da qual aquele decreto decorre. Da mesma forma, quando interpreta-se uma lei, tem-se a Constituição a apontar certos parâmetros. Agora, no momento de interpretar a Constituição não é possível – ao menos do ponto de vista jurídico-formal – recorrer a nada mais. Esta constatação certamente amplia o grau de subjetivismo do intérprete, o que gera a necessidade primordial, ao se falar em hermenêutica constitucional, de efetivamente entender os princípios que gravitam em sua órbita.

Por conta disso, não se pode esquecer: ‘toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível reconquistará finalmente a sua consistência’¹⁹⁴ O novo trazido pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002 ainda está pendente de uma efetiva prevalência sobre o anterior. É preciso suspender os antigos preconceitos, para que o novo possa se instalar. Neste sentido, Barroso aponta que:

o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie. É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, tem eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, tem,

¹⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 14.

normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.¹⁹⁵

Tratando-se a Constituição, assim, do ambiente natural dos princípios jurídicos, é possível referir que estes acabam por constituir a síntese dos valores principais da ordem jurídica. Desta feita, os princípios constitucionais, além de refletirem a própria essência do regime político adotado e os exatos valores supremos da ordem jurídica, enquanto normas superiores e axiologicamente orientadas – função fundamentadora – exprimem, também, a função de disposição efetiva, subsumível ao caso concreto, ainda que, prefacialmente, não possuam endereçamento definitivo. Para além dessa função normativa, que se extrai automaticamente da sua própria natureza jurídica, o caráter de fecundidade dos princípios lhes confere a função interpretativa e função integrativa, ligada à clássica noção de *princípios gerais do Direito*.¹⁹⁶

Os princípios informam, então, as normas jurídicas concretas, concebidas a partir da interpretação ou hermenêutica inventivas ou, ainda, da argumentação, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio, como pretende Dworkin, ao citar o arquetípico exemplo de prevalência principiológica contida no caso *Riggs versus Palmer*, decidido pela corte de Nova Iorque em 1889, no qual um neto foi condenado pelo assassinato de seu avô, com a intenção de receber sua herança, ficando dela privado, posto que aquela Corte justificou o seu entendimento no princípio de que ninguém pode se beneficiar de seus próprios delitos’, a despeito da lei sobre sucessões dispor o contrário.¹⁹⁷

Apesar da transição paradigmática por que passa o saber jurídico contemporâneo – centrada na ideia de resgate dos princípios jurídicos e de toda a sua força normativa – verifica-se, ainda, alguma resistência da doutrina e da jurisprudência em reconhecer a importância dos princípios não escritos de um dado ordenamento. No entanto, é inegável a presença e importância dos princípios implícitos – ou seja, aqueles que não foram enunciados em normas escritas –, devendo estes receberem aplicabilidade normativa plena, prevalecendo,

¹⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 209.

¹⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 148.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. 1ª ed (em português). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 214-217.

inclusive, sobre algumas regras expressas.¹⁹⁸

Outro ponto que promove uma verdadeira reviravolta na forma de ler e entender a Constituição se dá com a lição de Hesse, já mencionada em parte. Como visto, poucas décadas após a consagração do modelo constitucional na teoria pura de Kelsen, o alemão Konrad Hesse passou a ser a principal referência no que toca à concepção jurídico-positiva da Constituição, com seu célebre ensaio denominado *A força normativa da Constituição*.

Opondo-se claramente a Lassale – e sua célebre doutrina sociológica da Constituição¹⁹⁹ –, Hesse considera que se a realidade social influi sobre o Direito, por outro lado o Direito também influencia e condiciona a realidade social, operando comandos normativos com força de concretização plena em situações específicas. Ao reconhecer a vontade constitucional – *Wille zur Verfassung* – de uma nação, é exigível ao Estado dotar a ordem jurídica de mecanismos que assegurem a concreta aplicação dos preceitos constitucionais.²⁰⁰

Esse contraponto de Hesse não contraria, no entanto, o pensamento de Lassale. Do diálogo travado entre os dois constitucionalistas, extrai-se que a Constituição não configura apenas a expressão do modo ser do Estado, mas também um dever dirigido a sociedade como um todo. Ao lado da força condicionante da realidade, encontramos a normatividade da Constituição. A *Constituição real* e a *Constituição jurídica* condicionam-se mutuamente, mas não guardam relação de dependência uma com relação a outra. Embora de início não se atribuisse uma força normativa aos princípios, na atualidade, em decorrência da evolução do(s) positivismo(s) jurídico(s), chegando-se ao pós-positivismo, as ‘novas Constituições Promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais’.²⁰¹

A partir do momento em que a Constituição tem uma pretensão de eficácia normativa que não se confunde com as condições de sua realização, não pode representar somente a expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*. A *força normativa* da Constituição mencionada por Hesse, todavia, não seria somente a adequação do texto constitucional à

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª ed. (em português). São Paulo: Martins Fontes, 2010. Outrossim, faz-se obrigatório recordar o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, que dispõe: 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.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁹⁹ LASALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Rio de Janeiro: Editora Global, 1987.

²⁰⁰ HESSE, Konrad. *Direito Constitucional e Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 117.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237.

realidade concreta. Mais do que um simples retrato da realidade, ela impõe tarefas que devem ser efetivamente realizadas no tempo. No entanto, isso se dará somente se existir a chamada *vontade de constituição*. Essa *vontade* possui três vertentes: a compreensão da necessidade de uma ordem normativa conta o arbítrio; a constatação de que essa ordem não é eficaz sem o concurso da vontade humana; e a compreensão de que a ordem normativa adquire e mantém sua vigência sempre mediante atos de vontade. Em síntese, Hesse afirma que a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática.²⁰²

A síntese dessa forma de se enxergar a Constituição como estrutura normativa de princípios, dotada de força normativa, constitui a base do que veio a denominar-se neoconstitucionalismo. Enquanto corrente jusfilosófica, o neoconstitucionalismo pode ser identificado, para Barroso, em três grandes transformações, quais sejam, “o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”²⁰³

Cumprido, ao final, observar que o desenho teórico da força normativa da Constituição existia antes mesmo do marco histórico do neoconstitucionalismo. Contudo, era inócua, em razão da ausência da dita *vontade constitucional*. Com a jurisdição constitucional, a parcela de poder responsável pela resolução de controvérsias no âmbito institucional restou transferida para um órgão próprio, como, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão (1951) ou a Corte Constitucional italiana (1956), ou ainda o Supremo Tribunal Federal brasileiro (1988). De início, esse modelo enfrentou duras resistências, que foram combatidas com a formulação de técnicas específicas para o processo de tomada de decisão nos assuntos de natureza constitucional – dogmática constitucional –, que se aperfeiçoam ao longo do tempo e dos casos difíceis.

Canotilho enumera como principais princípios da interpretação constitucional, dando-lhes breve explicação:

* *princípio da unidade da constituição*: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;

* *princípio do efeito integrador*: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

* *princípio da máxima efetividade ou da eficiência*: a uma norma

²⁰² HESSE, Konrad. *Direito Constitucional e Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 119.

²⁰³ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 74.

constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;

* *princípio da justeza ou da conformidade funcional*: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte;

* *princípio da concordância prática ou da harmonização*: exige-se a coordenação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

* *princípio da força normativa da constituição*: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.²⁰⁴

Pelo vasto estudo que demandaria aprofundar todos os princípios elencados – além de ser desnecessário aos fins ora pretendidos –, opta-se por aprofundar apenas alguns. A começar pelo *princípio da unidade da Constituição*. Segundo Mendes, em nenhuma hipótese deve-se separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.²⁰⁵

A grosso modo, no princípio da unidade a Constituição deve ser interpretada como um bloco único, não se analisando artigos isolados. A interpretação deve considerar todo diploma de forma harmônica, buscando evitar contradições entre suas normas²⁰⁶. A interpretação em conjunto, não fatiada, que era a característica da ‘velha tradição da hermenêutica’, segundo Gadamer. O conjunto, o sistema e a tarefa hermenêutica não admite a divisão: ‘[...] um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação. [...] a aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação.’²⁰⁷ Para Grau, é inconcebível analisar o texto constitucional ‘em tiras’.²⁰⁸ Ressaltando que a Constituição é, na essência, palco de pluralismos e antagonismos, Barroso sugere a adoção do princípio da unidade da Constituição, nos seguintes termos:

²⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 136 e seguintes.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártir; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

²⁰⁶ PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 99.

²⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4ª ed. vol. I. § 313. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 459-460.

²⁰⁸ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 189.

É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas sim um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da *interpretação sistemática*, e impõe ao intérprete o dever de *harmonizar as tensões e contradições* entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.²⁰⁹ (grifo nosso)

Já o *princípio da máxima efetividade*, também chamado de princípio da interpretação efetiva, é entendido por parte da doutrina como subprincípio do princípio da força normativa, o qual informa que a interpretação deve conceder às normas constitucionais a maior eficácia possível²¹⁰. Para Barroso, "os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima efetividade ante as circunstâncias de cada caso"²¹¹.

O princípio da *interpretação conforme a Constituição*, assim como o princípio da proporcionalidade, se traduz em verdadeiro método de interpretação eminentemente constitucional. Esse princípio consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, caso prefira-se, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da constituição e o da correção funcional. Segundo Mendes, sua importância consiste na

recomendação para que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade; esse cânone interpretativo, ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos legislativos.²¹²

Como advertem Barroso e Barcellos, este princípio têm aspecto dúplice:

²⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 182.

²¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártir; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

²¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 219.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártir; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

princípio instrumental de interpretação constitucional: Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto.

método de jurisdição constitucional: Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, consistindo em uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.²¹³ (grifo nosso)

Sobre esse último aspecto, faz-se a ressalva de que não por acaso os clássicos do controle de constitucionalidade sempre apontaram, entre as regras de bom aviso ou preceitos sábios que devem presidir, no particular, as relações entre os juízes e a legislatura, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a significar que toda lei, à partida, é compatível com a Constituição e assim deve ser considerada, até judicial conclusão em contrário; ou, mais precisamente, que a inconstitucionalidade não pode ser presumida, antes deve ser provada, de modo cabal, irrecusável e incontroverso.²¹⁴

Sabe-se que o intuito do Parecer de 2008 – a justificar a revisão do Parecer de 1994 –, é de demonstrar que o § 1º do artigo 1º da Lei nº 5.709, de 1971 – que trata da equiparação de pessoa jurídica brasileira controlada por estrangeira à empresa estrangeira, para fim de imposição das restrições quanto à aquisição de imóveis rurais – foi recepcionado. E é buscando parâmetros hermenêuticos condizentes com a superação do movimento dicotômico entre Direito Público e Direito Privado, notadamente no tocante à propriedade imobiliária, que busca o Consultor-Geral da União construir seu posicionamento pela recepção – originária – do dispositivo da Lei 5.709/71 em questão.

O Parecer de 2008, como referido anteriormente, não dá ênfase para a discussão acerca da repristinação ventilada no Parecer de 1998. E isto por considerar desde sempre recepcionada pela nova ordem constitucional. Ou seja, em 2008 quer-se dizer que desde 1988

²¹³ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do Direito Brasileiro: interesse público*. v. 5. n. 19. Brasília, 2003. p. 61.

²¹⁴ *Ibidem*. p. 64.

o posicionamento deveria ter sido outro, restritivo. Verificaria-se aí a busca por uma produção de efeitos retroativa? Para demonstrar a efetiva recepção – e ao mesmo tempo tangenciando o argumento da repriminção –, o Parecer de 2008 encontra-se fundado precipuamente no argumento das *compatibilidades*. Compatibilidade do § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 com os dispositivos constitucionais relacionados à matéria, tanto em momento pré quanto pós-Emenda Constitucional 6/95, segundo princípios como o da unidade da Constituição e da máxima efetividade das normas.

As principais compatibilidades referidas no Parecer de 2008 estão relacionadas: com o inciso II do § 1º do artigo 171 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original (as restrições genéricas às empresas brasileiras no texto constitucional); com o artigo 190 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original (limitações à aquisição de terras por estrangeiros e por empresas brasileiras controladas por estrangeiros); com o artigo 170, I e com o artigo 1º, I, artigo 3º, II e artigo 4º, I da Constituição Federal de 1988 (limitações à aquisição de terras por estrangeiros e por empresas brasileiras controladas por estrangeiros e a soberania nacional, a soberania, a independência nacional e a garantia do desenvolvimento nacional).

Ao tratar-se de eventual compatibilidade que o § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 possa ter com os dispositivos constitucionais, é preciso se ter em mente, desde logo, que a Constituição não é pura norma. É texto normativo. E como tal, precisa ser concretizado, transformando-se em norma sustentável para um determinado problema concreto. Nesse sentido, veja-se o caso da metódica hermenêutica de Friedrich Müller: o professor de Heidelberg defende o emprego combinado dos velhos cânones de Savigny, os seus meios clássicos de interpretação – o gramatical, o histórico, o genético e o sistemático – com as modernas técnicas e procedimentos interpretativos da Nova Hermenêutica Constitucional.²¹⁵

Em síntese, a proposta de Müller propõe uma configuração procedimental interpretativa de produção da norma jurídica, que não preexiste antes de vir ao encontro de dados dogmáticos – seu correspondente texto normativo, por exemplo –, e de dados reais, que são os elementos naturais e sociais constantes do caso concreto. Desta forma, quando mencionado um determinado artigo da Constituição, não está-se diante de uma norma constitucional, mas de um dispositivo textual da Constituição, que só se tornará a acepção de norma após a interpretação de sua manifestação literal ou factual diante de um certo contexto,

²¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 168.

determinado pelo caso concreto. O dispositivo constitucional invocado seria, na linguagem de Müller, uma *norma-texto* –ou *texto da norma* – e a melhor solução para o caso, de acordo com o sistema jurídico e a finalidade que ele guarda ao caso, seria a *norma-decisão*.²¹⁶

Ao que parece, somente persiste na tradição brasileira a ideia praxiológica de direito positivo calcado no primado da lei, pela dificuldade de dissociação entre norma x lei, ou mesmo, norma x texto. Neste contexto é analisado o argumento das compatibilidades. Em relação à compatibilidade do dispositivo em tela *com o inciso II do § 1º do artigo 171 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original*²¹⁷, o qual tratava das restrições genéricas às empresas brasileiras no texto constitucional, estipulando que em setores imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional as empresas brasileiras não poderiam atuar. Somente as empresas brasileiras de capital nacional e, ainda assim, somente se cumprissem requisitos adicionais aos necessários à sua conceituação como tal.

Trata-se de clara restrição genérica – na medida em que não se pode saber de antemão quais serão os setores imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional a serem fixados em lei –. Tampouco o legislador constituinte originário impôs qualquer restrição ao legislador ordinário na definição desses setores, devendo, contudo, estar balizado pelos parâmetros da razoabilidade. Neste sentido, visível a preocupação do legislador constituinte originário de impedir a atuação das empresas brasileiras, *constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país* em setores indeterminados no texto constitucional, a serem considerados, pela lei, imprescindíveis ao desenvolvimento

²¹⁶ MÜLLER, Friedrich. Op. cit. p. 172.

²¹⁷ Artigo 171 - São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. (Revogado pela EC 6/95).

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

tecnológico nacional. Lembre-se que o controle efetivo da empresa, consoante a parte final do inciso II do artigo 171, em sua redação original, era a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.²¹⁸

Assim, diferentemente do sustentado pelo Parecer de 1994, é possível afirmar que havia no texto constitucional de 1988 restrições genéricas às empresas brasileiras com sede e administração no país. Se o objetivo era restringir a atuação das empresas brasileiras não controladas por pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou por entidades de direito público interno em setores estratégicos não determinados, com muito mais razão há de se entender como válidas restrições postas na legislação infraconstitucional às empresas brasileiras controladas por estrangeiros não-residentes ou por pessoas jurídicas sediadas no exterior. Uma vez vislumbradas restrições genéricas no âmago da Constituição Federal à atuação das empresas brasileiras, leis posteriores ou anteriores, compatíveis com tal orientação constitucional, deverão de ser consideradas, respectivamente, constitucionais ou recepcionadas. É o caso da Lei nº 5.709, de 1971, e mais especificamente do § 1º de seu art. 1º.²¹⁹

Na sequência, refere a compatibilidade do dispositivo inaugural da Lei 5.709/71 *com o artigo 190 da Constituição Federal de 1988, já em sua redação original*²²⁰, responsável por contemplar limitações à aquisição de terras por estrangeiros e por empresas brasileiras controladas por estrangeiros. Para interpretação deste argumento, é utilizado o método teleológico. Sobre esta ferramenta hermenêutica, Barroso refere que:

As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito. [...]

A *ratio legis* é uma ‘força vivente móvel’ que anima a disposição e a acompanha em toda sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma,

²¹⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

²¹⁹ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

²²⁰ Artigo 190 - A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto. Carlos Maximiliano não hesita em proclamar o método teleológico como o que merece preponderância na interpretação constitucional. [...] Nem sempre é fácil, todavia, desentranhar com clareza a finalidade da norma. À falta de melhor orientação, deverá o intérprete voltar-se para as finalidades mais elevadas do Estado, que são, na boa passagem de Marcelo Caetano, a segurança, a justiça e o bem-estar social.²²¹

Sustenta o Parecer de 1994 que o artigo 190 da Constituição Federal dispõe sobre a possibilidade de limitação da aquisição de propriedade rural por estrangeiros, mas não por empresas brasileiras equiparadas às estrangeiras, como pretendia o dispositivo da Lei 5.709 de 1971. Não parece, no entanto, que a interpretação literal seja a mais adequada. Extraíndo a essência, percebe-se que o objetivo do texto constitucional é sinalizar com limitações e restrições à aquisição e ao arrendamento de propriedade rural por estrangeiros. O comando da norma deixa transparecer o intuito de dotar o Estado brasileiro de mecanismos de controle sobre a apropriação por estrangeiros, diretamente ou indiretamente, como na hipótese de pessoas jurídica cujo controle de fato e de direito, cujo poder de escolha dos dirigentes e fixação dos rumos esteja nas mãos de estrangeiros.²²²

Como se sabe, toda regulação referente à aquisição ou arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira está estabelecida na Lei nº 5.709, de 1971, incluindo conceitos, limites, procedimentos, etapas do procedimento de aquisição ou arrendamento, requisitos, pressupostos, efeitos, competências institucionais e outros. Igualmente, é através desta lei que se extrai também a regra que equipara empresas brasileiras controladas por estrangeiros a empresas estrangeiras, pois em uma e outra, seus destinos são decididos por estrangeiros. Logo, compatível as disposições legais ao dispositivo constitucional.

Adiante, é manifestada a compatibilidade *com o artigo 170, I e com o artigo 1º, I, artigo 3º, II e artigo 4º, I da Constituição Federal de 1988*, estabelecendo-se uma relação entre as limitações à aquisição de terras por estrangeiros e por empresas brasileiras controladas por estrangeiros e o princípio específico da soberania nacional aplicado à ordem econômica. Através deste, limita-se a possibilidade de apropriação de parcelas do território

²²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 129-132.

²²² BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

nacional – elemento integrante do próprio conceito de Estado – por parte de estrangeiros e empresas brasileiras cujo controle efetivo esteja em mãos de estrangeiros, já que são esses últimos que têm o poder de ditar os rumos da empresa. Tal equiparação, assim, visa dotar o Estado brasileiro de instrumentos aptos a disciplinar e ordenar a distribuição do território nacional segundo suas superiores convicções.²²³

Valendo-se do princípio da unidade da Constituição para promover a interpretação do § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71, constata-se que o princípio da soberania nacional aplicado à ordem econômica se coaduna não apenas com o fundamento da soberania, como também, com o princípio da independência nacional – dirigente do Brasil nas suas relações internacionais –, ou ainda, com o objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional. Na verdade, esse conjunto de princípios, fundamentos e objetivos fundamentais postos na Constituição Federal, exige a integração da legislação infraconstitucional, intencionam assegurar ao Brasil as condições necessárias de desenvolvimento, levando-se em consideração o estágio evolutivo de nossa economia.²²⁴

Nesse sentido, o ex-Ministro Eros Grau esclarece que

A afirmação da soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia - e da sociedade - e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas. Talvez um dos sintomas mais pronunciados dessa dependência se encontre, nos nossos dias, como anotei em outra oportunidade, na dissociação entre a tecnologia usada e a pobreza da tecnologia concebida ou concebível pelas sociedades dependentes. [...] Afirmar a soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas - repito - não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional. A importância do princípio, que encontra concreção já em regras contidas no próprio texto constitucional, das quais adiante tratarei, é, por isso mesmo, extremada.²²⁵

Em relação à lei que incluiu o arrendamento dentre os objetos das restrições, o argumento das compatibilidades do Parecer 2008 vai no sentido de que o legislador ordinário,

²²³ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

²²⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

²²⁵ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 225-227.

ao debater o projeto de lei que deu ensejo à publicação da Lei nº 8.629, de 1993, declara de forma expressa a recepção da Lei nº 5.709, de 1971, tanto que manda aplicar ao arrendamento os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de que trata a Lei de 1971. Sublinhe-se que a Lei nº 8.629 foi publicada em 1993, cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988. Houvesse qualquer restrição à constitucionalidade da norma em questão, o Congresso Nacional não teria procedido com sua aprovação. Com base nesses argumentos de compatibilidade do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 com os dispositivos e princípios constitucionais, o Consultor-Geral da União conclui seu parecer opinando pela imposição de restrições à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira.²²⁶

Quando da emissão do Parecer, em 2008, o Consultor-Geral havia feito ressalva expressa de que a posição ali sustentada não é a manifestação final da Advocacia-Geral da União sobre o assunto, posto que pendente da aprovação do Advogado-Geral da União. Uma vez aprovado pelo Advogado-Geral da União em 2009, mesmo sem a aprovação pelo Presidente da República – como se impõe para revogar os anteriores – o Parecer emitido vale como manifestação formal da AGU e, na forma da Lei Complementar nº 73 de 1993, tem efeitos próprios. Torna-se necessário operacionalizar a implementação das restrições impostas. Em vista disso, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, antes mesmo da aprovação presidencial, posicionou-se sobre a matéria. Conforme notícia veiculada dia 13 de julho de 2010:

CNJ determina que cartórios controlem compra de terras por empresas controladas por estrangeiros.

Terça, 13 de Julho de 2010.

A Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça determinou hoje que os cartórios de registro de imóveis de todo o país passem a informar, trimestralmente, às corregedorias dos tribunais de justiça todas as compras de terras por empresas brasileiras controladas por estrangeiros.

A medida foi adotada pelo corregedor nacional de Justiça, ministro Gilson Dipp, em resposta ao requerimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Pedido de Providências 0002981-80.2010.2.00.0000) e põe fim a uma discussão que se arrasta desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, sobre se deveria ou não haver controle das compras de terras por empresas nacionais controladas por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

²²⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

No entendimento da Corregedoria Nacional de Justiça os cartórios extrajudiciais de notas e de registro de imóveis estão sujeitas às regras e procedimentos disciplinados na Lei nº 5.709, de 1971. De acordo com a lei, se os tabeliães não prestarem as informações estarão sujeitos à perda do cargo. As aquisições de terras poderão ser anuladas, caso sejam denunciadas e comprovadas irregularidades nos limites impostos pela legislação.

No final dos anos 90, a Advocacia-Geral da União chegou a emitir parecer em favor da liberação do controle dessas compras, decisão que vinha sendo questionada pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União. A Corregedoria Nacional de Justiça explica que regulamentação na esfera administrativa pelo Poder Executivo fica limitada aos órgãos da administração. Portanto, os cartórios notariais e registrais do serviço extrajudicial do Poder Judiciário são regidas por orientação própria derivada da interpretação direta da lei na esteira de sua autonomia institucional.²²⁷

Quando se fala em *mecanismos de controle*, em *operacionalização* ou ainda em *implementação* das restrições impostas à aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras, está-se a tratar do banco de dados decorrente do fôlio real, ou seja, do comportamento – atuação prática – do sistema registral imobiliário brasileiro em relação à matéria. São as serventias extrajudiciais, aí especialmente compreendidos os Tabelionatos de Notas e os Ofícios de Registro de Imóveis, as fontes responsáveis por obter as informações necessárias para alimentar este banco de dados, municiando o Estado dos elementos imprescindíveis à fiscalização. Aí especificamente é que se materializa o controle da aquisição de imóveis rurais por estrangeiros. Segundo exposto no Parecer de 2008, a ausência de controle sobre esta situação gera, entre outros, os seguintes efeitos:

- a) expansão da fronteira agrícola com o avanço do cultivo em áreas de proteção ambiental e em unidades de conservação;
- b) valorização desarrazoada do preço da terra e incidência da especulação imobiliária gerando aumento do custo do processo desapropriação voltada para a reforma agrária, bem como a redução do estoque de terras disponíveis para esse fim;
- c) crescimento da venda ilegal de terras públicas;
- d) utilização de recursos oriundos da lavagem de dinheiro, do tráfico de drogas e da prostituição na aquisição dessas terras;
- e) aumento da grilagem de terras;
- f) proliferação de "laranjas" na aquisição dessas terras;
- g) incremento dos números referentes à biopirataria na Região Amazônica;
- h) ampliação, sem a devida regulação, da produção de etanol e biodiesel;
- i) aquisição de terras em faixa de fronteira pondo em risco a segurança nacional.²²⁸

²²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Notícia: *CNJ determina que cartórios controlem compra de terras por empresas controladas por estrangeiros*. Veiculada em 13/07/2010. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 15.05.2014.

²²⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-

A recém mencionada notícia, veiculada no *site* do CNJ, refere-se à decisão proferida no Pedido de Providências nº 0002981-80.2010.2.00.0000, da qual se extrai a seguinte orientação:

Ante o exposto, considerando as razões enunciadas pela Procuradoria da República e levando em conta a manifestação do Consultor-Geral devidamente aprovado pelo Advogado-Geral no âmbito da AGU tanto como atento às recomendações do Tribunal de Constas da União, esta Corregedoria Nacional de Justiça em face dos serviços judiciários auxiliares – nomeadamente os serviços notariais e registrais – deve recomendar fortemente a imediata adoção pelas Corregedorias locais ou regionais junto aos Tribunais respectivos que determinem aos Cartórios de Registro de Imóveis e Tabelionatos de Notas que façam observar rigorosamente as disposições da Lei nº 5.709 de 1971 quando se apresentarem ou tiverem de lavrar atos de aquisição de terras rurais por empresas brasileiras com participação majoritária de estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas. Para o atendimento da orientação agora adotada, as Corregedorias locais promoverão em 60 dias a adaptação de suas normas a serem cumpridas pelos Oficiais de Registro, disciplinando também o oportuno envio pelos Cartórios de Registro de Imóveis da relação das aquisições já cadastradas anteriormente na forma da lei referida.²²⁹

Esta manifestação do CNJ, recomendando fortemente que as Corregedorias determinassem às serventias extrajudiciais a adoção das medidas cabíveis para a implementação das restrições impostas à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais por empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras, acelerou a manifestação presidencial. O Presidente da República aprovou, em 2010, o Parecer de 2008 elaborado pelo Consultor-Geral da União, aprovado pelo Advogado-Geral da União em 2009. Com a *aprovação presidencial publicada no DOU, em 23 de agosto de 2010*, e a consequente vinculação perante toda a administração pública federal, o novo posicionamento assunto deveria restar pacificado e adentrar em um período voltado somente para a busca da implementação das novas coordenadas²³⁰. Deveria. Mas não está. O tema está em ebulição e a discussão parece longe de acabar. Isto porque, no tocante à interpretação conferida ao dispositivo específico da Lei 5.709/71, o novo posicionamento reverberou junto a outros órgãos dos poderes.

residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

²²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Pedido de Providências nº 0002981-80.2010.2.00.0000*. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 15.05.2014.

²³⁰ Neste sentido, o Ministério do Desenvolvimento Agrário editou a Instrução Normativa Conjunta nº 1, de 27 de setembro de 2012, onde “estabelece procedimento administrativo para processamento de requerimentos de autorização para aquisição ou arrendamento de imóvel rural por pessoa estrangeira submetida ao regime da Lei nº 5.709, de 07 de outubro de 1971”. Publicado no DOU nº 189 em 28/09/2012. p. 129.

Logo após a publicação do Parecer no DOU, ainda no ano de 2010, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo – CGJ/SP – manifestou-se através do Parecer 250/10-E pela imposição das restrições, indo ao encontro do recomendado pelo CNJ²³¹. No entanto, notícias foram veiculadas à época, dando conta de que o país poderia sofrer enormes perdas de investimentos estrangeiros.²³²

Ainda que sem uma causa específica apontada, fato é que em dezembro de 2012, a reboque da posição sufragada pelo Colendo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, a Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo reviu seu posicionamento e editou o *Parecer 461/12-E*²³³, dispensando notários e registradores do dever de observarem as restrições impostas pela Lei 5.709/71, contrariando não apenas o Parecer da AGU de 2008, como também a recomendação do CNJ. Tal medida adotada pelo Estado de São Paulo pode refletir um sinal de quem sente os efeitos, talvez por ser o maior responsável pelo PIB do país.

Alheio aos motivos, a decisão a que se chegou no Parecer 461/12-E da CGJ/SP é a seguinte:

DECISÃO: Aprovo, atribuindo-lhe força normativa, o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, assim, por seus fundamentos, que adoto, revejo a orientação normativa estabelecida com a aprovação do parecer nº 250/10-E, lavrado nestes autos (fls. 77/87 e 88), e reconheço, inclusive na linha do decidido pelo Colendo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (Mandado de Segurança nº 005947-33.2012.8.26.0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende, julgado em 12.09.2012), que o §1º do artigo 1º da Lei nº 5.709/1971 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de sorte, portanto, a dispensar os tabeliães e os oficiais de registro de observarem as restrições e as determinações impostas pela Lei nº 5.709/1971 e pelo Decreto nº 74.965/1974, bem como do cadastramento no Portal do Extrajudicial, em relação às pessoas jurídicas brasileiras cuja maioria do capital social se concentre em poder de estrangeiros residentes fora do Brasil ou de pessoas jurídicas com sede no exterior. Sem prejuízo, officie-se ao Excelentíssimo Senhor Corregedor Nacional de Justiça, o eminente Ministro Francisco Falcão, dando-lhe conhecimento da presente decisão. Publique-se, inclusive o parecer. São Paulo, 05 de dezembro de 2012. (a) JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça. (DJE 11/12/2012)

²³¹ ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer 250/2010-E*. Disponível em: www.extrajudicial.tjsp.jus.br. Acesso em: 20.05.2014.

²³² - MOURA, Paula T; NASSAR, André M. “Estrangeiros representam 27% de todo o investimento feito no Agro”, *Redeagro*, 1 set. 2011. Disponível em: <<http://www.redeagro.org.br/artigo-economico/342-estrangeiros-representam-27-de-todo-o-investimento-feito-no-agro>>. Acesso em: 16.04.2014.

- SALOMÃO, Alexa; VITAL, Nicholas. “Temos US\$ 3 Bi. Se o Brasil não quiser...”. *Revista Exame*, São Paulo, ed. 991, ano. 45, nº 8. 4 mai. 2011.

²³³ ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer 416/2012-E*. Disponível em: www.extrajudicial.tjsp.jus.br. Acesso em: 20.05.2014.

*Mandado de Segurança 0008093-73.2013.4.03.0000 – TRF3*²³⁴. A adoção, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de posicionamento diverso daquele pretendido pelo Poder Executivo Federal e pelo CNJ resultou em ação movida conjuntamente pela União e pelo INCRA junto ao TRF3, onde em maio do ano de 2013, decisão liminar suspendeu os efeitos do Parecer 416/2012-E proferido pelo TJSP. E o processo segue. Discute-se no momento a competência do TRF para julgar o processo, já que a matéria em discussão decorre de ato emanado do Tribunal de Justiça Estadual.

No Poder Legislativo Federal, mais precisamente na Câmara dos Deputados, está tramitando, paralela e concomitantemente ao processo judicial acima referido, o *Projeto de Lei 4.059, de 2012*, que também coloca a matéria em discussão. Faz-se esta referência apenas para justificar a relevância e a oportunidade de realizar-se, na esfera acadêmica, análise sobre as implicações fáticas, implementação e outros desdobramentos decorrentes das restrições impostas.

Ao final desta abordagem acerca da alteração de posicionamento pelo Poder Público acerca da imposição (ou não) de restrições, um quadro-resumo pode auxiliar na melhor compreensão da situação relativa à aquisição de imóvel rural por empresa brasileira equiparada a estrangeira:

Quadro 2 - RESUMO DOS POSICIONAMENTOS ADOTADOS ATÉ OS DIAS ATUAIS	
Período	Aquisição de Imóvel Rural por Pessoa Jurídica Brasileira Equiparada a Estrangeira
De 1971 até 1988	– COM RESTRIÇÃO
De 1988 até 1994	– LACUNA ²³⁵
De 1994 até 1998	– SEM RESTRIÇÃO / SEM PUBLICAÇÃO
De 1998 até 2008	– SEM RESTRIÇÃO / COM PUBLICAÇÃO (EFEITO VINCULANTE)
De 2008 até 2010	– SEM RESTRIÇÃO (mas com o Parecer de 2008 já elaborado)
De 2010 até hoje	– COM RESTRIÇÃO / COM PUBLICAÇÃO (EFEITO VINCULANTE)

Fonte: elaborado pelo autor

Diante desta alternância no posicionamento pelo Poder Público (de 1971 a 1988 com restrição; de 1988 a 2010 sem restrição; e de 2010 em diante com restrição), em 2010 é verificada a (tentativa de) imposição de restrições quando da aquisição de imóveis rurais

²³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região - TRF3. *Mandado de Segurança 0008093-73.2013.4.03.0000*. Disponível em: www.trf3.jus.br. Acesso em 29.06.2014.

²³⁵ O termo *lacuna* aqui empregado, implica em dizer que no período compreendido entre 1988 e 1994, ao se depararem com uma aquisição de imóvel rural por empresa brasileira equiparada a estrangeira, os notários e oficiais de registro poderiam adotar o procedimento – comum ou especial – que entendessem correto. Em sentido contrário, pela falta de posicionamento oficial, não estavam obrigados a adotar o procedimento especial (restritivo) previsto na Lei 5.709/71 e por certo vigente até 1988.

situados no Brasil por empresas brasileiras equiparadas a estrangeira. Diz-se tentativa, inicialmente, por conta da resistência de determinados órgãos do próprio Poder Público em cumprir o quanto pretendido pelo Parecer de 2008 e referendado pelo Presidente da República em 2010. Mas diz-se tentativa, também, pelas inúmeras implicações derivadas da referida alternância de posicionamento. A começar pelas dificuldades de implementação fática das restrições.

Tendo em conta que, a princípio, está valendo o novo posicionamento, os desafios para implementação das restrições conformam o objeto principal de análise que se segue. Na verdade, partindo da premissa que pretende-se impor às pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira as restrições aplicadas ao estrangeiros de modo geral, é de se analisar: a via eleita – parecer da AGU – para a imposição das restrições; os caminhos a serem trilhados para a (eventual) implementação das restrições; o papel da dignidade humana e da função social em relação à imposição de restrições quando da aquisição, por estrangeiros, de propriedade imobiliária no Brasil.

4.2 LIMITES, POSSIBILIDADES E DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES À AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RURAL POR PESSOA JURÍDICA BRASILEIRA EQUIPARADA A ESTRANGEIRA, À LUZ DA DIGNIDADE (DA PESSOA) HUMANA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

*“A questão da existência nunca é explícita,
exceto pelo próprio existir.”*
Martin Heidegger

Ao final da abordagem realizada anteriormente, tentou-se ilustrar o que poderia ser um resumo da alternância de posicionamento pelo Poder Público ao longo do tempo até os dias atuais, a fim de auxiliar na melhor compreensão do tratamento dispensado à aquisição de imóveis rurais por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira. O que Heidegger aplica ao ‘ser’, é metaforicamente utilizado para designar a implementação das restrições impostas na atualidade. Não importa quem diga ou ainda o que diga, somente haverá explícita existência pelo próprio existir. Trazendo ao tema, somente haverá a explícita existência de restrições quando implementadas e aplicadas.

Para a correta leitura da referida figura, necessário perceber com clareza a que se referem as expressões *com restrição* e *sem restrição*. Cabendo aos notários e oficiais de registro de imóveis a implementação fática das restrições impostas à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros – logo, por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras –, quando se fala em com ou sem restrição, está-se a tratar do procedimento notarial e registral a ser adotado. O termo *restrição*, assim, está diretamente ligado ao procedimento a que se submete: o assunto, quando do encaminhamento pelo Tabelionato de Notas; e o título, quando do seu ingresso – apresentação e protocolo – no Registro de Imóveis.

Posto de outra forma, ao referir ser uma aquisição *sem restrição*, estar-se-á a adotar o *procedimento comum*, com as exigências que lhe são de praxe – ordinárias; do contrário, ao referir *com restrição*, a aquisição enfrentará o *procedimento especial*, próprio da aquisição de imóvel rural por estrangeiro, com as exigências de praxe mais as específicas da operação que se pretende atribuir publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia – extraordinárias. Tal situação pode ser representada da seguinte forma:

Quadro 3 - ENTENDENDO AS RESTRIÇÕES
SEM RESTRIÇÃO = PROCEDIMENTO COMUM = EXIGÊNCIAS ORDINÁRIAS
COM RESTRIÇÃO = PROCEDIMENTO ESPECIAL = EXIGÊNCIAS EXTRAORDINÁRIAS

Fonte: elaborado pelo autor

A controvérsia atual acerca da imposição de restrições reside, como visto, no debate sobre a recepção (ou não) da Lei 5.709/71 em face da Constituição de 1988. Antes disso, porém, se considerado o regime constitucional em vigor na época da criação da lei que instituiu as restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, é possível afirmar categoricamente que *entre 1971 e 1988 aplicavam-se as restrições* contidas no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71. Neste período não reside dúvida, então, quanto à aplicação de procedimento notarial e registral imobiliário especial, quando da aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras, como se observa na primeira linha do quadro-resumo.

Com a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, no entanto, o tema fica em aberto. E assim permanece no mínimo até a primeira manifestação da AGU, em 1994. É observada neste *período entre 1988 e 1994*, então, uma *lacuna* no tratamento da matéria.

Estaria a espécie de aquisição imobiliária em questão livre das restrições? Isto é, passou a enfrentar o procedimento comum para seu ingresso no fôlio real? Ou deveriam os notários e registradores de imóveis manter as restrições até então vigentes? Estas questões não têm resposta pronta. Diante desta lacuna interpretativa – e até mesmo do desconhecimento dos operadores do Direito diante da nova realidade (jurídico-constitucional) brasileira, decorrente da recente libertação das amarras da ditadura – coube a cada titular de serventia extrajudicial, isoladamente, decidir pela manutenção ou não das restrições anteriormente verificadas.

Observa-se aí, de pronto, um problema sério acerca da uniformização procedimental – ou da sua ausência –. A partir do momento em que nem todos os profissionais do Direito procedem de modo uníssono, o sistema não opera de forma eficaz. Parece razoável supor que, diante da indefinição vislumbrada à época, devessem os notários e oficiais de registro manter as restrições, pois o procedimento especial não prejudica (ou onera) o Estado. Por outro lado, o operador também não pode impor ao usuário um procedimento registral mais complexo do que o autorizado pelo Poder Público.

Justamente diante das dúvidas que pendiam sobre o assunto, a AGU foi perquirida e, tendo elaborado o Parecer de 1994, se manifestou pela não recepção do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71, em decorrência da constitucionalização do conceito de empresa brasileira. Logo, a orientação *a partir de 1994* foi pela *não incidência das restrições* à aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras. Neste novo cenário, duas questões surgem.

Uma primeira questão diz com a *retroatividade do Parecer de 1994*. Afinal, se entre 1988 e 1994 havia uma lacuna; e em 1994 foi elaborado um Parecer pela AGU que não impôs restrições à aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras; seria possível afirmar esta lacuna foi preenchida com a liberação (não restrição)? Posto de outra forma, o Parecer da AGU de 1994 teria o condão de retroagir e definir este como sendo o posicionamento do Poder Público desde o advento da promulgada Constituição Federal de 1988? Caso afirmativa a resposta, o quadro restaria assim conformado:

Quadro 4 - RETROATIVIDADE DO PARECER DE 1994	
Período	Aquisição de Imóvel Rural por Pessoa Jurídica Brasileira Equiparada a Estrangeira
De 1971 até 1988	– COM RESTRIÇÃO
De 1988 até 1994	– SEM RESTRIÇÃO (retroativamente preenchida a LACUNA)
A partir de 1994	– SEM RESTRIÇÃO

Fonte: elaborado pelo autor

Outra questão diz com a *vinculação ao Parecer de 1994*. Levando-se em conta que o Parecer de 1994 não restou publicado no DOU, logo, não obteve efeito vinculante perante toda a administração pública federal, é possível afirmar que os escritórios de registros de imóveis estão obrigados a efetuar o registro pelo procedimento comum? Nessa linha, o Parecer de 1994 resolve a questão ou estende a lacuna? Novamente, uma vez atribuída resposta positiva, o quadro-resumo do posicionamento acerca da imposição (ou não) de restrições pelo Poder Público quando da aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira ficaria da seguinte forma:

Quadro 5 - IRRETROATIVIDADE DO PARECER DE 1994 POR NÃO VINCULAÇÃO	
Período	Aquisição de Imóvel Rural por Pessoa Jurídica Brasileira Equiparada a Estrangeira
De 1971 até 1988	– COM RESTRIÇÃO
De 1988 até 1994	– LACUNA
A partir de 1994	– LACUNA (já que SEM PUBLICAÇÃO o Parecer de 1994)

Fonte: elaborado pelo autor

No capítulo anterior, foi identificado que a Emenda Constitucional 6 de 1995 provocou uma mutação em dispositivos constitucionais que serviram para embasar o posicionamento pela não recepção do artigo 1º, §1º da Lei 5.709/71. Tal situação desencadeou novo questionamento para a AGU, que através do Parecer de 1998 se manifestou pela impossibilidade de repristinação, decorrente da não recepção pelo Parecer de 1994 ao qual se reportava, questão esta de cunho formal vislumbrada na atual Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB. A grande mudança advinda com a *liberação de restrições do Parecer de 1998*, está na sua publicação no Diário Oficial da União – DOU e consequente *vinculação* a toda administração pública federal. A partir daí não há que se falar em dúvida quanto ao posicionamento do Poder Público pela não imposição de restrições (liberação) à aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras.

A única coisa que chama a atenção no Parecer de 1998, responsável por não permitir a recepção do dispositivo que impõe restrições para esta modalidade de aquisição pela Constituição, é que no ano que antecedeu sua emissão (1997), o Superior Tribunal de Justiça – STJ se posicionara pela recepção da Lei nº 5.709/71 em face da Constituição de 1988, como se observa da jurisprudência abaixo:

Ementa: Processual Civil. Embargos Declaratórios. Omissão. Existência. 1. Sendo evidente a omissão do acórdão por ter deixado de discutir temas jurídicos apresentados pela parte recorrente, cumpre complementá-lo com a apreciação de tais questões. 2. A Carta de 1988 recepcionou a Lei 5.709/1971. Em assim sendo, o estrangeiro casado com brasileiro, ou vice-versa, em regime de comunhão universal de bens, só pode adquirir imóvel rural com área especificada na lei, com autorização do INCRA. 3. Interpretação do art. 190 da CF/1988. 4. Embargos recebidos.²³⁶ (grifo nosso)

Verifica-se aí uma contradição de posicionamento entre os Poderes Executivo e Judiciário. Nas duas vezes em que foi chamada a se manifestar, a AGU se posicionou pela liberação das restrições típicas de aquisição de imóvel rural por estrangeiro quando a pessoa jurídica adquirente for brasileira (regida pelas leis brasileiras e com sede no Brasil) equiparada a estrangeira (controlada por estrangeiros não sediados ou não residentes). Tendo inclusive referido expressamente a não recepção (e não repristinação, respectivamente) do dispositivo legal pertinente pela Constituição Federal de 1988. Assim, esta pode ser implicitamente identificada como a posição desde o ano de 1988.

Ainda em relação ao Parecer de 1998, a AGU, ciente da amplitude e complexidade do tema até mesmo em questões de soberania, política, relações exteriores e de economia, fez referência à necessidade de uma definição pelo Congresso Nacional. Afinal de contas, está-se diante de uma via infralegal. Trata-se de um posicionamento, uma interpretação, um olhar lançado por órgão do Poder Público, com efeitos (ou não) perante toda a administração pública federal.

Adiante, entre o Parecer de 1998 e o Parecer de 2008 (aprovado em 2010), adveio o novo marco regulatório do Direito Civil e, com ele, uma nova visão de propriedade, pautada em sua função social, de acordo com os prévios ditames da Constituição. Enfim, após reuniões e estudos, vem o Parecer 2008, firmado pelo Consultor-Geral da União. Valendo-se de métodos hermenêuticos, verifica-se serem combatidos os argumentos dos dois pareceres que o antecederam. Como conclusão, posicionou-se pela recepção do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 em face da Constituição Federal – já em sua redação original, inclusive – e por conseguinte, pela imposição às empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras das restrições típicas da aquisição de imóvel rural por estrangeiros.

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *EDcl no RMS 5831*. Relator Ministro José Delgado. DJ 18.08.1997, p. 37781. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 15.04.2014.

Ocorre que este parecer, por si só, não produz nenhum efeito. Era necessária a aprovação do Advogado-Geral da União e do Presidente da República, o que veio a ocorrer no segundo semestre de 2010, mais precisamente em 23 de agosto de 2010 com sua publicação no Diário Oficial da União – DOU. Quase que concomitantemente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ recomendou fortemente às Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados que orientassem notários e registradores a aplicar o procedimento especial à espécie de aquisição ora analisada.

Poder-se-ia questionar a pertinência da via infralegal eleita pelo Poder Público – Parecer da AGU –, se habilitada a definir os rumos de situação tão delicada. Afinal de contas, sabe-se lá qual a extensão territorial brasileira hoje envolvida nesta situação específica? E sabe-se lá qual o volume de circulação econômica decorrente da exploração das áreas submetidas à esta nova perspectiva? A resposta para ambas as perguntas é negativa.

Na eventualidade de se afrontar a legitimidade da via, certamente caberia questionar: por que, então, os Pareceres anteriores eram tidos como legítimos a definir o posicionamento do Poder Público? Porque eles podiam liberar e o Parecer de 2008 não pode restringir? A resposta se daria no sentido de que ao liberar, não há comportamento a ser adotado pelo Estado. O comportamento é a omissão, a desnecessidade de efetuar as exigências naturais de uma aquisição de imóvel rural por estrangeiro. Restringir é demandar um comportamento ativo, com o preenchimento de uma série de pré-requisitos. É mais grave. Possui desdobramentos mais relevantes e complexos para sua perfectibilização na prática.

Não está-se aqui a defender a necessidade de edição de uma lei como solução para o problema. É sabido que a lei não é mais capaz de responder a todos os anseios da sociedade. Caso queiram os parlamentares – representantes do povo que são –, como assim sinalizam, que nova lei seja feita. Vide PL 2089/2007 e 4059/2012²³⁷. Mas não é este o ponto ora ventilado. Já quanto à legitimação da AGU, isto é, quanto à via eleita – parecer –, na verdade, faz-se apenas a ressalva de que não obstante pautado em sólido aparato hermenêutico, não é possível simplesmente estabelecer um novo posicionamento, isoladamente. Há que se definir todo comportamento – leia-se, conjunto de procedimentos – necessário para tanto. Deve(ria), na verdade, ser desenvolvido um plano de ação unificado em nível nacional, capaz de dar

²³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. *Projetos de Lei 2089/2007 e 4059/2012*. O primeiro disciplina a aquisição e o arrendamento de imóvel rural, por pessoas estrangeiras, em todo o território nacional. Regulamenta a Constituição Federal de 1988 e revoga a Lei 5.709, de 1971. O segundo estabelece critérios de aquisição de áreas rurais e suas utilizações, por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 14.05.2014.

resposta eficaz ao novo posicionamento adotado.

De qualquer sorte, mesmo com todos os questionamentos e inquietações aventados, é possível afirmar que *de 1988 até 2010 às pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras não eram impostas quaisquer restrições quando da aquisição e do arrendamento de imóveis rurais*. Naturalmente, tanto na questão procedimental – de escritura pública no Tabelionato de Notas e de registro no Registro de Imóveis –, quanto nos limites de extensão da área. Desta forma:

Quadro 6 - (IR)RETROATIVIDADE DO PARECER DE 1998	
Período	Aquisição de Imóvel Rural por Pessoa Jurídica Brasileira Equiparada a Estrangeira
De 1971 até 1988	– COM RESTRIÇÃO DECORRENTE DA LEI
De 1988 até 2010	– SEM RESTRIÇÃO / COM PUBLICAÇÃO DESDE 1998
De 2010 até hoje	– COM RESTRIÇÃO / COM PUBLICAÇÃO

Fonte: elaborado pelo autor

Tomando-se por base o quadro acima, a questão se abre para a análise sob duas perspectivas distintas acerca da matéria. A primeira, de *ordem prática*, relacionada com os contornos da busca por uma efetiva implementação – procedimental, de banco de dados e de fiscalização – das restrições impostas em decorrência da publicação do Parecer de 2008. A segunda, de *ordem jusfilosófica*, relacionando o objeto central de estudo – aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira – com a (superação da) dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, à luz da dignidade da pessoa humana e, posteriormente, da função social da propriedade, no âmbito de um Direito (Privado) Constitucionalizado. Dedicar-se, neste ponto, ao estudo de ambas. Antes disso, porém, é de repisar brevemente as restrições enfrentadas e as pessoas afetadas.

Quando um estrangeiro – seja pessoa física residente no Brasil ou pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil – deseja adquirir um imóvel rural, há que se analisar uma série de questões a fim de que seja possível efetuar a pretendida transação imobiliária, o que optou-se denominar *restrições*, dentre as quais destacam-se: o tamanho da propriedade; a nacionalidade do adquirente; a obrigatoriedade de escritura pública, a qual deve conter elementos especiais; o cadastro especial nos Ofícios de Registro de Imóveis; o indispensável assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional na aquisição de

imóveis em área considerada indispensável à segurança nacional; a necessária vinculação dos imóveis rurais adquiridos aos objetivos estatutários, se pessoa jurídica; a prestação de informações periódicas ao Ministério da Agricultura e à Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional acerca das aquisições, dentre outros.

Refere-se como restrição o tamanho da propriedade e a nacionalidade do adquirente, por exemplo, pois existe uma limitação quanto à extensão do total de terras pertencentes a estrangeiros – limitada à 25% da superfície do Município – bem como à quantidade máxima que pode pertencer a estrangeiros da mesma nacionalidade – limitada à 40% da extensão total, isto é, apenas 10% da superfície do Município pode pertencer a estrangeiros da mesma nacionalidade –. Como se pode notar, são todas restrições significativas, que objetivam dotar o Estado brasileiro de mecanismos que lhe permitam conhecer os imóveis pertencentes a pessoas de outras nacionalidades.

Sobre as *pessoas afetadas* por tais restrições, é identificado que a regra do *caput* do artigo 1º da Lei nº 5.709 de 1971 dirige-se ao estrangeiro residente no país ou à pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil, determinando que estes só podem adquirir imóveis rurais no Brasil se observadas as restrições contidas nos demais dispositivos da lei. Pretendeu o legislador ordinário de 1971, em consonância com a Constituição de 1967 e com a Emenda nº 1, de 1969, impor restrições à aquisição de terras por estrangeiros que não possuíssem qualquer vínculo com o Brasil. Com isso, estabelecer mecanismos de controle sobre a disposição do território nacional, a bem do interesse e da soberania nacional.

Pretensão esta que, diante da atribuição hermenêutica de sentido vislumbrada anteriormente, parece seguir válida à luz da Constituição de 1988, já que aqui não vivem, e aqui não concentram o desenvolvimento de suas atividades produtivas. Mas o que dizer da imposição dessas restrições a empresas brasileiras, constituídas sob a égide da legislação nacional, com sede no Brasil? Se, mesmo sendo brasileiras, são estrangeiros não residentes que decidem seus rumos, que nomeiam seus dirigentes e que tomam as principais decisões, é como se estrangeiras fossem. E a Constituição Federal é clara ao estabelecer regramentos especiais para a aquisição de terras por estrangeiros, a bem do interesse e da soberania nacional.

Há no cenário empresarial nacional atual, portanto, para os fins de aquisição e arrendamento de imóveis rurais, ao menos quatro espécies de pessoas jurídicas:

- a) pessoas jurídicas brasileiras, com brasileiros detendo a maioria do capital social;
- b) pessoas jurídicas brasileiras com a maioria de seu capital social detida por

estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou com sede no Brasil;

c) pessoas jurídicas brasileiras com a maioria do capital social detida por estrangeiros, pessoas físicas, residentes no exterior, ou jurídicas, com sede no exterior; e

d) pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil.

Com a aprovação do Parecer de 2008, os limites e restrições à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais previstos passam a abranger, além das pessoas jurídicas estrangeiras previstas na alínea *d*, as pessoas jurídicas brasileiras previstas na alínea *c*. Para que as restrições abranjam, também, as pessoas jurídicas previstas nas alíneas *a* e/ou *b*, faz-se necessário projeto de lei debatido e aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidente da República.

Embora abrangendo apenas mais uma alínea, trata-se de significativa contribuição da Advocacia-Geral da União para o aprimoramento das condições de controle e fiscalização do Estado brasileiro sobre a apropriação de parcelas do território por estrangeiros ou por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros. Cuida-se, então, de avaliar as possibilidades, obstáculos e desafios encontrados na busca pela *implementação* de tais restrições às pessoas afetadas.

Com a publicação do Parecer de 2008, foram impostas as restrições pretendendo-se que, dali (2010) em diante, as pessoas elencadas na alínea *c* antes referida fossem submetidas ao procedimento notarial e registral especial. Em outras palavras, de 23 de agosto de 2010 em diante, notários e registradores deve(ria)m praticar os atos notariais e registrais impondo restrições às pessoas jurídicas brasileiras com a maioria do capital social detida por estrangeiros, pessoas físicas, residentes no exterior, ou jurídicas, com sede no exterior. Dentre as principais restrições, devem os agentes delegados atentarem para a limitação quanto à extensão do total de terras que podem pertencer a estrangeiros – limitada à 25% da superfície do Município – bem como à quantidade máxima que pode pertencer a estrangeiros da mesma nacionalidade – limitada à 40% da extensão total, isto é, apenas 10% da superfície do Município –.

Diz-se deveriam, pois o procedimento dos casos *pra frente* depende da verificação da possibilidade de aquisição pela empresa brasileira equiparada a estrangeira – em especial no que se relaciona com os limites percentuais da superfície municipal adquirida –, já que *imprescindível a análise prévia acerca da porcentagem do território do município que já se encontra em propriedade de estrangeiros*. E mais, da porcentagem do território do município que já se encontra em propriedade de estrangeiros daquela nacionalidade que se pretende o

registro. Desta feita, fica estabelecida a premissa de que, em termos de procedimento notarial e registral, o *pra frente* depende de informações do passado, isto é, de um *banco de dados* – ou, seguindo a mesma linha, do *pra trás* –.

Justamente por conta disso foi tão importante aprofundar o desenrolar histórico dos Pareceres. Para ser possível a determinação de um plano de ação de acordo com a realidade experimentada. Afinal de contas, a partir do momento em que a averiguação dos limites percentuais viáveis de serem adquiridos por estrangeiros pende de controle retroativo, como conseguir atingir uma aplicação retroativa sem saber como se deu o tratamento do caso até os dias atuais? Nessa linha, como saber as opções disponíveis?

Se o percurso histórico demonstrasse que, desde a edição da Lei 5.709, sempre se impôs o procedimento restritivo, por certo o banco de dados existente nas serventias extrajudiciais resolveria a questão. Como exaustivamente analisado, não é este o caso. Então, saber em que momentos da história da alternância de posicionamentos – ou ao menos se em algum momento – foi exigido o procedimento especial é determinante para a efetiva implementação das restrições impostas.

Diante do estudo realizado, é possível afirmar que, ainda que eventualmente algum oficial tenha mantido no pós-1988 as restrições até então exigidas pela Lei 5.709 de 1971, o fez: até 1994 por conta própria (lacuna); de 1994 até 1998, contrariando orientação da AGU – orientação esta não vinculativa, dado que sem publicação –; e de 1998 até 2010, contrariando orientação expressa da AGU – dada a aprovação presidencial e sua respectiva publicação no DOU –. No sentido contrário, é possível concluir que nos 22 anos anteriores a 2010 esse controle não foi realizado. Ao menos não em sua plenitude. Na esteira, conclui-se que não existe o banco de dados a permitir tal verificação.

A partir do momento em que a aplicação – implementação – das restrições *ex nunc*, depende do conhecimento da situação até então vislumbrada, isto é, *ex tunc* – como se as restrições fossem desde sempre aplicadas – outras questões surgem. Considerando-se a *segurança jurídica*, essencial ao pleno funcionamento de qualquer sistema jurídico, é possível impor restrições retroativas? Independente de resposta afirmativa ou negativa, como fica a situação dos estrangeiros enquadrados na nova perspectiva, se à época da aquisição, o fizeram de boa-fé e de acordo com o ordenamento jurídico vigente? Deveriam eles perder as terras? Ou do contrário, devem ser mantidos, mesmo extrapolando-se os limites impostos pelo posicionamento atual?

Antes disso, como saber se os limites percentuais – 25% do território municipal para

estrangeiros, dos quais 40% para a mesma nacionalidade – estão sendo respeitados se, entre 1988 e 2010, nada foi perquirido, logo, nada foi informado ao INCRA? Aliás, como saber quem são as pessoas jurídicas proprietárias de imóveis rurais que se encontram em situação de equiparação com estrangeiras? Todas estas questões colocadas certamente não tem resposta pronta. Talvez sequer tenham uma única resposta correta.

Enfim, uma coisa é *pra frente*, é verdade. E *pra frente* – entendido aqui como as novas aquisições de imóvel rural por pessoa jurídica *latu sensu* – só é possível saber se a adquirente tem controle por estrangeiros. Se estaria enquadrada no caso de equiparação. É só o que se pode saber. Outra coisa é *pra trás*. Ou seja, saber se é possível – juridicamente falando – a efetivação do registro, o ingresso no fôlio real. E isto é algo muito mais profundo, não se tratando de resposta que qualquer registrador de imóveis possa dar. E isso porque, tendo em conta todo o desenrolar histórico trabalhado ao longo da dissertação – seja em período de lacuna, seja quando a AGU liberou a aquisição –, não há essa informação no banco de dados do sistema registral imobiliário brasileiro.

Ocorre que o estrangeiro – aí incluída a pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira – não está, regra geral, proibido de adquirir imóveis rurais no Brasil. Deve, apenas, respeitar as restrições. Mas como saber se respeita as restrições se o banco de dados existentes no fôlio real não possuem as informações necessárias para tal análise? Diante da situação tal como posta, verifica-se que não existe na atualidade sequer um meio conseguir cumprir tudo o quanto pretendido pelo Parecer 2008.

Enfim, estes são alguns dos desafios encontrados ao refletir-se sobre a imposição de restrições à aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira. Como visto, a situação está posta. Com a publicação do Parecer de 2008, das quatro espécies de pessoas jurídicas verificadas no caso, duas passam a enfrentar restrições. Se pretendida sua extensão para outras espécies, dependerá de lei. Mas este não é o objeto de análise.

Não está-se aqui a debater se a solução para o problema depende de nova norma (lei), segundo aquele velho modelo de regras. Está-se a, através de todo um apanhado sobre a dicotomia decorrente dos positivismos e da nova perspectiva de Direito (Privado) Constitucionalizado, compreender os desdobramentos da ampliação das restrições para uma segunda espécie de pessoa jurídica. Ao que tudo indica, enquanto não desenvolvido – e aplicado – um cronograma unificado de atuação, contendo prazos, objetivos e penalidades, não há como se pensar em cumprimento do quanto pretendido pelo Parecer de 2008.

Como encontra-se em nível de pós-graduação, onde é exigido um posicionamento

crítico sobre a matéria objeto de análise, sugere-se a seguir um esboço de procedimento a ser adotado, a fim de que se perfectibilize a imposição das restrições, tal como pretendido pelo novo posicionamento. A primeira medida sugerida diz com a determinação de um *prazo para apresentação dos documentos pertinentes*. Visando a conformação de um banco de dados, há que se estabelecer um prazo para que todas as pessoas jurídicas proprietárias de imóveis rurais apresentem seu respectivo contrato social ou estatuto atualizado – última alteração –, bem como a ata de assembléia de eleição de diretores, além de uma lista à parte relativa a todos os sócios, sejam acionistas e/ou administradores, contemplando o respectivo percentual de quotas ou ações que possui e sua nacionalidade. Seria possível, ainda, exigir uma declaração expressa de que o controle não está nas mãos de estrangeiros e de que não preenche os requisitos de equiparação à estrangeira. Somado a tudo isto, necessária a estipulação de multa para o caso de descumprimento. Multa esta maior do que o benefício decorrente da sua não apresentação, diga-se de passagem.

A segunda medida sugerida, a ser implementada concomitantemente com a primeira, está relacionada com a determinação de um *levantamento, pelos Registros de Imóveis do país*: i) - *de todas as pessoas jurídicas proprietárias de imóvel rural*, para verificação – e notificação – de quem descumpriu o prazo; e, com base no banco de dados existente no acervo, ii) - *da porcentagem do território municipal em propriedade de estrangeiros, com referência às respectivas nacionalidades dos proprietários*, para verificação de extrapolação (ou não) dos percentuais permitidos por lei.

Por fim, a terceira medida sugerida, complementar às duas anteriores, diz com a determinação do envio de todas as informações obtidas aos órgãos responsáveis pela fiscalização, qual seja, o INCRA, além de outros que se entender necessários, como o Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA, o Ministério da Justiça – MJ, o Ministério das Relações Exteriores – MRE. Uma vez de posse destas informações, isto é, consolidado o banco de dados retroativo, tornar-se-ia possível projetar o *pra frente* de modo sólido. Ainda que não extrapolado o limite territorial de propriedade rural brasileira em poder de estrangeiros, os Registros de Imóveis teriam condições de realizar uma análise segura, embasada de cada título apresentado para registro.

Caso verificado o extrapolação, há que se definir as opções disponíveis, dentre as quais, destacam-se: a definição de *prazo para correção da situação*, seja esta expressão entendida como *prazo para venda*, seja entendida como *troca de sócios*. Ou outra que se entender razoável. Verifica-se, aí, um fator complicador, relacionado ao *critério de correção*.

Afinal, se o extrapolamento se der em virtude da aquisição de imóveis rurais por vários proprietários – que é o mais provável – quem deve corrigir sua situação? O último que comprou? Todos? E se apenas um proprietário já extrapola a extensão máxima permitida, como proceder? Promover a correção até o limite permitido? E se este único proprietário foi o primeiro a adquirir terras naquele dado município, como fica? Todos demais devem corrigir, quiçá vender, para ele ficar com todo limite à sua disposição? Ou faz-se uma distribuição proporcional? Nessa linha, poderia um estrangeiro comprar de outro para completar sua proporção? Nesse caso, o estrangeiro deverá vender a parte que excede? São, sem dúvidas, perguntas pertinentes ao se refletir sobre a implementação das restrições impostas.

Outra questão que esta dissertação visa abrir para a reflexão, diz com a necessidade de uma verificação contínua. Afinal, como coibir a atuação furtiva das pessoas jurídicas que adquirem imóveis rurais como brasileira – através de sócios brasileiros “laranjas” – e, após o registro, alteram o contrato social (ou estatuto), passando o controle acionário aos seus “verdadeiros donos” estrangeiros? Que mecanismos poderiam ser desenvolvidos para combater tal distorção da lei?

Caberia a determinação de informação periódica (talvez anual) pelas pessoas jurídicas aos Registros de Imóveis? Ou a determinação de averbação da alteração no controle acionário? É bem provável que tanto uma quanto a outra medida acabariam por engessar o sistema, além de onerar desnecessariamente todas as demais empresas que não se enquadram neste quesito. De toda forma, há que se debruçar sobre mecanismos de contenção de tal atuação por parte do empresariado.

Aponta-se, aqui, como alternativa, a determinação de apresentação de declaração, quando da aquisição por pessoa jurídica, de que conhece a existência de restrições a este tipo de aquisição, e de que se compromete a, na eventualidade de se enquadrar nos requisitos, comunicar ao Registro de Imóveis, no prazo máximo de 90 dias após a alteração contratual, sob pena de se enquadrar na questão correção – venda compulsória da propriedade ou (re)alteração contratual –. Em último caso, determinar a perda (desapropriação), pelo estrangeiro, do imóvel adquirido.

Independente dos caminhos escolhidos para a implementação das restrições, o direito comparado mostra que em outros países restrições existem. A título de exemplo, a legislação norte-americana, tanto federal quanto estadual, impõe significativos limites à apropriação de parcelas do território estadunidense. Pela legislação federal, é obrigação do estrangeiro elaborar relatórios das aquisições realizadas ao Secretário de Agricultura. Em Nova Iorque, o

estrangeiro deve naturalizar-se americano para possuir propriedade rural. Na Virgínia, permite-se apenas a posse, não a propriedade ao estrangeiro que seja residente há mais de cinco anos. Em Iowa, as terras não destinadas à agricultura podem ser negociadas livremente; as terras destinadas à agricultura não podem pertencer a pessoas, físicas ou jurídicas, não residentes. No Missouri, as terras não destinadas à agricultura podem ser negociadas livremente, as terras destinadas à agricultura não podem pertencer a estrangeiros. Caso estrangeiros venham a ser proprietários de terras agrícolas, o Estado dá dois anos para que sejam negociadas com nacionais, caso não sejam, vão a leilão público²³⁸.

No México, também, há importantes restrições. É vedado o domínio de estrangeiros na faixa de fronteira e à beira-mar. Nas demais áreas, urbanas ou rurais, os estrangeiros necessitam de autorização da Secretaria de Relações Exteriores. Empresas mexicanas, com participação de capital estrangeiro, podem adquirir terras, mas sofrem restrições legais, como o limite máximo de aquisição²³⁹.

Enfim, de tudo quanto exposto, intentou-se, neste primeiro momento conclusivo, estabelecer: i) como deve se dar a atuação jurídica nos casos futuros; ii) a impossibilidade de implementação retroativa, tal como concebido o sistema registral imobiliário hoje, em relação ao banco de dados necessário para a efetiva imposição de restrições, independente da leitura de segurança jurídica e da via eleita – parecer – que se faça para a imposição de tais restrições; iii) as razões pelas quais sua implementação, tal como pretendida, é inconcebível em sua plenitude – ou seja, até é possível vislumbrar quem vai adquirir (pra frente), mas não há como saber se poderia adquirir (pra trás) –, considerando as limitações da lei; iv) que opções / alternativas acham-se disponíveis para que se consiga, efetivamente, ter o controle destas aquisições e, via de consequência, efetivamente implementar o respeito às restrições.

Visitada toda a questão de *ordem prática* relacionada com a aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras, adentra-se, por fim, em uma análise final das questões de fundo mais abstrato. Entender a leitura atual sobre o Direito Privado como um todo, primeiramente na sua relação com o Direito Público, e posteriormente no tocante à propriedade imobiliária, enquanto ramificação sua, é fundamental para que se

²³⁸ US Department of the Interior – Bureau of Land Management. *The Federal Land Policy and Management Act of 1976, as amended*. Washington DC: Office of Public Affairs, 2001. Disponível em: <http://www.blm.gov/flpma>. Acesso em 19/07/2014.

²³⁹ BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Parecer CGU/AGU n° 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 14.02.2014.

compreenda a mudança de paradigma. A propriedade, enquanto pilar do Direito Privado, recebe neste século contorno não mais individualista, mas agora, voltado para a coletividade e para o alcance dos objetivos e fundamentos previstos na Constituição. Envolto em fundamentos como o da dignidade (da pessoa) humana e, via de consequência, na realização de sua função social.

Há que se ter cuidado, entretanto, ao tratar da aplicação dos princípios constitucionais – notadamente da dignidade da pessoa humana – aos casos do Direito Privado. Registra-se, aqui, o olhar crítico lançado por juristas para o fenômeno do *panprincipiologismo*, cujo uso indiscriminado dos princípios facilita o abandono de certos parâmetros de segurança e de certeza jurídica por uma discricionariedade judicial abusiva.²⁴⁰ Conforme extrai-se da leitura conjunta do pensamento de diversos autores, a dignidade (da pessoa) humana é outra vítima dessa guerra panprincipiológica, senão a maior de todas.

Barretto já alertara que ‘o fascínio pela expressão ‘direitos humanos’ serve muitas vezes como guarda-chuva ideológico, legitimador de teorias e práticas as mais diversas’²⁴¹. O mesmo servindo para a expressão dignidade humana. Segundo Miranda, ‘não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo conexão direta com a autonomia vital da pessoa e sua autodeterminação’.²⁴² Entretanto, a banalização de seu emprego tornou a dignidade humana ‘um tropo oratório que tende à flacidez absoluta.’²⁴³ Como referido por Rodrigues Júnior, ‘se tudo é fundado na dignidade humana, nada, afinal, o será’.²⁴⁴ Somente caso liberto desta aplicação desmedida a dignidade humana servirá de alicerce para o amplo acesso à propriedade, em especial por brasileiros.

Adiante, é observada a ressignificação do Direito de Propriedade pela função social, e suas implicações na aquisição por estrangeiros. Ao analisar a função social da propriedade nesta temática, é de se questionar: será que, para cumprir sua função social, o imóvel rural brasileiro não deve servir aos brasileiros? A resposta para esta pergunta parece ser consequência de como se enxerga a função social. Afinal, cumprir a função social é (só)

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁴¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57.

²⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 199.

²⁴³ VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição Comemorativa: 20 anos. Distrito Federal, 2009. p. 576.

²⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. v. 5, nº 2, jul/dez 2010. Belo Horizonte: Meritum, 2010. p. 42.

produzir? Somente enquadrar-se nos requisitos estabelecidos? Ou importa quem produz? E importa, ainda, quem lucra com a produção? Isto é, para que país ocorre a remessa das divisas, dos resultados obtidos?

Quando se fala em propriedade produtiva está-se a falar, na verdade, da propriedade que, sendo produtiva, esteja efetivamente cumprindo a sua função social, cujo exercício possa ser associado à redistribuição de riqueza; que promova com a sua utilização os princípios fundamentais da República. Portanto, a ordem econômica prevista na Constituição não pode ser interpretada senão interligada aos seus princípios fundamentais, sob pena de aniquilar-se a técnica constitucional de fixação de princípios. Não se trata, portanto, de ler a normativa especial através de seus próprios princípios – como se fora um microssistema – encontrando-se tais preceitos setoriais condicionados, vinculados, instrumentalizados, ao projeto constitucional²⁴⁵.

A premissa está posta. A propriedade deve cumprir sua função social. No entanto, ‘cumprir a função social’ diz com o fim – utilização da terra? Ou com quem cumpre? Ou seria com ambos? Se a função social entra nesta discussão relativa à aquisição de imóvel rural por estrangeiros – como de fato se constata –, estas questões são não apenas pertinentes, como cruciais.

A propriedade com a sua função social, as limitações do solo e as restrições ao domínio, dão um novo conteúdo à senhoria, limitando internamente o conteúdo do direito de propriedade. Não se trata, à evidência, de deslocamento para o Direito Público de certos tipos de propriedade, como se ao Direito Civil coubesse a disciplina de uma propriedade sem limites, no espaço que lhe restou, onde fosse possível expandir o mesmo individualismo pré-constitucional, podendo, então, finalmente, o titular, exercer a senhoria livremente, sem intervenção estatal. Ao contrário, todo o conteúdo do direito subjetivo de propriedade encontra-se redesenhado²⁴⁶.

De um lado, não seria absurdo afirmar que se a propriedade deve cumprir sua função social, o faz, no caso Brasil, para os brasileiros. Por outro lado, a dignidade humana é para todos (estrangeiros, inclusive) ou para alguns (brasileiros apenas)? E aqui é observado, novamente, um encontro entre dignidade da pessoa humana e função social da propriedade, agora na temática central da dissertação.

Como observado no decorrer do estudo, o Direito Privado não passou despercebido

²⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16.

²⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 21.

ao processo de constitucionalização. Se radicam diversas tendências, escolas ou pretensas escolas de pensamento jurídico e uma miríade de autores que utilizam o imenso *guarda-chuva* teórico da constitucionalização para sustentar a utilização de novos *fatores de correção* das normas de Direito Privado, sua interpretação conforme o texto constitucional ou a aplicação direta de suas normas às relações de Direito Privado.²⁴⁷

Verifica-se a ausência de rigor técnico em torno do que seja a constitucionalização e sobre o uso equivocado da teoria dos direitos fundamentais em torno de uma categoria privatística nuclear, que é a propriedade. Parte dos atritos causados pela tentativa de colonização do Direito Civil no marco da constitucionalização é, desta forma, decorrência da permanente busca por um elemento de correção para o Direito. Nesse sentido, o recurso à Constituição é explicável, embora, conforme Rodrigues Júnior, ‘seu barateamento pela dogmática brasileira tenha chegado a níveis intoleráveis’.²⁴⁸

A ampliação do catálogo de direitos fundamentais, especialmente quando eles avançam por campos virgens como os do Direito Privado, fez abrir a caixa de Pandora aos juristas, em eterna busca pelo Graal do *fator de correção perfeito*.²⁴⁹ A superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado passa pela superação da utilização inadequada de princípios e valores como fatores de correção do Direito Civil. Sob certos aspectos, o Direito Constitucional se viu arrastado para dentro de disputas privadas de relevância duvidosa, com o barateamento da dignidade e da importância das normas constitucionais. Não é adequado simplesmente fazer o transplante desses elementos de Direito Público para o Direito Privado. Verifica-se a necessidade de preservação do estatuto epistemológico do Direito Civil²⁵⁰.

Nesse viés, a temática central é até simbólica. Cuida de um negócio jurídico essencialmente privado – transferência de propriedade imobiliária – que traz consigo um altíssimo *grau de publicismo* – já que diretamente vinculado a questões de nacionalidade e soberania nacional –. Estudar e compreender as limitações impostas pelo texto da Constituição Federal de 1988 à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros é trafegar, no campo da hermenêutica constitucional, no dizer do ex-Presidente do Supremo Tribunal

²⁴⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. v. 5, nº 2, jul/dez 2010. Belo Horizonte: Meritum, 2010. p. 32.

²⁴⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. p. 33.

²⁴⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. p. 35.

²⁵⁰ VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição Comemorativa, 20 anos. Distrito Federal, 2009. p. 559-581.

Federal, Ministro Gilmar Mendes, na fixação "dos limites dos limites"²⁵¹ de direitos fundamentais.

Para Mendes, essa empreitada hermenêutica está umbilicalmente ligada ao princípio da proporcionalidade. Consoante a firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a definição do conteúdo e a imposição de limitações ao direito de propriedade há de observar o princípio da proporcionalidade. Segundo esse entendimento, o legislador está obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado, no reconhecimento da propriedade privada e, de outro, no princípio da função social.²⁵²

As restrições impostas não ultrapassam os limites para que o regime da propriedade rural afetasse negativamente a soberania nacional econômica, a independência nacional e o objetivo fundamental de se promover o desenvolvimento nacional. As restrições não transbordam das balizas mínimas para a apropriação de parcelas do território nacional. É preservado o interesse nacional expresso na definição de áreas estratégicas e de setores imprescindíveis ao objetivo de assegurar a todos os cidadãos brasileiros existência digna.

O debate prossegue no sentido de se avaliar alternativas aos obstáculos vislumbrados quando pensada a efetiva implementação das restrições impostas. E aí esta a chave para o que se avizinha. A necessidade de desenvolver um projeto unificado capaz de tornar efetiva a imposição das restrições, dotando o Brasil de informação para a condução da situação de acordo com os interesses dos brasileiros e segundo a política de soberania nacional adotada.

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 269.

²⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 271.

5 CONCLUSÃO

Na abertura desta dissertação, antes mesmo da introdução, transcreveu-se o pensamento de Sun Tzu que dizia: ‘Na arte da guerra, a melhor opção é tomar o país inimigo intacto, esmagar um país é apenas a segunda melhor opção.’²⁵³ A guerra está sempre relacionada com a disputa de poder, seja de que natureza for. Disputa por território, por questões econômicas, pela submissão do outro, por tudo isso junto, ou ainda por razão outra. Na medida em que o objeto estudado diz com a imposição de restrições à aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira, aproveita-se dos ensinamentos milenares de Sun Tzu traduzidos na obra ‘A Arte da Guerra’ para, metaforicamente, aplicá-los à questão.

Nesta sociedade pós horrores vistos em duas grandes guerras, a *guerra* da atualidade se dá, regra geral, em um plano diplomático. Na maioria das vezes buscando a finalidade econômica, as guerras se processam pelos combatentes através das instituições, das ‘regras do jogo’. No objeto de análise, toca para cada Estado soberano ditar as regras do jogo quando o assunto for a titularidade do seu território. Uma primeira questão, então, diz com a decisão pelo Estado acerca da parcela do solo que poderá pertencer às pessoas de outras nacionalidades. Questão esta de fundo teórico. Mas com desdobramentos os mais severos. Na metáfora sugerida, onde o *inimigo* fica representado pelos estrangeiros, o país que opta pela não imposição de restrições autoriza que o inimigo lhe tome intacto. Em não havendo restrição, por opção própria o Estado é permitido que estrangeiros decidam o destino dado ao seu próprio território, possivelmente reduzindo a extensão de terras que seria de propriedade dos nacionais.

Entretanto, optar-se pela imposição de determinadas restrições traz consigo igualmente múltiplos desdobramentos de ordem prática. Se por um lado o Estado protege o território destinado à propriedade dos nacionais, por outro reduz o potencial de injeção de investimentos estrangeiros. Além disso, nesse caso há que se criar mecanismos capazes de tornar efetiva a pretensão do Estado de que restrições sejam impostas. E aí se descortina o curioso papel das epígrafes ao longo do estudo. O pensamento de Karl Popper ‘A solução de

²⁵³ TZU, Sun. *A Arte da Guerra: os treze capítulos originais*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2006. p. 41.

um problema traz novos problemas ainda não solucionados’, citado na introdução, coloca com precisão a problemática. A definição acerca da imposição (ou não) de restrições é somente parte do problema. Ou melhor. Trata-se de um problema que, solucionado, gera novos problemas ainda não solucionados. Desta forma, a hipótese acaba por se depreender da relação entre teoria e prática.

Para que fosse resolvido o primeiro problema, ligado à definição pelo Brasil sobre o posicionamento a ser adotado em relação à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, percorreu-se um longo caminho. Iniciado, do amplo para o específico, pela intrincada relação estabelecida entre Direito Público e Direito Privado. Valendo-se em epígrafe de pensamento do Digesto de Ulpiano que remete às origens da separação entre estas ramificações do Direito, restou trabalhado na primeira parte do primeiro capítulo o papel dos positivismos jurídicos para o estabelecimento do movimento dicotômico. Foi encontrada na contribuição do positivismo exegético a fonte viabilizadora da visão dicotômica. Na busca por uma contínua progressão, vem o Direito identificar que esta visão diametralmente oposta não apenas não é salutar para a correta interpretação e aplicação do Direito, como também acaba por obstaculizar novos avanços. Com isso, na segunda parte do primeiro capítulo, foi projetado o futuro da dicotomia. Ou a necessária desconstrução desta visão dicotômica para o futuro. Nesta busca, deve-se realizar uma leitura conjunta entre Direito Público e Direito Privado, compatibilizando-os em qualquer que seja o instituto a ser estudado.

No caso sob análise, está-se notadamente diante do Direito de Propriedade, no que se relaciona com sua aquisição por estrangeiro. Entretanto, não é qualquer propriedade. É a propriedade imobiliária rural privada. Da mesma forma, não é qualquer estrangeiro. Os estrangeiros – tanto pessoa física quanto pessoa jurídica – têm sua situação claramente definida pela Lei 5.709. A problemática aqui ganha contornos mais sensíveis, na medida em que se está a discutir a imposição de restrições para pessoas jurídicas brasileiras que, por determinadas circunstâncias, pelo preenchimento de determinados requisitos, acham-se em situação de equiparação a pessoas jurídicas estrangeiras. O segundo capítulo volta seu enfoque para o instituto da propriedade. Mais acuradamente, para como a concepção de propriedade ao longo do tempo pode ter contribuído (ou não) para a adoção dos posicionamentos adotados pelo Poder Público no século XX.

A primeira parte do segundo capítulo vem retratar, em vista disso, a posição de Direito Privado acerca da propriedade – adotado especialmente pelo Código Civil de 1916 – e sua relação com as constituições brasileiras. Nesta busca, percebe-se que entre o ano de 1971 e

1988 incidiram as restrições típicas de aquisição de imóvel rural por estrangeiros às pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeira. No entanto, desde o advento da Constituição Federal de 1988 observou-se, no mínimo até o ano de 1994, um período de lacuna que só veio a ser preenchido no ano de 1998, momento em que o Poder Público assentou entendimento no sentido de que sobre as pessoas jurídicas brasileiras que se encontrassem em situação de equiparação a estrangeira não recairia qualquer das restrições usualmente cabíveis aos estrangeiros.

Se no primeiro capítulo foram utilizadas epígrafes em latim, reflexo de relevante pensador de sua época, este segundo capítulo vem epigrafado de modo irônico por trechos de músicas de dois artistas reconhecidamente subversivos. A intenção ali manifestada é de provocar a reflexão para a preocupante situação em que se encontrava o tema no final do século passado. Ao não identificar-se o acionista controlador estrangeiro como efetivo beneficiário dos resultados obtidos pela pessoa jurídica, esta acabava em uma zona cinzenta, onde embora tida brasileira, na verdade era estrangeira e, na via contrária, embora fosse efetivamente estrangeira, era tratada como brasileira, como indica a música da banda Titãs. Da mesma forma, independente do juízo de valor que se queira fazer acerca do posicionamento do Poder Público na temática da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira até a abertura do século XXI, não seria exagero afirmar, diante daquele cenário não-restritivo, que a solução adotada era, como concebido por Raul Seixas, a de ‘alugar o Brasil’. Na verdade, ao que tudo indica, mais que o aluguel (arrendamento), o Brasil estava vendendo o próprio Brasil aos estrangeiros.

O planeta Terra se transformou, ao longo das últimas décadas, em uma aldeia global onde as distâncias restaram relativizadas pelos meios de transporte e de comunicação. Nesta sociedade transnacional, a própria noção de mundo se modifica. Sabe-se que hoje é possível comprar produtos de qualquer lugar do mundo. O mesmo se dá com a aquisição de imóvel. Na atualidade, tem-se à disposição imagens de todo o globo terrestre, transmitidos via satélite, possibilitando uma visualização muito aproximada da situação real de cada local. Soma-se a isto o facilitado contato que a rede mundial de computadores permite. Querendo se certificar, basta uma viagem rápida para averiguação do local que se deseja adquirir. Assim, as “regras do jogo” afetam diretamente o multifacetado cenário econômico mundial de circulação internacional de riquezas, ao mesclar investimento estrangeiro; produção – extrativa, agrícola ou pecuária – de riquezas; e remessa de divisas do resultado obtido ao exterior. Verifica-se, neste sentido, a transdisciplinariedade deste tema, que a todo momento permeia os espaços

jurídico, político, econômico, social.

Como visto na segunda parte do segundo capítulo, o Código Civil de 2002 veio ratificar previsões constitucionais, auxiliando na aproximação entre Direito Público e Direito Privado. Entram em cena as cláusulas gerais, com destaque para a função social. A propriedade privada deve ser cumpridora de sua função social, agora pautada na dignidade da pessoa humana. A nova visão estabelecida parece contribuir para que seja repensada a situação central da dissertação, relacionada com a aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira, discutida no terceiro e último capítulo.

Para a compreensão do posicionamento adotado no final da primeira década do século XXI, mais próximo das disposições da codificação civil, busca-se na primeira parte do terceiro capítulo uma atribuição de sentido no viés hermenêutico, através da utilização dos princípios constitucionais como parâmetro balizador da interpretação. As epígrafes deste capítulo tratam diretamente do que importa para o deslinde do estudo. Wittgenstein é citado em epígrafe não como autor a ser desenvolvido no capítulo, mas sim, como referência para a hermenêutica de sentido sobre o tema central. Ao referir ‘Os limites da linguagem são os limites do mundo’, percebe-se que tudo, inclusive os rumos da problemática, estão relacionados ao uso da linguagem.

Poder-se-ia concluir que se foi jogando com as palavras que, durante o século anterior, valeram-se os estrangeiros do artifício da linguagem para adquirir livremente terras rurais, tomando o país (Brasil) intacto; é igualmente através da linguagem, agora no viés hermenêutico, que o Poder Público promove a modificação – e alternância – no posicionamento. Diz-se alternância, pois do ano de 1971 até 1988 eram impostas restrições. Na sequência, de 1988 até 2010, diante dos Pareceres emitidos pela AGU em 1994 e 1998, não estaria errado concluir que o cenário para a aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira era não-restritivo. Mais recentemente, com a aprovação presidencial e publicação no DOU, vem em 2010 o Poder Público modificar novamente o entendimento, se posicionando agora pela imposição das restrições.

Ocorre que este último Parecer da AGU, emitido em 2008 com aprovação publicada em 2010, responsável pela modificação no posicionamento não-restritivo vislumbrado anteriormente, conclui não apenas pela imposição de restrições à aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira. Há conclusões mais profundas, decorrentes desta. Primeiro, cumpre destacar que prevalece no Parecer de 2008 o argumento da compatibilidade da equiparação prevista na Lei 5.709 de 1971 com a Constituição Federal

de 1998 em sua redação original. Seja antes ou depois da Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Seja antes ou depois dos Pareceres emitidos em 1994 e 1998. Ou seja, desde sempre. O que invariavelmente acaba por atribuir a produção de efeitos retroativos no tocante à imposição de restrições.

Ao se posicionar pela retroatividade, entende que desde 1971 o Brasil sempre teve a intenção de ter o controle da informação sobre a aquisição de imóveis rurais por pessoa jurídica brasileira equiparada a estrangeira, impondo-lhe as restrições típicas da aquisição por estrangeiros. Revela que importa saber, em última análise, quem é o beneficiário do resultado obtido com a utilização das terras. Aponta que a pessoa jurídica ‘brasileira’ – isto é, criada sob as leis e com sede no Brasil – é apenas utilizada como subterfúgio para encobrir o real beneficiário, estrangeiro. Conclui que se o estrangeiro é o acionista controlador, a ele toca a apuração dos resultados obtidos.

Mesmo quando pensadas as várias alterações decorrentes da modificação de posicionamento para a imposição de restrições, algumas brechas ficam aparentes, tal como no caso se o estrangeiro não for acionista controlador, mas possuir considerável participação, está liberada a aquisição. Faz-se apenas a referência, já que tal previsão depende de lei. Mesmo sem integrar a presente discussão, também não está livre o debate sobre a revisão da posição do Brasil sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiros de modo geral. Debate sobre a porcentagem que poderia ser adquirida por estrangeiros, que hoje é de 25% da zona rural de cada município brasileiro. Aliás, debate inclusive sobre se estariam os estrangeiros autorizados a serem proprietários ou se poderiam somente haver para si direitos reais sobre coisa alheia, como o direito de superfície.

Não se está a diferenciar certo ou errado, mas somente auxiliar a promoção do debate sobre tema de tal relevância. Afinal, o Brasil de hoje, enquanto potência econômica mundial, talvez não precise mais de tanto investimento estrangeiro como outrora. Talvez já possa caminhar mais com as próprias pernas, buscando o fortalecimento dos brasileiros pelos próprios brasileiros. Mas repita-se, isso não integra o debate central. O que interessa é que, com a adoção de posicionamento restritivo – e pretensamente retroativo – necessário projetar os desafios para a efetiva implementação. E neste ponto adentra-se na segunda parte do terceiro capítulo. Uma coisa é a fixação de um posicionamento, que se dá pela linguagem. Linguagem esta capaz de formular uma *teoria* a justificar o objetivo pretendido. Outra é a sua efetiva implementação. No caso, a imposição de restrições. Que se dá pelos procedimentos. Procedimentos estes somente capazes de se mudar na *prática*. Isto para que o posicionamento

atualmente adotado não seja mais uma determinação ineficaz do Poder Público. Nas palavras de Sun Tzu, ‘O rei ama palavras vazias. Não é capaz de juntar o gesto às palavras.’ Pensar desdobramentos, desafios e alternativas para a implementação das restrições impostas, representa juntar o gesto às palavras.

E nesta abordagem prática, ganha significado o pensamento de Heidegger exposto em epígrafe. A questão da existência levantada por Heidegger, e aplicada de maneira análoga ao tema central, desvela tudo o que desta dissertação se espera. Segundo ele, ‘a questão da existência nunca é explícita, exceto pelo próprio existir’. Ora, as restrições apenas existirão, quanto explicitamente existirem. O Parecer de 2008 defende que o artigo 1º, § 1º da Lei 5.709 de 1971 foi Constitucional desde sempre. Logo, teria aplicação retroativa. Mas ainda que não tivesse intenção de produzir efeitos *ex tunc*, o primeiro desafio acerca da implementação diz justamente com a necessidade de um banco de dados retroativo.

Percebe-se, então, que a imposição das restrições demanda, em um primeiro momento, o domínio da informação. Informação acerca das parcelas do território brasileiro que pertencem a quais nacionalidades. E em quais proporções. E em que localidades. Afinal, em quais regiões, pessoas de quais nacionalidades, possuem qual extensão das terras rurais brasileiras? Hoje se trata de uma resposta impossível de se fornecer. Já se optou realizar uma utilização metafórica de pensadores variados, nada mais apropriado do que novamente apropriar-se das ideias de Sun Tzu, agora para a questão do banco de dados, quando sabiamente manifesta: ‘Aquele que conhece o inimigo e a si mesmo, ainda que enfrente cem batalhas, jamais correrá perigo.’

Por conta disso, a primeira etapa para a implementação de procedimentos visando a imposição das restrições consiste na necessária formação do banco de dados. Deve-se compelir as pessoas jurídicas a prestarem às serventias extrajudiciais todas as informações necessárias à averiguação da situação de equiparação a estrangeira. Da mesma forma que devem as serventias remeterem as informações para o INCRA ou outro órgão habilitado a promover a reunião e unificação destas informações. A segunda etapa consiste, então, com base em um banco de dados completo, na aplicação do procedimento especial aos novos títulos apresentados para registro nos ofício de registro de imóveis do Brasil. Já que Sun Tzu, ao retratar ‘A Arte da Guerra’ emprestou ensinamentos os mais valiosos, opta-se por concluir referindo este: ‘Lembra-te que defendes não interesses pessoais, mas os do teu país. Tuas virtudes e teus vícios, tuas qualidades e teus defeitos influem igualmente no ânimo daqueles que representas. Teus menores erros têm sempre nefastas consequências.’

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. *Comentário ao artigo 5º, XXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 312-314.*

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade. Antropologia e ética das biotecnologias*. São Paulo: Loyola, 2009.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: Doutrina, Prática e Jurisprudência*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do Direito Brasileiro: interesse público*. v. 5. n. 19. Brasília, 2003.

BARRETO, Alex Muniz. *Direito Administrativo Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A grande dicotomia: público/privado. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

_____. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A definição de pessoa e de dignidade humana e suas*

implicações práticas. São Leopoldo, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. *Lei 5.709 de 07 de outubro de 1971*. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm .

_____. *Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm .

_____. *Lei nº 8.629 de 25 de fevereiro de 1993*. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm .

_____. *Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm .

_____. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

_____. *Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm .

_____. Advocacia-Geral da União - AGU. *Parecer nº GQ – 22 de 07 de junho de 1994*. Dispõe sobre a aquisição, por empresa brasileira de capital estrangeiro, do controle acionário de empresa com as mesmas características. Não recepção, pela Constituição de 1988, do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971. Disponível em: www.agu.gov.br . Acesso em 14.06.2014.

_____. Advocacia-Geral da União - AGU. *Parecer nº GQ – 181 de 17 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre o reexame do Parecer nº AGU/LA-04/94, diante da revogação do art. 171 da Constituição de 1988. Entendimento inalterado. Disponível em: www.agu.gov.br . Acesso em 14.06.2014.

_____. Advocacia-Geral da União - AGU. *Parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ de 03 de setembro de 2008*. Dispõe sobre a aquisição de terras por estrangeiros. Revisão do Parecer GQ-181, de 1998, e GQ-22, de 1994. Recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, à luz da Constituição Federal de 1988. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Disponível em: www.agu.gov.br . Acesso em 14.06.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal - STF. *ADI 415*. Relator Ministro Paulo Brossard. DJ 29.05.1992, p. 07833.

_____. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Notícia: CNJ determina que cartórios controlem compra de terras por empresas controladas por estrangeiros*. Veiculada em 13.07.2010. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 15.05.2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Pedido de Providências nº 0002981-80.2010.2.00.0000*. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 15.05.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região - TRF3. *Mandado de Segurança 0008093-73.2013.4.03.0000*. Disponível em: www.trf3.jus.br. Acesso em 29.06.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *EDcl no RMS 5831*. Relator Ministro José Delgado. DJ 18.08.1997, p. 37781. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 15.05.2014.

_____. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 2089/2007*. Disciplina a aquisição e o arrendamento de imóvel rural, por pessoas estrangeiras, em todo o território nacional. Regulamenta a Constituição Federal de 1988 e revoga a Lei 5.709, de 1971. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 14.05.2014.

_____. Congresso Nacional. *Projeto de lei 4059/2012*. Estabelece critérios de aquisição de áreas rurais e suas utilizações, por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 14.05.2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 209. Rio de Janeiro, jul/set 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. n. 40. Porto Alegre: Ajuris, 1987.

CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. *O estrangeiro e a propriedade rural*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

DAVID, René. *Os grandes sistemas jurídicos do Direito contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Registro de Imóveis: vários estudos*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *Império do Direito*. 1ª ed (em português). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *A Justiça de Toga*. 1ª ed (em português). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed (em português). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____. *No right answer?* New York: NYU Law Review, 53, nº 1, abril 1978.
- _____. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EDELMAN, Bernard. *La personne em danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer 250/2010-E*. Disponível em: www.extrajudicial.tjsp.jus.br. Acesso em: 20.05.2014.
- ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer 416/2012-E*. Disponível em: www.extrajudicial.tjsp.jus.br. Acesso em: 20.05.2014.
- FABRE-MAGRAN, Muriel. *Dignité Humaine*. In: Dictionnaire des Droits de l'Homme. Paris: PUF, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *A Cidade Nuclear e o Direito Periférico (reflexões sobre a propriedade urbana)*. Revista dos Tribunais, v. 743, 1996.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Comentário ao artigo 5º, XXIII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 314-317.
- FONTES, André R. C. *Limitações constitucionais ao direito de propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4ª ed. vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 14.
- GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e as suas atuais fronteiras*. Fasc. Civ. Ano 87. v. 747. RT, jan 1998.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. São Paulo: RT, 2007.
- GONDINHO, André Osorio. *Função Social da Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- HART, Herbert L A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HESSE, Konrad. *Direito Constitucional e Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20ª ed. Auflage, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Tecnos: 1992.
- _____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Milão: A Giuffrè, 1989.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Ein leitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LASALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Rio de Janeiro: Editora Global, 1987.
- LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LIMA, Ruy Cirne. *Direito Público e Direito Privado*. In: *Revista Jurídica*, nº 1, ano I. Porto Alegre: Sulina, jan-fev de 1953.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, n. 141. Brasília Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1999.
- LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. v. I. Livro II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Privado: A Superação da Dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes edireitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: *As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*. a. 35, n. 139. Brasília, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártirir; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1946*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Boffoni, 1947.

_____. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1968.

MORAES, Maria Amália Dias de. *A Escola da Exegese – esboço de uma justificação histórica*. Estudos Jurídicos, vol. 22, nº 56, set/dez, 1989.

MOURA, Paula T; NASSAR, André M. “Estrangeiros representam 27% de todo o investimento feito no Agro”. *Redeagro*, 1 set. 2011. Disponível em: <http://www.redeagro.org.br/artigo-economico/342-estrangeiros-representam-27-de-todo-o-investimento-feito-no-agro> . Acesso em: 16.04.2014.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NORDENFELT, Lennart. *The Varieties of Dignity*. Health Care Analysis, June 2004, vol. 12, nº 2. 2004.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 4. Direitos Reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica-Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAISER, Ludwig. *Il futuro del diritto privato*. In: *Il compito del diritto privato*. Milão: A. Giuffré, 1990.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. *Sistema do Direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à*

Autopoiese. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Anuario 2005, n. 2. (Organizadores André Copetti, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. v. 5, nº 2, jul/dez 2010. Belo Horizonte: Meritum, 2010.

SALOMÃO, Alexa; VITAL, Nicholas. “Temos US\$ 3 Bi. Se o Brasil não quiser...”. *Revista Exame*, São Paulo, ed. 991, ano. 45, nº 8. 4 mai. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentário ao artigo 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil: São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. p. 121-128.*

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ULPIANUS, Eneo Domitius. *ULPIANO – Digesto 1.1.1.2.*

US Department of the Interior – Bureau of Land Management. *The Federal Land Policy and Management Act of 1976, as amended*. Washington DC: Office of Public Affairs, 2001. Disponível em: <http://www.blm.gov/flpma> . Acesso em 19.07.2014

VAZ, Henrique C. De Lima. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. vol. 5. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição Comemorativa, 20 anos. Distrito Federal, 2009. p. 559-581.*

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *O Chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.