

Interpretação e aplicação do disposto no artigo 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas

Maria Celina BODIN DE MORAES *

SUMÁRIO: I. A consulta – II. Os fatos. – III. O caso e o enunciado normativo: 1. As peculiaridades do caso; 2. A ausência de dilação probatória e a falta do direito ao contraditório; 3. O enunciado normativo aplicável; 4. A interpretação do enunciado normativo: procedimentos lógico, histórico, teleológico e sistemático; 5. A nova hermenêutica: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação na interpretação da extensão do confisco. – IV. A ausência de reprovabilidade da conduta em questão: a inexigibilidade de conduta diversa: 1. Terrenos sob a proteção ambiental; 2. Dever de vigilância *versus* proibição de intervenção; 3. A livre circulação de pessoas na área; 4. A função social do terreno de Mata Atlântica; 5. A responsabilidade do proprietário. – V. A inaplicabilidade do enunciado normativo ao caso concreto: 1. A área de proteção ambiental, intocável *versus* o confisco, isto é, a punição do proprietário por negligência ou por não cumprir a função social; 2. A finalidade expressa da norma – assentamentos de colonos – e sua impossibilidade no caso concreto; 3. A desproporção entre a parcela cultivada e a propriedade confiscada. VI. Conclusão. VII. Resposta aos quesitos.

I. A consulta

Honra-nos o escritório de advocacia xxx, com a presente consulta acerca da aplicação do disposto no art. 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, tendo em vista especificamente o julgamento de ação expropriatória ajuizada pela União Federal em face de xxx., a qual foi julgada antecipadamente improcedente em primeira instância, tendo porém a sentença sido reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Visa, com a Consulta, ao esclarecimento dos seguintes quesitos: 1. Qual a natureza e a finalidade do enunciado normativo previsto no artigo 243 da Constituição?; 2. A expropriação prevista naquele dispositivo deve ser pautada em responsabilidade objetiva, integral, ou depende da avaliação de algum elemento subjetivo do proprietário, que poderá comprovar a impossibilidade de se evitar o evento danoso?; 3. Qual a função social a ser preenchida pelo terreno objeto da presente consulta? Ocorreu o descumprimento desta função social que justificasse a sua expropriação nos termos

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Associada e Ex-Diretora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Itália.

do artigo 243 da Constituição?; 4. De acordo com as normas que regulam o procedimento judicial da ação expropriatória, é possível a condenação da parte ré com base apenas no inquérito policial, ignorando-se o rito previsto na Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991? As peculiaridades fáticas que podem ser apuradas em sede de instrução probatória, especialmente com a perícia e a oitiva de testemunhas, são elementos importantes para configurar a procedência ou improcedência do pedido de expropriação?; 5. Se o próprio comando constitucional determina que as áreas confiscadas deverão, especificamente, ter como destinação o assentamento de colonos e a produção de medicamentos, o fato de o imóvel estar localizado atualmente em zona urbana inviabilizaria a expropriação?; 6. A expropriação, caso ocorra, deve abranger a totalidade da propriedade, ou apenas a área aonde se verificou o plantio? 7. Com base nos documentos e provas constantes dos autos e dos fatos relatados, analisando-se a melhor interpretação do art. 243 da CF, a área em questão deverá ser expropriada?

II. Os fatos

1. Em 24 de outubro de 1997, a União Federal ajuizou ação de expropriação em face de xxx, com base no art. 243 da Constituição e na Lei nº 8.257/1991 que o regulamenta. Alegava que em 25 de março daquele ano agentes da polícia federal encontraram plantio de *cannabis sativa linneu* (maconha) dentro de reserva da Mata Atlântica secundária encravada no local denominado "...".

2. Sustentava que a área de plantio era retangular, de 200x50m, fato, contudo, dada a conformação da área da mata, muito controverso, mas sobre o qual não houve oportunidade para contraditório com dilação probatória em virtude do julgamento antecipado da lide, no sentido da improcedência do pedido. Ainda que fosse esta a dimensão do terreno com plantio, equivaleria a cerca de 0,64% do total da propriedade, que tem 155,75 hectares. Pleiteava que não apenas a parte cultivada, mas a totalidade da propriedade, fosse expropriada e incorporada ao patrimônio da União, na forma do artigo 10 da Lei nº 8.257/1991 e do artigo 6º do Decreto nº 577/1992.

3. No inquérito policial levado aos autos, o Sr. xxx respondeu ser proprietário do terreno, dentro do qual existe pequena área de preservação ambiental (3 hectares) assim considerada por ato declaratório do IBAMA (fl.), e que este jamais lhe concedeu autorização para desmatar a área, embora tivesse o proprietário destacado que a mata vinha sendo utilizada por marginais para práticas criminosas, como a desova de cadáveres e sacrifício dos animais que ali eram criados. Ressaltou que a prefeitura, quando construiu a estrada vicinal, que corta ao meio a propriedade, se comprometera a erguer uma cerca ao longo de todo o percurso (fls.), o que jamais foi feito. O inquérito não identificou os autores do plantio, razão pela qual foi recomendado o seu arquivamento condicional. (fls.)

4. O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA – requereu litisconsórcio ativo com pedido liminar para ser imitado na posse do imóvel, mas, em sentença, o juiz do feito, ante a ausência de atendimento à determinação de emenda da inicial no sentido de apresentação de provas conclusivas de autoria do plantio – fato

que reputou de suma importância para avaliar a conduta do proprietário – extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

5. A União interpôs recurso de apelação alegando a nulidade da sentença por ter seguido o procedimento da ação de desapropriação e não o rito previsto na Lei nº 8.257/1991, pois os documentos apresentados eram suficientes para o fim pretendido naqueles termos. O Ministério Público Federal, em parecer, opinou pelo provimento do recurso. A apelação foi provida para anular a sentença recorrida e determinar o prosseguimento regular do feito.

6. A xxx pôde então apresentar contestação alegando a ausência da sua responsabilidade no plantio, a imprescindibilidade da comprovação de alguma responsabilidade do proprietário e/ou possuidor para procedência da ação, a ausência de culpa deste no caso e o descabimento do pedido liminar. Em réplica, o INCRA alegou a independência entre a culpabilidade no ato criminoso e a responsabilidade na ação expropriatória, a falta de adequada vigilância dos proprietários sobre o terreno, a legalidade da expropriação de toda a área do imóvel, a possibilidade e conveniência de decretação de imediata imissão na posse. Em sentença, o juiz do feito julgou antecipadamente a lide, por entender desnecessária a produção de outras provas. Destacou que a hipótese de expropriação-confisco demandada é modalidade de sanção ablativa do direito fundamental de propriedade, que exige perquirir sobre a titularidade da propriedade, para determinar quem será expropriado, e definir a responsabilidade do proprietário ou possuidor pelo uso ilegal da propriedade, para só então imputar a perda do imóvel.

7. Com base nos laudos técnicos, o juiz destacou ainda que a área com cultivo ilegal está restrita a uma pequena porção do imóvel e em setor de difícil acesso, visto que situada em reserva de Mata Atlântica, frequentada por pescadores, banhistas e delinquentes. Concluiu, portanto, que inexistem nos autos provas de que houve conhecimento do plantio, afastando a responsabilidade pelo ilícito. Pelo exposto, julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito.

8. A União interpôs recurso de apelação, no qual requereu a reforma da decisão. Alegou a independência entre o inquérito criminal e a responsabilidade na ação expropriatória, a responsabilidade dos proprietários e não do Estado pela vigilância no interior de sua propriedade, a má gerência da propriedade no caso ante o desconhecimento do plantio em parte do terreno, tratando-se de negligência originária, e a legalidade da expropriação de toda a área do imóvel. O INCRA também apelou da decisão, reiterando os argumentos já expostos. Em contrarrazões, a xxx sustentou a aplicabilidade do regime da responsabilidade subjetiva, a inexistência de culpa *in vigilando* e a desproporcionalidade e irrazoabilidade do confisco da totalidade da propriedade.

9. Embora o parecer do Ministério Público Federal, considerando a natureza punitiva da sanção e a falta de previsão expressa de responsabilidade objetiva, tenha sido pela ausência de responsabilidade do proprietário e pelo desprovimento dos recursos, o acórdão da sexta turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi no sentido de dar provimento às apelações. Entendeu o relator que o desatendimento da função social da propriedade nos termos do art. 243 prescinde da perquirição do elemento subjetivo

e que ainda que a plantação encontrada abranja pequena área, a sanção deve atingir a totalidade da propriedade.

10. A xxx opôs embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes e para fins de prequestionamento, aduzindo contradição com o sistema de responsabilidade e com os elementos subjetivos trazidos aos autos e omissão quanto ao pedido de prosseguimento da instrução processual por questão de ordem pública, assim como a perda superveniente do interesse de agir, pela gleba ter se tornado área urbana, impossibilitando o assentamento de colonos.

III. O caso e o enunciado normativo

1. As peculiaridades do caso

11. O problema apresentado pelo Consultante impõe ao intérprete, com especial intensidade, o desafio hermenêutico de, com sensibilidade e inteligência, buscar identificar as peculiaridades do caso concreto que interferem no processo de interpretação e aplicação do direito. Como é notório, tratar os casos iguais de maneira igual é não apenas princípio, mas postulado normativo fundamental, sem o qual não há coerência nem racionalidade do direito. Mas este mesmo postulado impõe, *a contrario sensu*, tratar os casos diferentes de maneira diversa. Trata-se, portanto, de identificar quando as peculiaridades de um caso – suas *diferenças* – se tornam juridicamente relevantes.

12. Em toda a práxis do direito colidem imperativos de segurança e de justiça, que buscam equilibrar a necessária previsibilidade e racionalidade decorrente da abstração, com a diversidade e maleabilidade imposta pela concretude. O confronto entre o enunciado normativo abstrato, conformado por um texto, e o caso concreto que se pretende solucionar, deve se resolver através de um constante e circular diálogo entre o fato e a norma, cotejando todas as características relevantes do fato com a totalidade sistêmica do ordenamento que se lhe pretende aplicar.

13. Hoje se reconhece que, em virtude da textura aberta da linguagem e do caráter normativo dos princípios, será a fundamentação argumentativa das decisões, guiada por sua lógica informal, a conciliar estes dois imperativos, explicitando o processo metodológico pelo qual se atinge a solução correta. É necessário, desta forma, especialmente diante de casos difíceis como o que ora se coloca, identificar as características peculiares que o revestem, para que sejam comparadas não apenas com o enunciado normativo que parece aplicável, mas com o ordenamento jurídico como um todo.

14. No tocante ao caso concreto *sub examine*, envolvendo terreno no qual foi localizada cultura ilegal de plantas psicotrópicas, algumas peculiaridades saltam aos olhos já de início, razão pela qual se torna necessário investigar se são relevantes para o processo jurídico-decisório. São elas:

i) o processo pelo qual se pretende a expropriação do terreno não franqueou dilação probatória ao proprietário, tendo em vista que a sentença de improcedência do pedido da União, que julgou antecipadamente a lide, foi reformada por acórdão do TRF;

ii) a parcela do terreno em que se verificou o plantio insere-se em área de mata atlântica secundária, sob proteção ambiental, que impõe uma normativa especialmente restritiva às possibilidades de atuação do seu proprietário;

iii) no terreno há livre circulação de pessoas, em virtude da falta de delimitação física de atribuição do Poder Público, que se comprometeu a erguer uma cerca quando da construção de estrada vicinal, o que nunca foi feito;

iv) restou comprovado que o proprietário não agiu com dolo nem com culpa (*in vigilando*) e que manteve a função social seja da propriedade toda, seja da área de mata atlântica ínsita em sua propriedade;

v) a área em que se realizou o cultivo ilegal é ínfima em relação à totalidade da propriedade;

vi) o terreno foi rezoneado e encontra-se ora inserido em área urbana, o que impede o assentamento de colonos para o plantio de produtos alimentícios e medicamentosos, como previsto pelo enunciado normativo como a finalidade para as expropriações desta natureza. (fls. 763 e 768).

2. A ausência de dilação probatória e a falta do direito ao contraditório

15. A Lei nº 8.257/1991, ao regulamentar o art. 243 da Constituição, disciplinou rito próprio para a dilação probatória da desapropriação confiscatória (art. 23), – vedando, assim, a possibilidade de julgamento antecipado de expropriação, em atenção ao devido processo legal e no intuito de coibir excessos do Poder Público.

16. O legislador infraconstitucional considerou imprescindível à constitucionalidade da expropriação a produção de prova pericial (art. 7º), bem como a oitiva de testemunhas (art. 11) em audiência de instrução e julgamento (art. 9º), ponderando a dimensão da ameaça ao direito fundamental de propriedade.

17. No caso em tela, o TRF da 2ª Região, ao reformar a sentença para julgar procedente o pedido expropriatório, manteve o julgamento antecipado (art. 330, I do CPC), alterando integralmente o *meritum causae* para determinar o confisco de toda a extensão da propriedade, à revelia da produção das provas previstas no procedimento especial da Lei nº 8.257/1991, uma vez que o processo não foi reconduzido ao Juízo do 1º grau para a subsequente e necessária instrução.

18. Tal fato importa em evidente cerceamento de defesa do proprietário, não apenas em decorrência da violação formal ao procedimento, mas, principalmente, em virtude da impossibilidade concreta de instrução probatória, ante a sumariedade da condenação.¹

19. Pontue-se ainda que para a responsabilização do proprietário, através de um julgamento antecipado, há que se viabilizar, obrigatoriamente, a ampla possibilidade de demonstração de eventuais excludentes de responsabilidade e do nexo de causalidade, sob pena de nulidade do *decisum* e de violação ao princípio do devido processo legal, vez que, segundo o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.²

20. O devido processo legal traduz, pois, uma proteção constitucional de *paridade de armas* no processo, corolário do princípio da igualdade substancial,³ em torno da busca da verdade real. É a viga mestra sobre a qual repousa toda a equação de direitos fundamentais instituída pelo ordenamento jurídico, não podendo o direito alterá-la, sem facultar ao demandado ampla possibilidade de realizar a contraprova.

21. Com efeito, neste caso, reformado o mérito do *decisum* para determinar a expropriação do terreno, o Tribunal suprimiu a chance de produção de provas necessárias para demonstrar as peculiaridades do caso concreto, violando desta maneira, o aspecto substancial do devido processo legal.

22. Considerando que o princípio do devido processo legal se desdobra em seus aspectos formal e material, cumpre observar que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade estão intimamente relacionados com o conteúdo substancial do princípio.⁴ Neste sentido, todos os atos infraconstitucionais devem guardar compatibilidade com tais postulados, eis que a razoabilidade e a proporcionalidade

¹ Nesse sentido, mesmo diante da utilização ilícita da propriedade, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já entendeu pela improcedência do pedido expropriatório com base na cabal ausência de responsabilidade do proprietário pelo plantio, dado que o imóvel se encontrava arrendado e o proprietário-arrendador não tinha meios materiais de ter ciência da prática ilícita. O Tribunal considerou, no caso, que o arrendador não tem a obrigação de fiscalizar o arrendatário no que tange a utilização do imóvel. (CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO CONFISCO. PLANTIO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. IMÓVEL ARRENDADO. AUSÊNCIA DE CULPA DO ARRENDADOR. 1. O art. 243 da Constituição Federal prevê a desapropriação confisco. Entretanto, é imprescindível a observância do devido processo legal, com amplitude de defesa e o controle jurisdicional. 2. A utilização do imóvel para fins contrários ao direito pelo arrendatário deu-se sem que o arrendador tivesse ciência da prática ilícita. 3. Agravo retido não conhecido. 4. Apelo e remessa improvidos (TRF-1ª Reg., 4ª T., Ap. Cív. 2000.33.00.000053-0, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, julg. em 03.02.2004, publ. DJ de 12.02.2004).

² Nas palavras de CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006. 22. ed., p. 88: “Compreende-se, modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”.

³ “Em outras palavras, a anterior igualdade formal negativa (a lei não pode estabelecer diferenças) dá lugar, hoje, à conceituação positiva da igualdade (a todos devem ser concedidas iguais oportunidades). A consequência dessa alteração de enfoque permite que a lei trate desigualmente os desiguais, concedendo aos jurídica ou economicamente hipossuficientes, determinados benefícios, para que não sejam prejudicados em virtude de suas deficiências”. (José CRETTELLA NETO. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 5)

⁴ “O devido processo legal substancial é um instrumento de controle que se vale o julgador para coibir os excessos das decisões judiciais, ou, nas palavras de Carlos Roberto SIQUEIRA CASTRO, um “mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes” (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, n. 3, p. 50).

das leis e das decisões judiciais são inafastáveis para concretizar o conteúdo de justiça.⁵ A propósito, já se afirmou que “a garantia do acesso à justiça, consagrado no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias) têm como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*”.⁶

23. Se, por um lado, nada impediria o decreto antecipado de improcedência, tendo em vista que eventual nulidade, existente por cerceamento de defesa do réu, restaria superada pela improcedência da expropriação, de outro lado, o julgamento antecipado da lide não se justifica nas hipóteses de procedência do pedido de expropriação. Com efeito, haverá cristalino cerceamento de defesa a acarretar a nulidade do *decisum*, ao não se oferecer a possibilidade da busca da verdade real e o delineamento das exatas circunstâncias do fato.

24. No caso objeto deste Parecer, a sumariedade do decreto expropriatório, decorrente da reforma da sentença pelo Tribunal Regional Federal da 2^a Região, caracterizou incontestemente cerceamento de defesa do proprietário, de seu direito fundamental à propriedade, a violar o rito expressamente previsto na Lei especial. Dessa forma, sublinhe-se que a insuficiência de provas, consequência da supressão da fase instrutória prevista pela lei processual e pela Lei nº 8.257/1991, até poderia ser admitida em caso de improcedência do pedido expropriatório, mas jamais poderá fundamentar um decreto condenatório de confisco da propriedade.⁷

25. De modo que, se por um lado poderia não haver nulidade de processo mal instruído, se deste não resultasse a condenação do proprietário ao perdimento do bem, dada a ausência de prejuízo material, de outro, nas mesmas circunstâncias, torna-se flagrante a ilegalidade do julgamento antecipado de expropriação, pois dele restará suprimida a imprescindível instrução probatória prevista na lei especial, quando acarreta grave prejuízo à parte.⁸

26. Elucidando o conteúdo técnico dos termos jurídicos, atenta doutrina explica que a expressão “ampla defesa” consiste no

(...) asseguração que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda

⁵ “A razoabilidade e proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o direito tem conteúdo justo”. (O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. In: André Ramos TAVARES; Olavo A. V. Alves FERREIRA; Pedro LENZA (Coords.). *Constituição Federal: 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 103).

⁶ CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Malheiros, 22. ed. 2006, p. 90.

⁷ A natureza do juízo absolutório (de improcedência do pedido) difere sobremaneira do juízo condenatório (procedência do pedido); este último atinge a esfera de direito das partes, modificando o mundo dos fatos.

⁸ É a aplicação da máxima: *pas de nullité sans grief*, isto é, não há nulidade sem prejuízo.

de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁹

27. No caso, a ausência de dilação probatória viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, negando vigência ao princípio do devido processo legal substancial, a eivar de nulidade o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

28. Mais ainda, tendo a ação expropriatória *ex vi* do art. 243 CF nítido viés punitivo, incabível o julgamento antecipado da lide para o confisco com base nos documentos que instruíram o inquérito policial, sendo imprescindível que os indícios colhidos sejam submetidos ao crivo do Judiciário. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já concedeu *habeas corpus* considerando que “ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo”.¹⁰

3. O enunciado normativo aplicável

29. A este caso, pretende a União, através de ação expropriatória, a aplicação do enunciado normativo disposto no art. 243 da Constituição Federal (com a respectiva regulamentação infraconstitucional), que assim dispõe:

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

30. A localização do dispositivo na estrutura constitucional não auxilia em sua interpretação, já que se encontra em apartado, acolhido sob o Título IX – “Das disposições constitucionais gerais”, inserido entre dispositivo que determina a localização geográfica do Colégio Pedro II e dispositivo que determina a adaptação dos logradouros públicos às pessoas com deficiência.

31. A pouca doutrina nacional que se dedica ao tema reconhece nele uma forma de desapropriação, já que permite ao Poder Público intervir sobre a propriedade privada de maneira a suprimir este direito fundamental. Destaca-se, todavia, como traço distintivo desta forma de desapropriação frente às demais, a falta de indenização, razão pela qual costuma ser referida como desapropriação confiscatória ou “desapropriação-confisco”.¹¹

⁹ Alexandre DE MORAES. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, p. 95.

¹⁰ STF, HC 74.368, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 19.04.2004.

¹¹ Maria Sylvania Zanella DI PIETRO. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 162.

O confisco de terras com cultivo ilegal de plantas psicotrópicas é, antes de mais nada, pena imposta a quem se houve anti-socialmente, através do plantio, do cultivo e/ou da colheita das referidas plantas psicotrópicas. Não há, pois, como confundir ambos os institutos [desapropriação e confisco], quer pela suas naturezas jurídicas, quer pelos objetivos a que se destinam. Assentado tratar-se de confisco, efetivamente, resta demonstrado o seu caráter de pena, raciocínio reforçado pelo teor do próprio CP, no art. 91, pois as terras objeto do confisco somente o são pelo fato de se terem convertido em instrumento de crime.¹²

32. Esta peculiaridade leva ao reconhecimento da natureza *intrinsecamente punitiva* da norma, já que, ante a presença do cultivo de drogas ilícitas sanciona o proprietário com o confisco – perda do direito fundamental de propriedade sem qualquer tipo de indenização. Por este motivo, é também referida, significativamente, como “desapropriação punitiva”.¹³ Muito mais do que uma repercussão efetiva para a consecução de fins sociais, a expropriação em questão tem o objetivo marcante de punir o agente criminoso, impedir a produção de drogas e, principalmente, exemplificar a conduta reprovável, como destacam os trabalhos acadêmicos sobre a reforma agrária:

A Constituição manda expropriar áreas utilizadas na produção de plantas psicotrópicas. Elas não têm sido significativas para a reforma agrária nem em quantidade nem em qualidade, mas o caráter exemplar do confisco recomenda todo o esforço para a identificação e utilização dessas terras.¹⁴

33. Destaca-se ainda o fato de o enunciado normativo constitucional prever expressamente a destinação necessária do terreno desapropriado: o assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. O dispositivo vincula o objeto do confisco à destinação específica, determinando, com absoluta imperatividade, a finalidade a ser dada ao imóvel expropriado.

34. Aqueles que dedicam mais atenção ao dispositivo enxergam em seus termos duas importantes questões, claramente não resolvidas. Primeiro, se a responsabilidade do proprietário é objetiva ou subjetiva, neste último caso mediante prova da culpa ou com presunção desta. Segundo, se as “glebas” a serem desapropriadas configuram o terreno cultivado ou a totalidade da propriedade. Neste ponto, segundo a jurisprudência do STF, a expropriação deverá ser do terreno todo,¹⁵ havendo, atualmente, em doutrina quem tempere a radical solução:

A hipótese só vai comportar solução diversa no caso de o proprietário comprovar que o cultivo é processado por terceiros à sua revelia, mas

¹²João Bosco MEDEIROS. *Confisco de terras*. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CONFISCO.pdf >. Acesso em: 11 jan. 2011.

¹³Luiz Oliveira Castro JUNGSTEDT. *Legislação Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

¹⁴Sergio Aparecido NABARRO. *Reforma agrária de mercado nos municípios de Londrina e Tamarana-PR*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 228.

¹⁵STF, Pleno, RE 543.974-7, Rel. Min. Eros Grau, julg. em 26.03.2009, v. u.

aqui o ônus da prova desse fato se inverte e cabe ao proprietário. Neste caso, parece-nos não se consumir o pressuposto que inspirou essa forma de desapropriação.¹⁶

35. Desta forma, a leitura do enunciado limita-se a indicar: i) a hipótese de cultura ilegal de plantas psicotrópicas, ii) a sanção de expropriação, iii) a finalidade para assentamento de colonos, iv) o necessário cultivo de alimentos e medicamentos; v) a ausência de indenização pela perda da propriedade; vi) a possibilidade de cominação de outras sanções, previstas em outros enunciados. Da leitura não se depreende a extensão objetiva da sanção nem a ausência de requisito subjetivo da conduta que a justifica. Portanto, os elementos que restam expressos no texto, embora sejam necessariamente o ponto de partida para a atribuição de significado ao dispositivo, não são suficientes para exaurir o processo interpretativo, e, também por isso, não podem limitar este processo a apenas um de seus aspectos, como frequentemente se faz: a interpretação literal.

4. A interpretação do enunciado normativo: procedimentos lógico, histórico, teleológico e sistemático

36. Como se sabe, o elemento literal ou gramatical é o mais básico e também o mais superficial do processo interpretativo. De acordo com ele, aos termos da lei devem ser atribuídos os significados convencionais de cada uma das palavras utilizadas, pautando-se o intérprete pelas acepções dos vocábulos utilizados no enunciado normativo. É, portanto, o elemento da interpretação que mais se adapta ao tradicional dogma da subsunção, segundo o qual a interpretação seria uma operação de lógica puramente formal, operada através de um silogismo entre o fato concreto e o enunciado normativo abstrato, no qual o enquadramento do primeiro no segundo desencadearia, automática e mecanicamente, a aplicação da sanção.

37. Assim, por esta lógica – que aparentemente guiou o pleito da União no sentido da expropriação que pretende – se houve cultivo de plantas psicotrópicas deve necessariamente ocorrer a desapropriação sem indenização pela perda da propriedade inteira, independentemente de qualquer razão subjetiva, e sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

38. No entanto, mesmo sob a perspectiva mais tradicional da hermenêutica jurídica, o elemento literal nunca poderá ser o único a guiar o intérprete. A escolástica já temperava o elemento gramatical com outros, como o lógico, o histórico, o teleológico e o sistemático, conformados por Savigny. Desse modo, para a satisfação plena da inteligência do dispositivo, não se pode prescindir da consideração destes outros elementos.

¹⁶ José dos Santos CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 978.

39. Assim, sob o prisma lógico, a interpretação dada ao enunciado deve ser harmônica e coerente, inteligível não apenas do ponto de vista puramente formal, mas como norma cultural que pretende disciplinar relações sociais. Nesta linha, deve restar afastada qualquer interpretação que imponha ao proprietário uma conduta que lhe é impossível, ou que o puna por uma conduta de terceiro que não pode impedir ou evitar. Havendo uma norma proibitiva de intervenção na mata fechada da propriedade, no caso concreto, (a legislação do IBAMA), seria ilógico aplicar-lhe simultaneamente norma que impõe dever de intervenção, cominando-lhe sanção pelo descumprimento desta.

40. O elemento histórico envolve a compreensão de que o enunciado normativo, como todo componente do sistema do direito, é produto de um determinado contexto histórico-social, do qual se origina e sobre o qual se pretende aplicar. Não se trata de avaliar a intenção do legislador (*mens legislatoris*) ou determinar que o significado da disposição seja sempre o original, impedindo-o de evoluir conforme as transformações culturais. Ao contrário, trata-se de compreender as circunstâncias em virtude das quais o enunciado foi produzido, exatamente para verificar sua aplicabilidade ou necessidade de adaptação frente às novas circunstâncias que se lhe afiguram.

41. Nesta linha, a regra constitucional do art. 243 foi posta, claramente, com o objetivo de impedir que plantações de narcóticos surgissem no país, a exemplo do que ocorria (e ainda ocorre) com nossos vizinhos, tais como a Colômbia, o Paraguai e a Bolívia. Era a época em que dominavam os Cartéis de Medellín, do famigerado Pablo Escobar, e de Cali que aterrorizaram, com suas guerras, as Américas (Latina e do Norte) até pelo menos 1993.¹⁷

42. No Brasil, ao contrário, não se planta a coca e as plantações de maconha sempre foram, historicamente, modestas, feitas por pequenos agricultores para fazer frente, principalmente, às dificuldades do sertão pernambucano. Parece adequado, sob esta perspectiva, avaliar se o dispositivo elaborado naquela conjuntura se revela aplicável às circunstâncias ora sob exame.

43. Guiando-se pelo elemento teleológico, deve o intérprete buscar a razão de ser do enunciado normativo (sua *ratio*), sua finalidade, tendo em vista que toda atividade humana se dirige a um fim, também a atividade normativa pretende atingir um objetivo, que lhe dá razão e sentido. Como explicita Celso Antônio Bandeira de Mello:

Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursores

¹⁷ Gabriel GARCÍA MARQUES. *Notícias de um sequestro*. Rio de Janeiro: Record, 1996, escreve um livro de não ficção, contando a história de um verdadeiro “holocausto bíblico”, vivido na Colômbia no início dos anos 90, diante da onda de terrorismo imposta por narcotraficantes. Trata-se de uma reportagem em que é feito o relato do sequestro da jornalista colombiana, Maruja Pachon, bem como de outras dez pessoas todas elas ligadas, direta ou indiretamente, aos meios de comunicação social ou a figuras políticas de destaque. A extrema violência decorreu da pressão dos grandes traficantes sobre o governo colombiano, para que não fossem extraditados para os Estados Unidos, onde seriam julgados e condenados a penas de prisão severíssimas, inclusive à prisão perpétua.

neste vício – denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade” – são *nulos*. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*.¹⁸

44. Assim, o elemento sistemático é o mais avalizado pela doutrina: cada enunciado normativo somente pode ser compreendido em coerência e harmonia com o restante do sistema do direito, especialmente com os princípios superiores que o regem e imantam, olvidando a ideia fundamental de que toda interpretação é sistemática, pois “não se interpreta o direito em tiras”.¹⁹ Nesta esfera, o reconhecimento do caráter sistemático do direito sempre foi o passo fundamental para a superação de qualquer movimento que pretende reconhecer o significado de um enunciado normativo na sua leitura isolada, desprendida do restante do sistema. Como já lecionava Carlos Maximiliano:

O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.²⁰

45. Para além da análise do já observado objetivo que tinha o legislador ao construir este dispositivo, traz o próprio texto do dispositivo uma finalidade expressa e única para a sua aplicação: o assentamento de colonos para cultivo de alimentos e medicamentos. Revela-se, portanto, descabida a aplicação da norma, especialmente naquela medida, quando não seja possível viabilizar o alcance deste objetivo. Com efeito, não se admite outra finalidade, prevendo a Lei regulamentar nº 8.257/1991, no parágrafo único do art. 15, o seguinte: “Se a gleba expropriada nos termos desta lei, após o trânsito em julgado da sentença, não puder ter em cento e vinte dias a destinação prevista no art. 1º, ficará incorporada ao patrimônio da União, reservada, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização”.

46. Ocorre que, conforme Parecer Técnico realizado a pedido da Advocacia Geral da União com o objetivo de informar o valor estimado do imóvel objeto da expropriação (fl.763), verifica-se que o terreno em questão se trata de “gleba urbana”, localizada em zona residencial, reconhecida como tal pela Resolução nº 053/2008 do Conselho Municipal de Política Urbana da Prefeitura Municipal da Serra (fl. 768), restando a área inadequada para o assentamento rural, segundo a conclusão do referido parecer.

47. Em consequência do que se viu, o significado de um enunciado normativo como o previsto no art. 243 da Constituição não pode ser obtido pela mera leitura do texto do preceito, buscando-se apenas nos elementos que o compõem expressamente o necessário e suficiente para a cominação da sanção que ele prevê. Afinal, “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função dentro do ordenamento, e o seu

¹⁸ Celso Antônio Bandeira de MELLO. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 77.

¹⁹ A expressão é de Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.

²⁰ Carlos MAXIMILIANO. *Interpretação e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 105.

significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei”.²¹

48. Na esfera constitucional, destaca-se o princípio da unidade da Constituição, que determina que as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a levar-se em conta o todo constitucional e não disposições isoladas. “(...) o chamado princípio da unidade constitucional nada mais é do que uma reafirmação de um dos cânones clássicos da interpretação e a confirmação de que ele também é válido no âmbito constitucional.”²²

49. Sob esta perspectiva, são impactantes as transformações ocorridas na ciência do direito sobre o próprio conteúdo do sistema, seu caráter axiológico e aberto, a hermenêutica constitucional, transformações que não podem ser ignoradas em um procedimento interpretativo como este. Trata-se de atribuir a *mens legis* ao dispositivo.

5. A nova hermenêutica: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação na interpretação da extensão do confisco

50. Se os próprios elementos tradicionais do processo interpretativo já indicam a insuficiência de uma interpretação literal no caso *sub examine*, a chamada “nova hermenêutica” constitucional conduz claramente a uma interpretação diversa daquela pretendida pela União.

51. Em uma interpretação pautada apenas pela literalidade, a operação do intérprete seria guiada pelo dogma da subsunção, entendida como o encaixe mecânico de um caso concreto a uma norma abstrata, (i.é., a um suporte fático pré-estabelecido), de modo que sua atividade se reduziria “a um exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um dever-ser)”.²³ Este modelo transforma o aplicador em um autômato fiel ao texto da lei e parte da falsa premissa de que os vocábulos e enunciados do discurso legislativo têm um significado próprio, determinado pelo legislador, e que independem do trabalho do intérprete, o qual assume um papel puramente passivo, de revelação. Em contraposição a esta limitação da atividade interpretativa à descoberta do significado correto das palavras para determinar a decisão verdadeira, reconheceu-se que ela sempre será criadora do significado das disposições jurídicas.²⁴

52. A chamada “nova hermenêutica” sofre a importante influência das conquistas obtidas no fértil terreno da teoria da argumentação. Trata-se especialmente da constatação de que o significado das palavras não é algo dado, mas construído socialmente, que o intérprete não revela, mas atribui sentido aos textos, e que sua

²¹ Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 617.

²² V. AFONSO DA SILVA. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

²³ E. R. GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67.

²⁴ Pierluigi CHIASSONI. *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*. In: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. vol. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 126-127.

discricionariedade está limitada pela necessidade de justificar perante os demais a interpretação que realizou, com base em convenções culturalmente construídas. Como destaca Robert Alexy, o consenso entre as várias vertentes sobre a argumentação jurídica se dá sobre a insuficiência da interpretação literal e do dogma da subsunção.²⁵

53. Esta renovada hermenêutica também se beneficia da reconstrução científica do conceito de direito a partir do que se convencionou chamar de pós-positivismo ou neo-constitucionalismo. A partir da elaboração teórica de Ronald Dworkin,²⁶ difundiu-se a teoria de que o direito não é um sistema composto apenas por regras, mas também composto por princípios. Assim, as normas jurídicas distinguem-se nesses dois tipos, muito diferentes entre si: as regras, dotadas de maior grau de concreção, e os princípios, dotados de maior grau de abstração.

54. Enquanto as regras, em cuja estrutura se encontra o suporte fático e a consequência jurídica de sua ocorrência, ainda admitiriam o procedimento de subsunção aos fatos concretos, os princípios, por não possuírem a mesma estruturação, traduzem a prescrição de um valor, valor esse ao qual se atribui positividade. Os princípios, pois, são normas que impõem a realização de um valor e sua característica essencial é, justamente, a abstração, a indefinição (ou vagueza) em relação à hipótese fática, à situação jurídica subjacente, podendo aplicar-se a um número aberto e indeterminado de situações concretas.

55. Nos países romano-germânicos, o ambiente por excelência dos princípios jurídicos é, evidentemente, o texto constitucional. Mais: configurando o Direito um conjunto de valores orientados à determinação do viver em sociedade, não há, em qualquer ordenamento, um único princípio, mas sempre uma pluralidade deles os quais, dialeticamente, devem ser combinados em relações de reciprocidade e de diferença.²⁷ Por outro lado, cada regra pode, e deve ser referida a um ou mais princípios, constituindo-se, em virtude da unidade do ordenamento jurídico, como um modo de realização de algum princípio.

56. Os princípios constitucionais, assegurada a hierarquia das normas da Constituição, são os mais relevantes e os valores que afirmam devem estar presentes em cada interpretação-aplicação de regras ou de princípios setoriais. Se uma regra pode ser referida a pelo menos um princípio, há quase sempre uma pluralidade de princípios que devem ser confrontados quando da realização do procedimento de interpretação. Esta análise, comumente chamada de ponderação, balanceamento ou sopesamento, é devida ao fato de que os princípios, ao contrário das regras, constituem uma pluralidade e jamais se excluem mutuamente, havendo, como resultado da interpretação, apenas uma ordenação de preferência (com uma eventual compatibilização entre eles).²⁸

²⁵ Robert ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 33.

²⁶ Ronald DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e ss.

²⁷ Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2002, p. 13.

²⁸ Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

57. Quando do julgamento de semelhante hipótese de expropriação de propriedade pelo cultivo de plantas psicotrópicas pelo Pleno do STF, em 26.03.2009 – RE 543.974²⁹ –, o Ministro Eros Roberto Grau, relator do feito, além de definir o significado do termo “gleba”, considerando-o sinônimo de “propriedade”, enfrentou o argumento, então proveniente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, segundo o qual “o perdimento da totalidade do imóvel afrontaria o princípio da proporcionalidade”. Afirma o Ministro:

Essa é, porém, uma oposição ao que o Poder Constituinte estabeleceu. Oposição que não cabe ao Poder Judiciário formular. Diz-se, em outros termos, que a expropriação da totalidade da gleba onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas é *desproporcional*. Como se o Tribunal Regional Federal apontasse, corrigindo-o, um desvio do Poder Constituinte. Como se o “princípio” da proporcionalidade a ele, Poder Constituinte, se impusesse, limitando-o. O Poder Constituinte seria soberano nos limites da proporcionalidade... Não seria soberano! Uma coisa nunca vista!

58. Antes da manifestação do Tribunal Pleno, a maioria das decisões dos Tribunais Regionais Federais entendia que a expropriação se referia exclusivamente à área de plantio, tal a frequentemente incomensurável *desproporção* entre a área de cultivo e totalidade do imóvel. Assim, entre tantos:

CONSTITUCIONAL. CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. EXPROPRIAÇÃO DE GLEBAS. ART. 243 DA CF/88. JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL. INDEPENDÊNCIA.

- A expropriação de glebas nas quais é encontrado cultivo de plantas psicotrópicas tem natureza punitiva, mas independe de ação penal. *Processa-se no juízo cível e deve levar em conta o princípio da proporcionalidade.*

- O desejo de promover a reforma agrária, com o assentamento de colonos, não autoriza violação do Texto Constitucional, que determina a expropriação das glebas onde foram localizadas cultura ilegais de plantas psicotrópicas, e não de toda a área de terras pertencentes ao responsável por aquelas culturas.

- O art. 243 da CF/88 alberga norma auto-aplicável, e assim poderia ser aplicado mesmo antes da Lei 8.257, de 26.11.91, e independentemente de ação penal.” (TRF- 5ª Região. 1ª T. AC 92.05.13308/PE. Rel. Juiz Hugo Machado, julg. em 13.09.1994, publ no DJ 02.04.1995). Grifou-se.

²⁹ Vale mencionar que, ao contrário do ocorrido no caso aqui em discussão, na hipótese daqueles autos, o proprietário da terra expropriada era um “proprietário criminoso”, tendo sido condenado a nove anos de reclusão, com fulcro no art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

CONSTITUCIONAL. PLANTIO DE MACONHA. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º XLV, CF) A perda de todo o imóvel rural, de 36 ha, no qual se plantou maconha em

área de 500m², resulta desproporcional e em graves conseqüências para a família do Expropriado.

2. *Limitação do perdimento à área efetivamente cultivada.*

3. Apelação improvida.

(TRF- 1ª Região, 4ª T. AC 2000.01.00.048284-1/PI. Rel. Des. Federal Carlos Olavo, publ. DJ de 16.01.2006). Grifou-se.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXPROPRIAÇÃO. CULTIVO PLANTAS PSICOTRÓPICAS. OCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO. CONFISCO. ÁREA EFETIVAMENTE PLANTADA. PROPORCIONALIDADE SANÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. I- O perdimento de propriedade imobiliária destinada ao cultivo ilegal de plantas psicotrópicas tem assento na Constituição Federal de 1988, conforme o seu art. 243. II- (...) III- (...) IV- Na espécie, a área efetivamente plantada totaliza cerca de 1.969 m², abrangendo cerca de 0,32% do imóvel, que possui área total de 62,0000 ha. *Assim, não se mostra proporcional determinar a expropriação da totalidade do imóvel, se apenas uma parte deste foi destinada ao plantio ilegal.* V- A desapropriação, nesse caso, apresenta seu caráter punitivo. Assim, deve ser atribuída de forma proporcional ao fator ilegal que lhe deu causa, razão pela qual deve ser expropriada apenas a área efetivamente plantada. VI - Apelação da União desprovida. Apelo do réu de remessa oficial parcialmente providos. (TRF-1ª Reg., Ap. Cív. 200401000423232, Rel. Juiz Federal José Magno Linhares Moraes, publ. DJ de 21.07.2006). (Grifou-se).

59. Não revelando o constituinte a real extensão do confisco – se de toda a propriedade ou somente da área de plantio – cabe ao pretor, sem exceder à *ratio* legal, interpretar o silêncio da norma, em consonância com o ordenamento como um todo. Até a fatídica manifestação do Tribunal Pleno, os Tribunais Regionais Federais supriam a lacuna com certo grau de prudência e parcimônia, isto é, faziam uma exegese em proporcionalidade com o “fator ilegal”, limitada a expropriação à parcela contaminada pelo ilícito. Nada mais razoável. Tudo isso para evitar uma colisão direta com o direito fundamental de

propriedade.³⁰

60. Assim, pode-se dizer que a proporcionalidade em sentido estrito revela “uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”.³¹

61. E essa noção de custo-benefício da medida consiste em avaliar se as desvantagens dos meios, de que se cerca no caso concreto, em relação às vantagens do fim pretendido, se mostram proporcionais e, portanto, justas. *Mutatis mutandis*, o custo-benefício da medida expropriatória no caso concreto há de ser proporcional aos fins colimados pelo constituinte, sopesando-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.³²

62. Neste sentido, conclui-se que o estrito atendimento ao princípio “(...) enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislativo e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a restrição a algum direito fundamental. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade”.³³

IV. A ausência de reprovabilidade da conduta em questão: a inexigibilidade de conduta diversa

63. Se o art. 243 da Constituição Federal comina uma sanção punitiva e como ocorre com as sanções punitivas, sua aplicação depende necessariamente da reprovabilidade da conduta do agente, resta averiguar se a culpa, *in casu*, deve ser comprovada ou decorre dos fatos relatados, *in re ipsa*. Houve desvio ou erro de conduta por parte do proprietário? Deveria ele ter se comportado de forma diversa? Havia algo que deveria ou poderia ter feito o proprietário? Como deveria ele ter agido para que não corresse o risco de sofrer o *confisco*? Percebe-se, portanto, que a questão a ser analisada passa a ser a verificação de se, no caso, o proprietário descumpriu um dever de conduta de vigilância que poderia lhe ser exigido na situação concreta em que se colocou.

64. Para a solução desta questão, para a adequada interpretação desta norma ante o caso concreto, à luz da sistemática constitucional, torna-se imperioso resgatar aquelas características que, de plano, revelam as peculiaridades do caso. Tratando-se de terreno inserido em área de mata atlântica sob proteção ambiental, impedido de entrar, até mesmo de limpar a mata, no estrito cumprimento da lei, poderia o proprietário ter

³⁰ Para o Ministro Gilmar MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, p. 42-43: “(...) um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*)”

³¹ Luiz Roberto BARROSO. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In: *Revista Forense*, vol. 336/125-136, out./nov./dez. 1996, p. 131.

³² J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 270.

³³ Luiz Roberto BARROSO. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In: *Revista Forense*, vol. 336/125-136, out./nov./dez. 1996, p. 126.

agido de outra forma? Diante do descumprimento da promessa da Prefeitura de colocar cercas que impediriam a entrada de pessoas estranhas, poderia o proprietário ser reputado inadimplente de um dever de vigilância?

1. Terreno sob a proteção ambiental

65. A legislação ambiental, como se sabe, desde que se instaurou em nosso país, sempre foi rigorosa. Neste caso, a área era regulada pelo Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965) e por ele considerada como “vegetação remanescente de Mata Atlântica”. Desde a aquisição da área, a mata, portanto, era protegida e haveria de ficar intocada – isto é, área “de preservação permanente” – uma vez que a “vegetação remanescente de Mata Atlântica encontra-se em topo do morro e desce por declive acentuado, variando entre 40° e 50°, até a margem de área alagada de várzea (vereda/brejo), constituída pelos corpos d’água existentes na base do referido morro, onde existe um ‘poço/nascente’”.

66. Assim sendo, na época, a hipótese enquadrava-se no suporte fático do art. 2º da Lei 4.771, de 1965:

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

- de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura: aplica-se para o riacho existente na base do morro;

- de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura: aplica-se para a área alagada, que tem largura superior à 50m, existente na base do morro;

[...]

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura – aplica-se para o atributo encontrado e denominado como “poço”.;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras - a mata em questão começa no topo de o morro e desce até o alagado, na planície;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive: na mata existente nas áreas da encosta cuja declividade é superior à 45°

67. Esta qualificação do terreno impõe ao proprietário uma série de restrições às faculdades de que normalmente poderia fruir sobre a coisa. Como se sabe, tradicionalmente cabe ao proprietário, por comporem a própria estrutura do direito de propriedade, a faculdade de usar, fruir, dispor e reivindicar perante terceiros o bem que é objeto de seu domínio. Todavia, no caso, por suas características excepcionais, a área em questão se encontra sujeita a numerosas restrições, tendo em vista que é vedado o corte, a exploração e a supressão de qualquer vegetação remanescente da Mata Atlântica, ou em estágios de regeneração, o que faz com que não possa o proprietário usar plenamente seu bem, tampouco dele fruir, como ocorreria normalmente em decorrência da situação jurídica subjetiva, em abstrato, de titular de direito de propriedade.

68. Nesse contexto, dispõe ainda o art. do art. 4º da Lei 4.771, de 1965 que “a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”. Sob esse prisma, a Constituição de 1988 determinou que a Amazônia brasileira, o Pantanal Matogrossense, a região litorânea, a Serra do Mar e a Mata Atlântica são patrimônios nacionais, o que obriga o Estado e todos os cidadãos a terem especial atenção para com os mesmos.

69. Posteriormente, o Decreto Federal nº 750/1993 veio reforçar as restrições, resultado de um amplo processo de discussão nacional, que contou com numerosas audiências públicas. O mencionado Decreto teve como premissa básica um conceito totalmente novo, o de que “a melhor forma de proteger o meio ambiente não é dizer o que não se pode fazer, mas sim, definir o que pode ser feito, orientando as ações e criando instrumentos de controle eficazes, que contem com a participação efetiva da sociedade, a maior interessada na conservação”.

70. Este Decreto representou um significativo marco, porque estabeleceu legalmente a área de domínio da Mata Atlântica, tal como entendido cientificamente. Tal medida abriu perspectivas para a real proteção da biodiversidade da Mata Atlântica. Quanto à exploração de recursos naturais da Mata Atlântica, o Decreto nº 750/1993 estipulou diretrizes objetivas, favorecendo uma rigorosa fiscalização, possibilitando o controle do diâmetro e da idade do material explorado, bem como, das condições de trabalho dos empregados envolvidos, da higiene com que a exploração de produtos comestíveis (como o palmito) devia ser realizada e, principalmente, a indicação da procedência do material, tornando possível a verificação de retiradas ilegais das unidades de conservação.

71. Permitia apenas, e excepcionalmente, a supressão da vegetação primária ou nos estágios avançados e médios de regeneração da Mata Atlântica, mediante decisão motivada do órgão estadual competente, com anuência prévia do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), informando-se ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, mediante aprovação de estudo e relatório de impacto ambiental (Art. 1º). No art. 10, previa-se a sanção de nulidade dos atos praticados em desconformidade com as disposições do

Decreto e no art. 11 advertia-se que o IBAMA, em articulação com autoridades estaduais competentes, ficou como coordenador da fiscalização dos projetos existentes em área de Mata Atlântica”.

72. Não foram poucos os proprietários que ao tomarem conhecimento da nova legislação, quiseram desfazer negócios ou pedir indenizações por considerarem que as restrições administrativas decorrentes do Decreto 750/1993 representavam hipótese de “desapropriação indireta” por terem sido por demais excessivas. O STJ, porém, considerou não ter havido exclusão do domínio particular sobre a terra, nem esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade.³⁴

73. O Dec. 750/1993 que tratava sobre o Bioma da Mata Atlântica, foi revogado expressamente pelo Dec. 6.660/2008 (art. 51), norma essa que teve como finalidade regulamentar dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, dispendo sobre a utilização e proteção da vegetação nativa da Mata Atlântica. Alguns entendem que “a Lei Federal nº 11.428/2006 e o Decreto Federal nº.6.660/2008, quando comparados ao Decreto Federal nº 750/1993, contêm várias alterações ambientalmente nocivas, configurando um *retrocesso* para a proteção da Mata Atlântica.

74. Quanto à Lei nº 11.428/2006, verifica-se, por exemplo, que o estágio médio de regeneração recebeu um tratamento distinto em relação à vegetação primária e em estágio avançado, tendo sua proteção desguarnecida”. Já o Decreto nº 6.660 permite, por exemplo, a exploração de madeira e lenha em propriedades rurais sem controle dos órgãos competentes.³⁵

75. Tudo isto está a significar que entre os anos de 1994 a 2006 foi o período em que mais rigorosas foram a proibição, o corte, a exploração do bioma da mata atlântica, justamente os anos em que o proprietário xxx manteve intocada a sua pequeníssima parcela, acreditando que agia como era o seu dever.

2. Dever de vigilância versus proibição de intervenção

76. Não há como as normas que restringem as faculdades sobre o bem, deixarem de atingir também sua responsabilidade sobre ele, já que ambas são faces opostas de uma mesma situação jurídica. Mais do que isso, a restrição à liberdade do proprietário sem modificação de sua responsabilidade imporia sobre ele normas contraditórias: a proibição de que o proprietário interfira com a reserva ambiental e o dever de interferir com o que ocorre naquela mata. Trata-se da antinomia tradicionalmente relatada por

³⁴ STJ, 1ª S., REsp 1.133.807, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. em 30.09.2010, publ. DJ de 06.10.2010. A propósito do tema, v. ainda STJ, REsp 1.129.040, Rel. Min. Castro Meira, julg. em 16.03.2010: “Este Superior Tribunal já decidiu que as limitações decorrentes da edição do Dec. n. 750/1993, quanto à Mata Atlântica, não consubstanciam desapropriação indireta. Assim, o Juizado Especial Federal é competente para julgar a causa na qual se busca indenização decorrente dessas limitações administrativas, visto não se encontrar albergada pelas exceções contidas no art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.259/2001 e seu valor ser inferior a 60 salários mínimos. Precedente citado: EREsp 901.319-SC, DJ 03.08.2009.

³⁵ Roberto VARJABEDIAN. Lei da Mata Atlântica: Retrocesso ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-40142010000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 Jan. 2011.

Norberto Bobbio “entre uma norma que *ordena* fazer algo e uma norma que *proíbe* fazê-lo”, ilustrado pelo autor com o seguinte exemplo:

O art. 27 da Constituição italiana, no qual se lê: ‘A responsabilidade penal é pessoal’, está em oposição com o art. 57, § 2º, do C.P., o qual atribui ao diretor de jornal uma responsabilidade para os delitos cometidos por meio da imprensa pelos seus colaboradores, se se interpretar este artigo como configurador de uma responsabilidade objetiva (mas pode-se interpretar também de outras formas que fazem desaparecer a antinomia). Trata-se de dois artigos dirigidos aos órgãos judiciários, dos quais o primeiro pode ser formulado deste modo: ‘Os juízes *não devem* condenar ninguém que não seja pessoalmente responsável’; e o segundo: ‘Os juízes *devem* condenar alguém (no caso específico o diretor de jornal), mesmo não sendo pessoalmente responsável’. Uma vez que uma norma obriga e a outra proíbe o mesmo comportamento, trata-se de duas normas incompatíveis por contrariedade.³⁶

77. Considerando que, em princípio, qualquer antinomia deve ser apenas aparente, pois a contradição fere o próprio caráter sistemático do direito, como interpretar o texto do art. 243 da Constituição “de outra forma que faça desaparecer a antinomia”?

78. Embora tivesse o proprietário o dever de vigilância de sua propriedade (de 155,75 ha), fato é que com um matagal fechado de 3 hectares, postado na borda da mesma, fazendo fronteira com a Lagoa de Jacareípe, com morro de 300 metros de altura e vales com pequenos lagos – tal como se configura a mencionada mata de preservação permanente – torna-se difícil, quiçá impossível, vigiar adequadamente a área, a qual, ainda por cima, devia mesmo ser mantida intocável. Basta verificar como o proprietário tratou os demais 152,75 hectares, “tratorando” a área a cada 6 meses para garantir a qualidade do pasto e a segurança da Fazenda.

79. Portanto, se o descumprimento do dever de vigilância é o fundamento para o proprietário ser punido através do confisco de suas terras, não parece razoável imputar a sanção a um proprietário ao qual, em razão da rigorosa proteção do meio-ambiente, estava impedido de fazer uso das prerrogativas que viabilizariam a vigilância do local. A conduta reprovável demanda a possibilidade de ter agido de modo diferente, ou seja, a voluntariedade – ainda que não a intencionalidade – na escolha pela conduta reprovável. O agente poderia ter agido corretamente, mas não o fez. Como se vê, não é o caso.

80. Não houve qualquer negligência por parte do proprietário que se possa reputar uma conduta comissiva ou omissiva culposa. Ao contrário, o proprietário tomou medidas concretas para impedir a interferência ilícita de terceiros no terreno: foi ele ao órgão responsável peticionar pelo seu desmatamento porque percebeu que dada a proximidade da mata com a Lagoa de Jacareípe, marginais começaram a ali se

³⁶ Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed. Brasília: UNB, 1997, p. 85-86.

esconder, e não podia contar com o policiamento que deveria ser feito pela Polícia estadual.

3. A livre circulação de pessoas na área

81. No caso em exame, junta-se à caracterização do terreno como área de proteção ambiental, a livre circulação de pessoas na área, em virtude da omissão do Poder Público. De fato, o proprietário havia permitido, de bom grado, que a Prefeitura da Serra construísse uma estrada vicinal para facilitar o escoamento da Grande Serra Dourada ao Balneário de Jacareípe, acabando por separar em duas a sua propriedade. Nesta ocasião, comprometeu-se a Prefeitura da Serra, através do Contrato de Constituição de Servidão de Trânsito (fls. 760/761), a colocação de cercas ao longo de toda propriedade, de modo que as pessoas que passassem a circular ali, por conta da estrada, não pudessem penetrar na propriedade. Era o desafogo por que esperava o proprietário. No entanto, a Prefeitura não cumpriu a sua parte no contrato e nunca atendeu o proprietário quando de suas reivindicações.

82. Tal fato foi constatado pelo próprio Agente da Polícia Federal, em seu relatório de fl.26, ao afirmar que “o local é uma área de livre acesso de pescadores e de pessoas que comumente trafegam por ali, pois a propriedade é desprovida de qualquer cerca divisória”. O mesmo foi reafirmado pelo ilustre Procurador da República da 2ª Região (fl. 702). As cercas existentes foram derrubadas para que se fizessem as obras rodoviárias e jamais recolocadas.

83. Sem cercas ou limites, não apenas na estrada se viabilizou a livre circulação de pessoas, mas também na mata que dava para a Lagoa e que era, formalmente, propriedade particular. Aplica-se, assim, por mais um fundamento, o raciocínio já exposto. No momento em que o Poder Público inseriu via pública pelo meio da propriedade privada, sem delimitar a passagem entre um e outro, viabilizou a livre circulação de transeuntes pelo terreno em questão, alterando completamente o feixe de direitos e deveres que seriam de se atribuir e exigir a este proprietário.

84. O próprio direito comparado já consolidou este tipo de repercussão em precedente clássico. No caso *Marsh v. Alabama* (326 U.S. 501 (1946)), determinada área de uma cidade do Alabama, que era propriedade de uma empresa privada (*Guilf Shipbuilding Company*), mas na qual havia ruas, residências, estabelecimentos privados e não havia limite de tráfego nem separação visível entre a área de propriedade privada aberta ao público e o resto da cidade, área de propriedade pública, descrita como uma verdadeira *company town* ou *private owned town*, os proprietários decidiram proibir qualquer tipo de atividade religiosa. Marsh, testemunha de Jeová que estava distribuindo panfletos na região foi advertido, mas se recusou a sair, sendo preso por *trespass* (invasão ou permanência não autorizada em propriedade privada). O caso chegou à Suprema Corte dos EUA sob a alegação de violação da liberdade religiosa e a Suprema Corte entendeu que, ao abrir sua propriedade à livre circulação de pessoas, o particular tem restringidos seus direitos, sendo obrigado a tolerar o exercício da liberdade religiosa alheia.

85. Desta forma, no caso em exame, não seria razoável entender que o proprietário de uma área que é reserva ambiental e, ainda por cima, na qual o Poder Público viabilizou a livre circulação de pessoas, tem a mesma responsabilidade daquele proprietário que pode impedir a entrada de estranhos em seu terreno e dele usar e fruir livremente. Impor sanção punitiva ao proprietário que não pode impedir o acesso à sua propriedade nem dela se utilizar, como um proprietário particular normalmente faria, não parece ser a interpretação adequada para a aplicação do art. 243 da Constituição Federal.

86. Observe-se que a seguir o raciocínio literal, o proprietário particular teria uma responsabilidade pelos crimes cometidos em seu terreno ainda mais agravada do que a do próprio Poder Público pelos crimes cometidos em bem público, pois neste caso o entendimento dominante é a necessidade de prova de omissão específica do agente estatal³⁷, o que sequer a União pretende admitir na ação expropriatória que ora move. O que se constata é que não é o proprietário que pretende transferir sua responsabilidade ao Poder Público: é o Poder Público que ora pretende transferir sua responsabilidade ao proprietário particular. As autoridades locais franquearam acesso liberado à mata, descumprindo o pacto firmado com o proprietário e, quando, atividades ilícitas são praticadas por aqueles que ali ingressaram, pretendem punir o proprietário pela violação do dever de vigilância.

87. De fato, pretende o Poder Público que o proprietário tenha o dever de impedir que, na propriedade sobre a qual não pode interferir e à qual o Poder Público franqueou livre acesso, ocorressem atos ilícitos de natureza penal, buscando que se lhe imponha pena pelo fato deles terem ocorrido. Será agora o proprietário particular, no caso concreto, privado de toda a exclusividade que caracterizaria a propriedade privada, responsável pela onda de criminalidade que assola o Espírito Santo?

88. Sabe-se que o Espírito Santo, talvez mais ainda do que o Rio de Janeiro, é o estado mais violento da federação. Por essa época, até mesmo o presidente da Assembleia Legislativa foi condenado a diversos anos de prisão:

De 1996 a 2003, a presidência da Assembleia Legislativa do Espírito Santo foi ocupada pelo ex-banqueiro do jogo do bicho José Carlos Gratz (PFL), tido como um líderes do crime organizado local. Na época, a

³⁷ Como destaca Celso Antônio BANDEIRA DE MELO, *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1.003 “[...] Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada: significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia do serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. [...] Logo a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”.

Assembleia era acusada de dar “suporte jurídico” para o desvio de verbas públicas. Em 2000, a CPI do Narcotráfico acusou Gratz, outro deputado e um desembargador de envolvimento com o crime organizado, que estava associado à Scuderie Le Cocq, organização criada para vingar a morte de um detetive que virou um esquadrão da morte. A crise se agravou a tal ponto no governo de José Ignácio Ferreira (1999-2002) que, em 2001, a Xerox decidiu fechar uma fábrica no local para não ter de pagar mais propinas. Em 2002, a OAB pediu intervenção no Estado após o assassinato de um advogado que denunciou fraudes, mas a medida foi barrada pelo procurador-geral Geraldo Brindeiro. Em 2002, o TRE cassou a candidatura de Gratz à reeleição, e o Ministério Público pediu a prisão de sete deputados reeleitos acusados de compra de votos. O grupo de Gratz conseguiu eleger o presidente da Assembleia em 2003, mas a Justiça anulou a eleição. Com o apoio do novo governador, Paulo Hartung, um deputado do PT desmontou o esquema. Condenado pelo TJ, Gratz ficou preso de 2004 a 2006 por formação de quadrilha e peculato. Em 2007, ele perdeu os direitos políticos por dez anos.³⁸

89. É notória a explosão da violência no Espírito Santo nos últimos vinte anos. Mais do que isso, é justamente no município da Serra, onde se localiza a fazenda em questão, um dos lugares onde mais se mata no Brasil. Quando o proprietário menciona a desova de cadáveres, não está falando de um caso ou outro, quando afirma a presença de grande número de marginais, não fala por dizer:

³⁸ Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/especial/2010/eleicoes/fichadecandidatos/senador/jose_carlos_gratz.shtml, acesso em 20 dez. 2010. E ainda, “No Espírito Santo, a Scuderie Le Coc, associação com registro em cartório da qual faziam parte centenas de policiais civis, militares e federais, funcionários da administração pública, promotores de Justiça, juízes, desembargadores, políticos, empresários e banqueiros do jogo do bicho, foi responsável por inúmeros assassinatos no Estado entre os anos 1980 e 1990 (...)”. Disponível em <http://blogs.estadao.com.br/crimes-no-brasil/tag/espírito-santo>, acesso em 20 dez. 2010.

Onde se mata mais

Dados: Mapa da Violência nos Municípios do Brasil 2008 (Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana, Instituto Sangari, Ministério da Saúde e Ministério da Justiça)

RANKING NACIONAL

Posição, Estado e município

1º	MS	Coronel Sapucaia
2º	MT	Colniza
3º	MT	Itanhangá
4º	ES	Serra
5º	PR	Foz do Iguaçu
6º	PA	Tailândia
7º	PR	Guaíra
8º	MT	Juruena
9º	PE	Recife
10º	PR	Tunas do Paraná
11º	PA	Marabá
12º	PA	Itupiranga
13º	ES	Vitória
14º	RO	Chupinguaia
15º	RJ	Macaé
16º	BA	Porto Seguro
17º	ES	Viana
18º	PA	Novo Repartimento
19º	MT	Nova Ubiratã
20º	ES	Cariacica
21º	RJ	Duque de Caxias
22º	AL	Maceió
23º	RO	Buritis
24º	PR	Rio Bonito do Iguaçu
25º	PE	Jaboatão dos Guararapes

RANKING DAS CAPITAIS

Taxa de homicídios por 100 mil habitantes

9º	Recife	90,5
13º	Vitória	87,0
22º	Maceió	80,9
48º	Porto Velho	68,4
54º	Palmas	65,8
99º	Belo Horizonte	56,6
173º	João Pessoa	46,7
198º	Cuiabá	45,2
205º	Rio de Janeiro	44,8
206º	Curitiba	44,7
212º	Aracaju	44,4
264º	Macapá	40,8
281º	Porto Alegre	39,5
323º	Belém	37,3
342º	Salvador	36,2
347º	Goiânia	36,1
409º	Brasília	33,3
422º	Florianópolis	32,8
430º	Fortaleza	32,7
459º	Rio Branco	32,0
479º	Manaus	31,5
492º	São Paulo	31,1
493º	São Luís	31,0
504º	Teresina	30,8
516º	Campo Grande	30,3

90. Luis Eduardo Soares, cientista político e antropólogo, ao ser entrevistado sobre a criminalidade no Espírito Santo, em 2007, afirmou:

“Nós que somos da área de segurança temos muito interesse pelo Espírito Santo porque a partir de certo momento tornou-se uma síntese do que havia no Brasil em termos de crime organizado”. – O que levou a isso?, indaga o repórter. Respondeu o especialista: – “O Capitão Guimarães (ex-bicheiro do Rio de Janeiro), a Scuderie Le Cocq (extinta judicialmente em 2004, composta de mais de 800 associados e alguns deles estiveram envolvidos em dezenas de crimes como tráfico de drogas, homicídios, jogo do bicho, roubo de carros e sonegação de impostos), o (ex-deputado e presidente da Assembleia) José Carlos Gratz são peças importantes para entendermos o que aconteceu lá. O Gratz era o homem forte do Capitão Guimarães. Sempre houve uma certa promiscuidade entre o submundo fluminense e o submundo capixaba. Ali no norte fluminense nós já estávamos perto de Vitória. Quando a vida ficava mais complicada para os bicheiros do Rio de Janeiro, a fragilidade das instituições do Espírito Santo favorecia a ida deles para lá. O Espírito Santo era uma espécie de continuidade do Rio de Janeiro, com menos Estado do que no Rio.” Nova questão: “É possível no Brasil comparar outros estados com o Espírito Santo?” Resposta: “No Espírito Santo, o que é peculiar não é cada fato em si. Mas a gravidade e a escala em que se realiza. E a profundidade em que se infiltra no aparato do Estado. Com contatos diretos com a população, de forma demagógica até com a ajuda de igrejas. Você imagina só: tem o pastor que é também coronel, deputado, ligado a certos setores econômicos, com os quais negociam propriedades de terra e fazem especulações imobiliárias, negócios se expandindo, políticos se

firmando, discursos diretamente ligados a comunidades, isso tudo sendo capaz de acuar o Estado.³⁹

4. A função social do terreno de Mata Atlântica

91. O que se destaca, portanto, é a existência de particularidades no caso concreto juridicamente relevantes – como a inclusão em área de proteção ambiental e a livre circulação de pessoas na área em virtude da omissão do Poder Público – idôneos a alterar a disciplina jurídica da referida propriedade, atingindo, conseqüentemente, os direitos e deveres do proprietário. As propriedades de natureza distintas devem aplicar-se normas diferenciadas, já dizia, na década de 1960, Salvatore Pugliatti.⁴⁰

92. Trata-se do processo de funcionalização, segundo o qual deve ser priorizado o perfil funcional dos institutos sobre o perfil estrutural. Norberto Bobbio cuidadosamente analisou a dogmática por trás do positivismo jurídico e concluiu que nela o jurista priorizava a análise *estrutural* dos institutos – a composição de seus elementos –, como forma de “salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal”.⁴¹ Superada esta perspectiva, pela consciência de que a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los – defende-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil *funcional*, seus efeitos, passando, assim, do *como ele é* para o *para que ele serve*.

93. No âmbito do direito propriedade, a funcionalização teve o importante papel de romper com a ideia de uma única propriedade, com a mesma estrutura, abstratamente concebida, para dar lugar às propriedades, no plural, com distintas funções, a exigir, portanto, a aplicação de diferentes normas. A tradicional concepção abstrata da propriedade como o direito real absoluto que garante ao seu titular um poder tendencialmente pleno e de exclusão dos demais no usar, fruir e dispor de um bem, cujos limites seriam externos e de aspecto puramente negativo, dá lugar ao reconhecimento de uma noção pluralística de distintos estatutos proprietários, os quais teriam em comum – sob uma configuração flexível – a relevância, para a tutela da senhoria sobre o bem, de interesses não proprietários.⁴²

94. A funcionalização do direito de propriedade impõe, portanto, a consideração da finalidade da propriedade em questão para a determinação da normativa que lhe é aplicável e, impõe também, que esta finalidade atenda a um interesse que não é do proprietário, mas que é da sociedade, falando-se, assim, de uma *função social da propriedade*. Esta função social, todavia, não fica a critério dos valores pessoais do juiz, mas é pré-determinada pelo constituinte, ao preceituar os valores que devem atender

³⁹ Disponível em <http://blogs.estadao.com.br/crimes-no-brasil/tag/espírito-santo/>, acesso em 20 dez. 2010.

⁴⁰ Salvatore PUGLIATTI. *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario. Giuffrè: Milano, 1954.

⁴¹ Norberto BOBBIO. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 65.

⁴² Gustavo TEPEDINO. Contornos constitucionais da propriedade privada. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303 e ss.

cada tipo de propriedade. Assim a função social da propriedade urbana é diversa daquela imposta à propriedade rural, distintas, por sua vez, da propriedade empresarial, industrial e, em especial, da propriedade sob proteção ambiental.

95. Desta forma, não parece razoável a interpretação dada pela C. Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região no sentido de que o proprietário, no caso em exame, descumpriu a função social da propriedade e por isso merecia ser punido com o confisco. Tratando-se de área sob proteção ambiental, sua função social se caracteriza exatamente pela preservação dos bens naturais ali localizados para as gerações futuras, de maneira a impedir a intervenção do proprietário sobre ela. Novamente, portanto, salta aos olhos a contradição, violadora dos postulados constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, interpretar que o proprietário de terreno de mata atlântica seja punido com o confisco sob o fundamento de descumprir a função social da propriedade quando a própria função social daquele tipo de propriedade lhe impõe um dever de abstenção.

96. Sempre houve pleno cumprimento da função social da propriedade com relação às fazendas Pari e Espera em Cima. Nos 3 hectares de mata, a propriedade cumpria sua função social deixando preservada a sua vegetação; nos demais 152,75 hectares, foram numerosas as atividades desenvolvidas aos longo dos anos – que se encontram documentadas no processo –, tanto é que se fez instalar uma rede de eletrificação rural na propriedade, nela realizou-se terraplanagem, obteve-se autorização para extração de areia e de argila (argila branca, de alta plasticidade, como foi certificada); contratou-se arrendamento rural com o Sr. Luiz Carlos Miranda, pecuarista, por mais de dez anos, pelo qual a fazenda era usada como pasto para o gado de leite (pouco mais de trezentas cabeças); plantou-se e se fez plantar cana de açúcar, milho, feijão, batata doce, café, banana, além do capim pernambuco, destinado às pastagens. Tudo isto foi constatado, e por diversos anos o grau de utilização da área ficou entre 95% e 100% (de 1993 a 1997, por exemplo), chegando a receber laudo comprobatório de que a propriedade cumpria sua função social.

97. Manteve o proprietário, naquilo que lhe foi possível, a função social da fauna e da flora, pois garantiu que a mata, ao menos aparentemente e estando de boa-fé, permanecesse no mesmo estado em que se encontrava. Basta ver a comparação da área preservada através das fotos aéreas de 1998 e 2008 (anexo). A foto área de 1998 demonstra ser impossível perceber uma plantação de maconha de 200mx50m em área contígua. Por seu turno, os policiais que entraram na mata afirmaram ter constatado três plantações diversas, malocadas por trás dos montes e nas várzeas. Assim, mesmo se o proprietário tivesse, porventura, entrado na mata nessa época, com a finalidade de limpá-la, provavelmente, não seria capaz de notar as plantações. Ora, ninguém diria, não fosse a denúncia, que ali havia uma plantação ilegal, muito menos o proprietário.

98. Sustentar com tranquilidade que para o confisco, em toda a sua extensão, do direito da propriedade individual, garantido constitucionalmente, não é necessário nada além de encontrar-se uma plantação de psicotrópicos onde quer que seja, de que dimensão for e em qualquer circunstância, porque a sanção se dá em relação à propriedade e não ao proprietário configura uma falácia ou, melhor, uma interpretação que contraria os princípios fundamentais contidos na própria Constituição de 1988.

5. A responsabilidade do proprietário

99. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde um precedente da lavra do Min. José Delgado, em 2003, era concorde no sentido da objetivação da responsabilidade do proprietário. Ela se baseava, essencialmente, em dois argumentos distintos: i) se o legislador constituinte quisesse que a responsabilidade fosse subjetiva, cabia-lhe especificar; ii) ou, por outra, prescinde-se da noção de culpa provada porque o proprietário tem o dever de manter sua propriedade produtiva (função social da propriedade) e descumpra seu dever quando há cultivo de plantas psicotrópicas, o que faz presumir a negligência.⁴³ Tal precedente foi acolhido pela C. Sexta Turma Especializada do TRF no julgamento do caso de que aqui se trata.

100. O parecer do Ministério Público Federal (fl. 707), por outro lado, sublinha a recente mudança da posição do Superior Tribunal de Justiça, que tem se omitido de julgar os casos que lhe são submetidos, enviando-os diretamente ao STF:

Mais recentemente, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça vem se orientando no sentido que a discussão acerca do tipo de responsabilidade civil do proprietário do imóvel, se objetiva ou subjetiva, depende da interpretação da norma constitucional e escapa, portanto, dos estreitos limites de atuação do recurso especial (STJ, 2^a T., AGREsp 200801572561, Rel. Min. Castro Meira, publ. DJ 13.05.2009; STJ, 2^a T., REsp 845.422, Rel. Min. Humberto Martins, publ. DJ 09.03.2007).

101. Ressalte-se, porém, que ambos os raciocínios mencionados deixam a desejar. Primeiro, porque não é o fato de o constituinte, em juízo claramente punitivo, como é o presente no art. 243, deixar de mencionar a responsabilidade subjetiva, hipótese normal no sistema penal (*rectius*, no sistema), que o intérprete estará autorizado a fazer a interpretação *a contrario sensu*, e deduzir que se trata de responsabilidade objetiva. Ao revés, Norberto Bobbio afirma que só há verdadeira lacuna quando o intérprete não tem como saber se ele deve fazer a interpretação *a contrario sensu* ou a interpretação *a simile*.⁴⁴

102. Aqui é evidentemente equivocada a interpretação *a contrario sensu* (“se não disse que é responsabilidade subjetiva, então é responsabilidade objetiva”) porque muito mais justificada está a interpretação *a simile*, ou seja, a exigência, para sacrificar-se um direito fundamental, da responsabilização dolosa ou culposa do proprietário, como ocorre normalmente nos juízos de punição. Se o constituinte nada disse, somos obrigados, portanto, a interpretar a hipótese como situação normal de responsabilidade subjetiva.

103. Mas é ainda mais grave: ao se interpretar a hipótese como de responsabilidade objetiva, como fez o STJ, cria-se o único caso brasileiro de responsabilidade civil

⁴³ STJ, 1^a T., REsp 498.742/PE, Rel. Min. José Delgado, julg. em 16.09.2003, publ. DJ de 24.11.2003.

⁴⁴ Norberto BOBBIO. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 202 e ss.

integral, aquela em que não se admitem excludentes de qualquer tipo. Não há nada que possa alegar o proprietário em sua defesa (fato de terceiro, força maior, ausência denexo) e não precisa ter agido com dolo, nem com culpa (provada), presumindo-se absolutamente uma amplíssima culpa *in vigilando*.

104. Tendo em vista que o art. 243 CF, como dito, impõe uma sanção punitiva, o cerne da questão *sub examine* passa a ser se a interpretação de que tal sanção possa ser cominada sob a modalidade da responsabilidade objetiva, isto é, se esta é uma interpretação que se adapta aos parâmetros expostos, e, portanto, uma interpretação que tem um significado lógico, histórico, teleológico ou sistematicamente adequado, além proporcional em um juízo de ponderação. De fato, observa-se que embora a decisão da C. Sexta Turma do E. Tribunal Regional da 2ª Região tenha se pautado no entendimento de que o enunciado normativo comina uma hipótese de responsabilidade objetiva, apoiando-se na decisão do STF, a fundamentação do pedido da União na ação expropriatória reiteradamente refere-se a uma violação de dever de vigilância por parte do proprietário.

105. Poderia o silêncio do enunciado normativo em questão acerca do requisito subjetivo da conduta que justifica a imposição da sanção ser considerado uma implícita imposição de responsabilidade que independe de culpa? Não parece. A responsabilidade objetiva é prevista sempre de maneira expressa – como forma de assegurar a plena reparação de certos danos em atendimento a um princípio de justiça, qual seja, *ibi onus, ubi emolumentum* (quem granjeia os bônus, suporta os ônus). Trata-se de mecanismo de proteção da vítima – foco da responsabilidade civil –, que sofreu um dano injusto, de forma a garantir que este dano seja reparado por aquele que ensejou a produção do dano, independentemente de prova de culpa: para este (agora) responsável se deslocará o custo do dano que poderá ser repartido entre os membros da coletividade através de diversos mecanismos, inclusive o do aumento do preço dos serviços e das atividades em geral, como ocorre na defesa do consumidor.

106. Por isso, a responsabilidade objetiva só é imputável no âmbito da responsabilidade civil, na esfera do dever de ressarcir a vítima, pois somente se justifica em seu favor – e sempre expressamente imposta pelo legislador. Não há responsabilidade civil ou penal objetiva que independa do legislador e muito menos que seja punitiva, por ser axiologicamente incompatível com a própria natureza deste tipo de imputação. Quando a norma visa a punir, está voltada para o ofensor, de maneira a sancioná-lo por uma conduta sua que a sociedade julga reprovável.

107. Portanto, não há como se falar em responsabilidade objetiva para fins de confisco (sanção punitiva, por excelência, que já desapareceu, aliás, da maioria dos ordenamentos ocidentais), de supressão ablativa de direitos fundamentais, do direito fundamental de propriedade (art. 5º, XX, CF), ignorando-se completamente o comportamento do proprietário, impedindo-o de fazer prova de sua inocência. Tal interpretação é destituída de racionalidade, coadunando-se com uma ordem autoritária, que não foi certamente a instaurada pela nossa Constituição de 1988.

108. Outras interpretações, mais admissíveis seriam a da presunção de culpa e a do descumprimento da função social. Ora, como já se disse, se há cultivo de plantas ilegais,

isto significa normalmente das duas, uma: ou bem há culpa presumida por violação do dever de vigilância (culpa *in vigilando*) ou bem a propriedade não está cumprindo sua função social. Nesses casos, porém, como é óbvio, o contraditório é essencial porque somente assim o proprietário poderá, justamente, fazer a prova em contrário.

109. No mesmo sentido, manifesta-se a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª Regiões:

CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO CONFISCO. PLANTIO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. IMÓVEL ARRENDADO. AUSÊNCIA DE CULPA DO ARRENDADOR. 1. O art. 243 da Constituição Federal prevê a desapropriação confisco. Entretanto, é imprescindível a observância do devido processo legal, com amplitude de defesa e o controle jurisdicional. 2. A utilização do imóvel para fins contrários ao direito pelo arrendatário deu-se sem que o arrendador tivesse ciência da prática ilícita. 3. Agravo retido não conhecido. 4. Apelo e remessa improvidos (TRF-1ª Reg., 4ª T., Ap. Cív. 2000.33.00.000053-0, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, julg. em 03.02.2004, publ. DJ de 12.02.2004).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. DESAPROPRIAÇÃO. PLANTAÇÃO ILEGAL DA ERVA PROSCRITA *CANNABIS SATIVA LINNEU*. ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROPRIETÁRIOS. AVERIGUAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA DOS PROPRIETÁRIOS. DELIMITAÇÃO DA ÁREA OCUPADA. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

A preliminar de inépcia da inicial por ausência de causa de pedir fundamenta-se na inexistência nos autos de prova de que a plantação ilegal da erva proscrita *cannabis sativa linneu* teria sido identificada em área correspondente ao lote nº 273 da Fazenda Poço Redondo e no fato de o Inquérito Policial Federal instaurado ter sido arquivado por não comprovação da autoria do crime.

Tal preliminar confunde-se com o mérito da demanda, não havendo porque discuti-la previamente. A real localização do cultivo ilegal de plantas psicotrópicas (maconha) e o envolvimento ou não dos proprietários dessas terras com tal ato ilícito são matérias substanciais para o deslinde da controvérsia e, portanto, devem ser discutidas no âmago do processo.

Nas expropriações de terras fundamentadas no art. 243 da Carta Magna, as quais se caracterizam como uma verdadeira sanção, é necessário que seja provada a existência de culpa ou dolo dos donos da área onde foi encontrado o plantio ilegal de plantas psicotrópicas em relação a esta prática vedada por lei (responsabilidade subjetiva). Não se aplica, portanto, a tais situações a teoria da responsabilidade objetiva, em razão da falta de previsão para tanto no ordenamento

jurídico vigente. (Precedentes: TRF -5ª Região, AC 267335-PE, Terceira Turma, Relator: Hélio Sílvio Ourem Campos-Convocado, DJU de 02.12.2003; TRF-5ª Região, AC 130043-PE, Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, DJU de 13.03.1998; TRF-5ª Região, AC 171053-PE, Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Araken Mariz, DJU de 09.02.2001; TRF-1ª Região, AC 200101000469503-BA, Quarta Turma, Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo, DJU de 26.08.2005). TRF-5ª Região, AC 438914 PE, Primeira Turma, Relator: Des. Federal Cesar Carvalho-Convocado, julg. em 29.01.2009. (Grifou-se).

110. Ainda no mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público Federal em seu bem traçado parecer (fl. 707):

Dada a natureza eminentemente punitiva do dispositivo constitucional e constatando-se não haver disposição normativa expressa no sentido da responsabilização objetiva para tais hipóteses, chega-se à conclusão que a natureza da responsabilidade em questão é subjetiva, a qual tanto pode decorrer do envolvimento direto dos proprietários/possuidores no tocante a tal prática ilícita, como também, pode advir de sua omissão em tomar qualquer atitude ao se deparar com tal espécie de cultura ilegal realizada em suas terras por terceiros. Também poderá restar configurada a culpa, em razão da má escolha das pessoas encarregadas de fazer a guarda das mencionadas terras (culpa *in eligendo*).

111. No caso concreto, resume o representante do MPF (fls.709/710):

No caso em análise, não há divergência sobre a existência da cultura ilegal nas terras em litígio [...] A controvérsia situa-se, na verdade, na existência ou não da responsabilidade dos proprietários pelo ilícito. Como se constata às f. 26 e 53-55 dos autos, a polícia federal não conseguiu apurar quem plantou as referidas ervas ilegais “(...) visto que o local é uma área de livre acesso de pescadores e pessoas que comumente trafegam por ali, pois a propriedade é desprovida de qualquer cerca divisória (f. 26).

Além disso, a cultura ilegal situava-se em meio à mata fechada (f. 69), em local que não poderia ser desmatado pelos proprietários em razão de ser objeto de proteção ambiental (f. 31 e 223). Por óbvio, a existência de mata nativa na propriedade, dificultava a fiscalização da terra, pois não só facilitava a ocultação da plantação, como também das pessoas que ali transitavam para a prática de ilícitos.

Como se isso não bastasse, a realização de obras pela Prefeitura da Serra contribuiu para a supressão das cercas divisórias da propriedade (f. 54,

230-242 e 649), o que, certamente, facilitou o acesso de meliantes ao local.

112. E finaliza, salientando a ausência de responsabilidade da proprietária (fl. 710):

[...] somadas todas as circunstâncias do caso concreto (cultivo ilegal realizado em área de mata fechada e protegida ambientalmente, a falta de segurança pública no local – f. 223 –, a derrubada das cercas limítrofes da propriedade, etc.), constata-se a inexistência de responsabilidade da parte apelada pela cultura ilegal das plantas psicotrópicas.

V. A inaplicabilidade do enunciado normativo ao caso concreto

1. A área de proteção ambiental intocável *versus* a expropriação, isto é, a desproporcional punição ao proprietário por negligência ou por não cumprimento da função social

113. Identificadas as peculiaridades do caso concreto, os caracteres do enunciado normativo que se lhe pretende aplicar, examinada a conduta do agente que se pretende punir e constatada a ausência de qualquer reprovabilidade de sua conduta, diversas contradições se destacam na interpretação que pretende a União impor no seu pleito expropriatório, em flagrante incompatibilidade com a sistemática constitucional.

114. Se a área é de proteção ambiental e não pode ser tocada, se sua função social impõe limites nas faculdades de proprietário, que fica impedido de dela fruir em nome do interesse da sociedade, não é interpretação adequada à normativa constitucional, pautada pelos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, a aplicação no caso do art. 243 ao proprietário, impondo-lhe a pena de confisco.

115. Confisco é, segundo a melhor doutrina, a apreensão e a adjudicação ao fisco de bens do patrimônio de alguém por violação da lei e como pena principal ou acessória. O confisco pelo Estado é exato oposto ao direito de propriedade individual, direito esse fundamental. Há aí, no mínimo, a necessidade de um significativo ônus argumentativo para optar-se pelo confisco, sem outros requisitos. De fato, a Constituição não permite o confisco; aliás ela só usa esse termo para proibir o confisco através dos tributos.

Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

116. Menciona, sim, algumas vezes, o perdimento de bens, figura jurídica diferenciada, como veremos, do confisco. Neste sentido, Ruy Barbosa Nogueira afirma ser um

princípio reconhecido por todas as nações que os direitos de propriedade não podem ser transferidos pela ação de autoridades públicas, de um particular para outro, nem podem eles ser transferidos para o tesouro público, a não ser para uma finalidade publicamente conhecida e autorizada pela Constituição.”⁴⁵ Admite a Constituição o confisco apenas no parágrafo único do art. 243:

Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será *confiscado* e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias. (Grifou-se)

117. Com relação ao direito fundamental de propriedade, o confisco da propriedade privada tem que ser objeto da interpretação mais restrita e nunca da mais ampla.

118. Para constatar a irrazoabilidade e falta de proporcionalidade da situação, basta pensar no seguinte exemplo: duas fazendas vizinhas, numa delas floresce por todo canto uma bela plantação de *cannabis sativa*, regada e adubada com todo cuidado; na outra, ao lado, sem que o proprietário tivesse se dado conta, isto é, sem que o proprietário percebesse, alguns pés ultrapassaram a cerca que separa as propriedades e ali a polícia encontra esses poucos pés de maconha. Qual a consequência das situações no que toca ao direito fundamental de propriedade? Se seguirmos a interpretação pretendida pela União, seria idêntica, pois ambas as propriedades seriam igualmente confiscadas, o que, por óbvio, não pode prosperar.

119. No caso concreto, se é diverso do exemplo cogitado, é ainda mais desarrazoada a imposição do confisco. Imagine-se o proprietário perder sua propriedade porque um terceiro, delinquente, invadiu sua propriedade privada, graças à omissão do Poder Público, e, em área ambientalmente protegida, na qual o proprietário não deve interferir, semeou plantas psicotrópicas. Claramente, o confisco, neste caso, não é razoável e é desproporcional. Seguramente não foi esta a intenção do legislador constituinte.

2. A finalidade expressa da norma – assentamentos de colonos – e sua impossibilidade no caso concreto

120. Outra contradição com a sistemática constitucional que a interpretação pretendida pela União na ação expropriatória apresenta diz respeito à desconsideração da impossibilidade no caso da expressa finalidade cominada pelo dispositivo. Ou seja, como se não bastasse a pretensão de, a partir do silêncio do dispositivo, depreender uma responsabilidade objetiva ou, a despeito da proibição ambiental de intervenção, caracterizar uma negligência do proprietário, a União pretende que seja simplesmente ignorada a expressa determinação legal.

⁴⁵ Ruy Barbosa NOGUEIRA. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

121. De fato, o disposto no art. 243 da Constituição é expresso no sentido de que o terreno confiscado através da expropriação pelo cultivo de plantas psicotrópicas deve ser destinado ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. No entanto, como já mencionado, o terreno em questão tornou-se gleba urbana, localizada em zona residencial, reconhecida como tal pela Resolução n.053/2008 do Conselho Municipal de Política Urbana da Prefeitura Municipal da Serra (fl. 768), restando inadequada para o assentamento rural, segundo a conclusão do Parecer Técnico realizado a pedido da Advocacia Geral da União.

122. Além disso, importante mencionar o protocolo de intenções (fls. 764/767) celebrado entre a Prefeitura Municipal da Serra e a Empresa Direcional Engenharia S.A., para realização de Projeto de desenvolvimento social e econômico e redução do déficit habitacional do Município da Serra. No protocolo verifica-se a pretensão da Empresa Direcional Engenharia S.A. em adquirir o terreno em questão para, conjuntamente com a Prefeitura Municipal da Serra, realizar a edificação de área em torno de 680.000 metros quadrados, destinando o restante do terreno à construção de sítios, chácaras, além manutenção da área de preservação ambiental.

3. A desproporção entre a parcela cultivada e a propriedade confiscada

123. Entre as regras de maior importância no processo de ponderação, ganham destaque a proporcionalidade e a razoabilidade, os quais costumam ser referidos pela doutrina mais técnica como *postulados*, exatamente pelo fato de não imporem diretamente a promoção de um fim ou de uma conduta, mas por prescreverem modos de raciocínio e de argumentação.⁴⁶

124. Em especial, destacam-se nesta categoria a razoabilidade e a proporcionalidade: “enquanto a razoabilidade é um dos *topoi* de que se vale o STF ao analisar a compatibilidade entre meios e fins”, “a proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente mais bem configurada, composta por três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em senso estrito)” e “seu objetivo é impedir que qualquer restrição a direitos fundamentais tome, justamente, dimensões desproporcionais”.⁴⁷

125. A razoabilidade é postulado que atua, em primeiro lugar, na adequação da norma geral, abstrata, às individualidades do caso concreto, “quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral”.⁴⁸ Assim, quando o dispositivo, por sua necessária generalidade, acaba por

⁴⁶ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123.

⁴⁷ V. AFONSO DA SILVA. O proporcional e o razoável. In *Revista dos Tribunais*, vol. 798 (2002), p. 24, que, no entanto, conclui sobre a jurisprudência do STF: “O tribunal, mais uma vez, limita-se a equiparar proporcionalidade e razoabilidade, atendo-se à fórmula de que *é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade*”(p. 32). (Grifos no original) (...) “Em vista disso, ainda que o STF se refira frequentemente ao princípio da proporcionalidade, essa (...) deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade”.

⁴⁸ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

abranger hipóteses às quais não se justifica sua aplicação – a chamada “superinclusão” do enunciado normativo – o postulado da razoabilidade serve para impedir ou restringir a aplicação da norma ao caso concreto anormal, pois sua interpretação literal, neste caso, se revela irrazoável.

126. Tendo em vista que o enunciado normativo também se constrói sobre um suporte fático necessariamente vinculado a um determinado contexto socioeconômico, a razoabilidade também impõe a congruência com esse contexto, impedindo interpretações anacrônicas em situações nas quais as transformações sociais justificam a modificação na interpretação da norma. Pode ainda a razoabilidade servir para estabelecer a equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, como nos casos em que a sanção deve se pautar pelo grau de culpabilidade do agente.

127. Já o postulado da proporcionalidade é mais amplo e embora faça referência à relação de causalidade entre um meio e um fim, nele não se esgota, mas, mais especificamente, impõe que o meio adotado seja adequado, necessário e proporcional em sentido estrito ao fim que se pretende atingir ou promover.⁴⁹

128. Ou seja, tomando o fim como um estado a ser atingido, deve-se investigar se a falta daquele meio impede que o fim seja alcançado (ou se há outro meio apto a suprir a ausência daquele), se a utilização daquele meio é idônea ao alcance daquele fim e se o grau de importância daquele fim justifica o grau de restrição a direitos fundamentais imposta por aquele meio.

129. São mecanismos de harmonização (ou de concordância prática) consistentes em uma recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens dotados de igual proteção constitucional, adote solução que possibilite a máxima realização de qualquer deles sem o sacrifício desnecessário dos demais, ou, segundo Canotilho, “reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.⁵⁰

130. Esta imposição de concordância prática está diretamente ligada ao princípio da proporcionalidade, pois exige que na solução dos problemas constitucionais se procure acomodar os direitos fundamentais de forma a que todos possam ter uma eficácia ótima.⁵¹

⁴⁹ Daniel SARMENTO. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 87.

⁵⁰ J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*.

⁵¹ Virgílio AFONSO DA SILVA. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 43, nota 67: “Nesse sentido, cf., por exemplo, o acórdão 254/99, do Tribunal Constitucional português: ‘Por outro lado, a proibição de ‘diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais’ do nº 3 do artigo 18º não se refere ao seu conteúdo à partida (*prima facie* ou *a priori*), mas ao seu conteúdo ‘essencial’, como resulta afinal do processo de interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais, incluindo a solução dos conflitos entre direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Quer isto dizer que afinal sempre haverá circunstâncias ou pressupostos de facto em que o direito fundamental é reconhecido e que constituem o seu conteúdo essencial. Nesta medida, a proibição da parte final do nº 3 é uma consequência do princípio

131. “Evoquemos aqui o antigo princípio grego: a aritmética é tratada nas sociedades democráticas, porque ensina as relações de igualdade, mas a geometria apenas deve ser ensinada nas oligarquias, dado que demonstra as proporções na desigualdade”.⁵²

132. Indignou-se o Ministro: ‘Ora, estão a dizer que o constituinte foi desproporcional! Ele pode ser o que bem quiser...!’ Não, não pode.⁵³ Diziam os romanos que se o legislador decretasse que o sol nasceria quadrado, isto em nada mudaria os contornos da estrela. De modo que, o legislador, nem o legislador constituinte, nem tudo pode. Mais importante: não foi o legislador constituinte a criar uma norma “desproporcional”. Desproporcional foi o resultado da interpretação que o Ministro Eros Grau deu ao art. 243, o qual não contém palavra sobre a expropriação de parcela ou da totalidade da propriedade. Diz apenas “glebas”. Cabe-nos interpretar o termo “glebas” de modo a que o resultado não seja intrinsecamente desproporcional, porque, caso contrário, um dos postulados essenciais da estrutura dos direitos fundamentais – a proporcionalidade – estará sendo descumprido. E é por esta razão que a expropriação não pode ser da totalidade da propriedade. Porque o princípio da proibição de excesso, sempre vigente nas hipóteses de restrição aos princípios fundamentais, o impede.

133. Em doutrina sustenta-se que o princípio da proporcionalidade está estritamente ligado à equivalência entre valores de igual relevância:

A proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há uma homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico. É inevitável um certo atrito entre os valores. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros valores. (...) É desproporcionada a solução que, a pretexto de realizar um determinado valor, produz o sacrifício de outro, cuja relevância seja equivalente.⁵⁴

134. Quanto ao argumento de que já que é para assentar colonos, só poderia o constituinte estar pensando em expropriar o imóvel inteiro, lembre-se que o direito de propriedade é direito fundamental e que as restrições aos direitos fundamentais devem limitar-se ao necessário, senão não seriam tais direitos ditos *fundamentais*. Pode ser que a dimensão da parcela expropriada só permita que se assente dois ou três colonos; nem por isso a Constituição estaria sendo descumprida ou ineficaz. Ao contrário. Como se sabe, há outros dispositivos constitucionais muito mais aptos a cuidar do assentamento de colonos e da reforma agrária. Aqui se trata apenas de uma forma de punição a um proprietário criminoso que cultivava substâncias ilegais. A desapropriação-confisco, por isso mesmo, refere-se ao cultivo ilegal e não à propriedade, especialmente se esta é produtiva e cumpre a sua função social.

da harmonização ou concordância prática dos direitos ou interesses em conflito que o Tribunal tem aplicado’ (sem grifos no original)”.

⁵² Michel FOUCAULT. *L'ordre du discours*. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970. Éditions Gallimard, Paris, 1971.

⁵³ Segundo Virgílio AFONSO DA SILVA. O proporcional e o razoável. In *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p. 43: “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”. (original grifado)

⁵⁴ Marçal JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 63.

135. Em Portugal, a Constituição traz expresso o princípio, conhecido como princípio da proibição do excesso, no seu art. 18º, 2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.⁵⁵

136. Enfim, na colisão entre os princípios da efetividade e da máxima aplicação da Constituição hão de se contrapor os princípios da proibição do excesso – aplicável necessariamente no que tange aos direitos fundamentais – e da eficácia ótima dos direitos fundamentais.

VI. Conclusão

137. “Gostaria de lembrar uma anedota”, iniciou Foucault a sua primeira lição no Collège de France, em 1970, “uma história tão bela que receamos que ela seja verdadeira. Ela congrega numa única figura todos os constrangimentos do discurso: os constrangimentos que limitam os seus poderes, os que refreiam os seus aparecimentos aleatórios, os que selecionam os sujeitos falantes: No início do século XVII, o Xogum tinha ouvido dizer que a superioridade dos europeus — na navegação, no comércio, na política, na arte militar — era devida ao conhecimento das matemáticas. Quis apoderar-se desse saber tão precioso. Como lhe tinham falado de um marinheiro inglês que possuía o segredo desses discursos maravilhosos, fê-lo vir ao seu palácio e aí o reteve. A sós com ele, recebeu lições. Aprendeu as matemáticas. Guardou para si próprio o poder destas e viveu até muito velho. Só houve matemáticos japoneses no século XIX”.⁵⁶ Talvez esta pequena história demonstre mais sobre o princípio de justiça ínsito na regra da proporcionalidade do que outras mil palavras.

138. Na normalidade dos casos, só os traficantes e os usuários podem ser diretamente penalizados pelo uso, cultivo ou pelo tráfico de drogas; por isso, não parece razoável que, no Brasil, por força da interpretação que se pretende dar ao art. 243 da Constituição, com o confisco da propriedade inteira e com a responsabilidade dita objetiva, cidadãos honestos, sequer usuários (que não são mais criminalizados), estejam sujeitos a este tipo de desapropriação-confisco porque alguém (outrem, necessariamente) usou sua terra, em partes ínfimas, em benefício próprio e sem que o proprietário, vigilante, pudesse ter percebido o cultivo ilegal – por ter sido feito no âmbito de mata fechada. Se tal interpretação do art. 243 CF fosse possível, ela se mostraria, à toda evidência, equivocada.

139. Consultando apenas algumas Constituições de outros países, verifica-se que há raras previsões de confisco, para as hipóteses mais diversas, nas Constituições de Cuba (“nos casos em que a lei determina”), Colômbia (“nos casos de enriquecimento ilícito em prejuízo do Tesouro ou de grave deterioração da moral social”), Burkina Faso (“somente de capitais a serviço de terroristas”), Egito (“de material contrabandeado,

⁵⁵ Ver nota 51, *supra*.

⁵⁶ Michel FOUCAULT. *L'ordre du discours*, cit., p. 10.

inclusive os meios de transporte”), e Chile (“confisco do produto da corrupção de um agente público estrangeiro”), entre outras. Já as Constituições de Portugal, Itália, Guiné-Bissau, Gabão, Israel, Gana, Áustria, Dinamarca, Rússia, Espanha, Argentina, Equador, Bolívia, Japão, Austrália sequer o mencionam.

140. Exemplificativamente, a Constituição de El Salvador (1992), no art. 106, proíbe o confisco seja como pena seja como qualquer outro conceito, determinando que “*las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido*”. Assim também a Constituição Mexicana de 1917 (revista em 2005): “*Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.*”

141. Em todos esses países, o confisco ou perdimento de bens, quando diz respeito ao narcotráfico, refere-se ao próprio produto do tráfico ou a bens adquiridos com o resultado da venda das substâncias ilegais. E em todos eles, o dolo ou a culpa do proprietário são imprescindíveis.

142. Na verdade, o que se temia em 1988, é que no Brasil pudesse ocorrer o que ocorria na Colômbia e na Bolívia, como já visto, e o objetivo do legislador constituinte era, certamente, impedir que grandes extensões de terra pudessem ser cultivadas com psicotrópicos (era o que acontecia naqueles países) por narcotraficantes. Nesses casos, justificar-se-ia plenamente o confisco da propriedade toda.

143. A *mens legis* presente no art. 243 da CF está claramente voltada para essas fazendas de psicotrópicos, com grandes áreas de plantação, que, todavia, jamais existiram no país, e não para as limitadíssimas áreas de cultivo de *cannabis sativa* ocasionalmente existentes.

144. Também parece incrível que ante a omissão do constituinte, em relação à espécie de responsabilidade prevista no art. 243 da Constituição, tenha o STF se valido da lacuna constitucional para instituir no ordenamento jurídico brasileiro o único caso de responsabilidade civil objetiva integral, e impedir o proprietário de fazer prova de sua inocência.

145. Querer-se interpretar que a expropriação deve ser da propriedade inteira porque sua finalidade é o assentamento de colonos para cultivo de plantas alimentícias e medicamentosas é confundir a causa com a consequência.

146. Sustentar o confisco em relação a uma propriedade produtiva, que cumpre sua função social, que gera empregos e que faz circular a riqueza somente porque ali há, por exemplo, 0,1% (*in casu*, 0,64%) de plantação de psicotrópicos, feita à revelia do proprietário, traz à lembrança a multimilenar admoestação de Cícero: *summum ius, summa iniuria*.⁵⁷

⁵⁷ CÍCERO, *De Officiis* 1.10.33: “Justiça extrema, extrema injustiça”.

VI. Resposta aos quesitos

1. Qual a natureza e a finalidade do enunciado normativo previsto no artigo 243 da Constituição?

R: Trata-se de uma hipótese de desapropriação-confisco, que tem a finalidade punitiva, determinando a perda do direito fundamental de propriedade ao proprietário que se utilize da sua propriedade rural para o cultivo de drogas ilícitas.

2. A expropriação prevista naquele dispositivo deve ser pautada em responsabilidade objetiva, integral, ou depende da avaliação do elemento subjetivo do proprietário, que poderá comprovar a impossibilidade de se evitar o evento danoso?

R: Tratando-se de norma punitiva e na qual não há menção expressa à responsabilização objetiva, ela depende necessariamente de verificação de elemento subjetivo da conduta do proprietário, que sempre poderá comprovar, pelo menos, a impossibilidade de ter agido diversamente para se liberar da sanção. Na verdade, nem se trata de hipótese de “responsabilidade” porque não houve conduta voluntária, nem comissiva, nem omissiva, do proprietário.

3. Qual a função social a ser preenchida pelo terreno objeto da presente consulta? Ocorreu o descumprimento desta função social que justificasse a sua expropriação nos termos do artigo 243 da Constituição?

R: A função social do terreno de mata atlântica secundária, sob expressa e rigorosa proteção ambiental, tem por função servir de repositório de espécies de fauna e flora fundamentais para o desenvolvimento sustentável, a qual, no caso em exame, foi claramente observada pelo proprietário.

4. De acordo com as normas que regulam o procedimento de judicial da ação expropriatória, é possível a condenação da parte ré com base apenas no inquérito policial, ignorando-se o rito previsto na Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991? As peculiaridades fáticas que podem ser apuradas em sede de instrução probatória, especialmente com a perícia e a oitiva de testemunhas, são elementos importantes para configurar a procedência ou improcedência do pedido de expropriação?

R: Parece inadmissível a condenação sumária de confisco, baseando-se unicamente no inquérito, sem a estrita observância do rito da Lei especial nº 8.257/1991, e das provas ali garantidas, eis que se suprime do proprietário a chance de adequada defesa; vale dizer, há frontal violação dos princípios do devido processo e do contraditório, a tornar nula a decisão judicial. Nesse passo, ainda que se considere objetiva a responsabilidade civil do proprietário em razão do alegado ilícito praticado por terceiros estranhos ao seu conhecimento em fração do imóvel inserta em reserva ambiental, como no entendimento proferido nos autos pelo Tribunal Regional Federal, não se pode suprimir a produção probatória em torno destes elementos, que se mostram essenciais à comprovação da verdade dos fatos; vale dizer, da inexistência

de nexos de causalidade entre o cultivo ilegal e a conduta comissiva ou omissiva do proprietário.

5. Se o próprio comando constitucional determina que as áreas confiscadas deverão, especificamente, ter como destinação o assentamento de colonos e a produção de medicamentos, o fato do imóvel estar localizado atualmente em zona urbana inviabilizaria a expropriação?

R: Como a normativa constitucional tem finalidade única – expropriação “especificamente destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos” –, objetivo reafirmado pelo parágrafo único do art. 15 da Lei nº 8.257/1991, e tendo sido a área em questão rezonada como área urbana, com a finalidade de loteamento para habitação, a expropriação perdeu o sentido pois aquela finalidade social não mais poderá ser cumprida.

6. A expropriação, caso ocorra, deve abranger a totalidade da propriedade, ou apenas a área aonde se verificou o plantio?

R: A expropriação de todo o terreno, independentemente da área onde se cultivou a substância ilegal, parece uma medida de extrema injustiça no caso concreto, violando diretamente a regra da proporcionalidade, que hoje se impõe na interpretação da normativa constitucional. Nem sequer o legislador constituinte pode estabelecer punições desproporcionais, da mesma maneira como não pode estipular penas cruéis e degradantes.

7. Com base nos documentos e provas constantes dos autos e dos fatos relatados, analisando-se a correta interpretação do art. 243 da CF, a área em comento deverá ser expropriada?

R: Não, a interpretação que conduza à expropriação da área em comento no caso concreto estará em violação à sistemática da Constituição, especialmente em afronta aos postulados da proibição do excesso, da responsabilidade e da proporcionalidade. Se a área é de proteção ambiental e não pode ser tocada, se sua função social impõe limites às faculdades de proprietário, que fica assim impedido de dela fruir em nome do interesse social, não é interpretação adequada à normativa constitucional, sempre pautada pelos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, a aplicação do art. 243, no caso concreto, impondo ao proprietário a pena de confisco.

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Interpretação e aplicação do disposto no artigo 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/interpretacao-e-aplicacao-do-disposto-no-artigo-243-da-constituicao/>>. Data de acesso.