

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MADALENA ALVES DOS SANTOS

**AS TERRAS INDÍGENAS EM FACE DA PROPRIEDADE MODERNA NO
CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO**

CURITIBA

2009

MADALENA ALVES DOS SANTOS

**AS TERRAS INDÍGENAS EM FACE DA PROPRIEDADE MODERNA NO
CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Jr.

CURITIBA

2009

RESUMO

O trabalho apresentado tem como objetivo promover uma reflexão sobre a propriedade moderna a partir da experiência desenvolvida nas relações de pertencimento das comunidades indígenas. Procurou-se, primeiramente, advertir para os riscos existentes para o estudo da propriedade na história. Depois, analisou-se a construção do conceito moderno de propriedade, em suas diversas etapas, para que se tornasse possível perceber que este é um instituto histórico e que compreende um determinado papel na ordem social estabelecida. Ressalta-se que no Brasil, em razão de sua estrutura conservadora, a propriedade moderna foi recebida de forma peculiar, sendo ajustada aos interesses econômicos da elite. Abordou-se, posteriormente, a temática específica do direito à terra indígena, fazendo-se uma retrospectiva da regulamentação destas terras no Brasil. Ao final, procurou-se tratar da relação entre os índios e a terra, demonstrando que ela é substancialmente diversa daquela relação entre sujeito e objeto típica da modernidade, caracterizada pela simplicidade e abstração, especialmente por desconhecer a figura da propriedade privada excludente, além de exercer papel imprescindível para a sobrevivência física e cultural destas comunidades.

Palavras-chave: Índigenas. Terra. Propriedade. Modernidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I - O ESTUDO DA PROPRIEDADE A PARTIR DA HISTÓRIA DO DIREITO	7
1. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA A COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE.....	7
2. A PROPRIEDADE COMO MENTALIDADE.....	15
3. ALGUNS MOMENTOS DA FORMAÇÃO DA MENTALIDADE MODERNA.....	18
4. A PROPRIEDADE NA CODIFICAÇÃO OITOCENTISTA.....	19
5. PARTICULARIDADES DA FORMAÇÃO TERRITORIAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	24
6. A PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	28
CAPÍTULO II- TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL	34
1. DEFINIÇÃO DE “NAÇÃO INDÍGENA” E SEU ALCANCE NA REALIDADE BRASILEIRA.....	34
2. TRATAMENTO DA QUESTÃO DA POSSE INDÍGENA DESDE A COLONIZAÇÃO DO BRASIL	35
3. BREVE RETROSPECTIVA DOS MOVIMENTOS INDIGENISTAS NO BRASIL....	38
4. REGULAMENTAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	39
5. NATUREZA JURÍDICA DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS	42
6. RELAÇÃO ENTRE OS POVOS INDÍGENAS E A TERRA.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O escopo deste trabalho é refletir sobre os limites e possibilidades da propriedade consolidada no Direito formal brasileiro contemporâneo, de caráter moderno, em face de outras realidades existentes no Brasil, especialmente as relações de pertencimento desenvolvidas pelas comunidades indígenas.

Inicialmente, no primeiro capítulo, tratar-se-á do tema do estudo da propriedade a partir da História do Direito, tecendo-se algumas considerações a respeito dos cuidados metodológicos a serem observados pelo historiador do Direito, bem como trazendo a noção da “mentalidade como propriedade”, desenvolvida pelo historiador Paolo Grossi, de grande relevância para a compreensão deste trabalho.

Em seguida, será realizada a análise histórica do desenvolvimento deste instituto, notadamente em relação à transição das relações de pertencimento feudais para a mentalidade moderna. Também se analisarão, neste momento, as particularidades da experiência brasileira no tocante à construção da sua propriedade moderna e, ainda, as alterações promovidas pela Constituição Federal em 1988.

Finalmente, no segundo capítulo, será abordada a questão específica das terras indígenas no Brasil. Além de definir o termo “nação indígena”, discorrer-se-á sobre o tratamento da questão da posse indígena desde o Período Colonial. Depois, se tratará da pressão realizada pelos movimentos indigenistas para a construção de um novo paradigma para os povos indígenas, o que foi alcançado, até certo ponto, na promulgação da Carta Magna. Por fim, será procedida a análise da atual regulamentação das terras indígenas no Brasil e dissecadas as relações entre os indígenas e a terra.

A reflexão proposta pelo trabalho impõe-se frente à consagração dos princípios da solidariedade e do pluralismo pela Constituição Federal de 1988, assim como pelo princípio da dignidade humana e do direito fundamental à moradia. Os modos efetivos de pertencimento da terra na realidade brasileira não se esgotam no arquétipo moderno de propriedade privada e a tentativa de reduzi-los a este gerou o agravamento da condição social dos grupos que possuem uma relação de efetividade com a terra, mas que formalmente não são proprietários. A experiência

indígena está a demonstrar a existência de outros modelos de relação entre sujeito e coisa que exigem a atenção do Direito.

O principal marco teórico utilizado é a obra de Paolo Grossi, que enfatiza a importância da utilização de métodos da História do Direito no estudo da propriedade, através dos quais se torna possível compreender que este instituto jurídico, como todos os outros, é resultado de um específico processo histórico e cultural. Refuta-se, assim, a aceção da propriedade moderna como algo dado e imutável, ressaltando seu caráter temporal e espacial.

Optou-se por uma historiografia pautada na percepção de que a história da propriedade moderna não é a versão mais evoluída e logicamente consequente às suas concepções anteriores. Nesta esteira, evitou-se recorrer a uma historiografia que pretendesse apenas reconstituir o passado de maneira linear e contínua. Pelo contrário, o que se pretende é identificar o atual significado do instituto propriedade nas marcantes rupturas ocorridas entre distintos períodos da humanidade, especialmente entre o feudalismo e a ascensão da burguesia, no tocante à relação entre sujeitos e coisas.

Pretende-se, portanto, a partir da compreensão de suas rupturas e descontinuidades, verificar a insuficiência do arquétipo moderno da propriedade na sociedade brasileira contemporânea e, por outro lado, destacar a importância que as relações de efetividade entre sujeito e terra adquirem neste contexto, como instrumento da efetivação do direito à moradia e da própria dignidade humana.

CAPÍTULO I - O ESTUDO DA PROPRIEDADE A PARTIR DA HISTÓRIA DO DIREITO

1. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA A COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE

Antes de iniciar a dissecação do conceito contemporâneo do instituto da propriedade, insta, primeiramente, identificar as raízes históricas que conduziram a tal acepção. Não se trata, aqui, de proceder a uma retrospectiva cronológica construída com o fim de justificar ou forjar uma continuidade no uso e significado do termo¹. Ou seja, o que se pretende não é identificar a propriedade contemporânea como uma simples evolução do Direito romano, apenas porque elas são designadas pelo mesmo significante lingüístico.

O que se busca é consciência de que a propriedade é um conceito histórico e que por isso, e como a própria história, não se desenvolve de modo linear. Entre a propriedade romana e a contemporânea ocorreram inúmeras rupturas sociais e econômicas que não permitem que os institutos sejam tratados como equivalentes.

Atente-se à advertência que nos faz Ricardo Marcelo FONSECA:

Apesar de boa parte de uma historiografia exagerar nas 'continuidades' históricas entre noções jurídicas antigas (sobretudo romanas) e noções jurídicas atuais, o fato é que o jurista em geral e o historiador do direito em particular deve estar muito atento para as profundas discontinuidades que marcam a experiência jurídica passada, a fim de não enxergar na experiência jurídica presente (no caso em exame, a disciplina jurídica da propriedade) como uma atualização de noções jurídicas antigas, devidamente escoimadas de eventuais 'irracionalidades' e temperadas com a água benta da 'ciência racional'².

Para isto, faz-se necessário estabelecer alguns pressupostos metodológicos para o estudo da história do Direito e, particularmente, da propriedade.

¹ Paolo Grossi observa: "Quem quisesse confiar nas palavras – e houve quem quisesse – iria colecionar insensatamente invólucros vazios que a história apressou-se, por conta própria, a encher de conteúdos os mais variados sem se preocupar com continuidades verbais. Para o historiador o essencial é não deixar-se enredar por identidades formais enganosas, chegando com segurança às concretas ordens jurídicas que constituem a diferenciada resposta dos ordenamentos históricos sobre o problema das relações reais. Tantas 'propriedades' – por assim dizer – quantas são as experiências jurídicas que se sucederam no tempo". (GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38-39)

² FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil. In: *Anuário Mexicano de Historia Del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, ano 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/cnt/cnt5.htm>>. Acesso em: 10 de abril de 2009.

O primeiro passo nessa tarefa é perceber o Direito como fenômeno temporal e local. Significa dizer que apesar das pretensões de atemporalidade dos juristas modernos, o Direito, por estar intrinsecamente ligado ao fenômeno social, está, como a própria sociedade, em contínua metamorfose. Neste sentido, afirma António Manoel HESPANHA:

A História do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre em sociedade e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais³.

Apesar da constatação parecer elementar, a tradição jurídica instaurada a partir da Revolução Burguesa pretendeu justamente a construção de um Direito eterno, universal e neutro, o que produziu efeitos muito significativos no tocante ao direito de propriedade, como se verá oportunamente.

O Direito Moderno foi inspirado pela filosofia iluminista, que, a partir do conceito de racionalidade, rechaçando a importância da tradição no medievo, criou a noção de sujeito. Segundo esta corrente de pensamento, o homem é um fim em si próprio e sua principal característica é a individualidade. Sua natureza é a de um ser completo e isolado, e a sociabilidade é mero acessório da individualidade⁴.

A ideia de sujeito de direito traz implícita a capacidade do ser humano de titularizar direitos e deveres e, conseqüentemente, participar de variadas ordens de relações jurídicas⁵. Esta concepção estava sincronizada com as necessidades econômicas da época e operacionalizou as relações de troca e o surgimento do mercado⁶.

O sujeito é tido como um proprietário por natureza. Neste sentido a afirmação de John LOCKE:

³ HESPANHA, António Manoel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 15.

⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 216.

⁶ Segundo Ricardo Marcelo Fonseca: "O sujeito, assim, é visto como uma abstração necessária para a constituição do sistema econômico. E isso porque somente um sujeito liberado e abstrato, com capacidades formais reconhecidas, é capaz de dispor da propriedade – que a partir do sistema econômico capitalista também se vê liberada de todas as determinações hierárquicas tradicionais. (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTR, 2002, p. 81)

Tudo isso evidencia que, embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros⁷.

Decorrente da figura do sujeito tem-se também a necessidade de proteção do indivíduo frente ao Estado, como expressão da garantia à liberdade. Neste sentido José Antônio Peres GEDIEL afirma:

De qualidades essenciais do homem, para ambas as vertentes do contratualismo (anglo-saxã e continental), a liberdade e o direito subjetivo passaram a significar, respectivamente, liberdades públicas específicas do indivíduo contra o Estado e poder jurídico de oposição entre os sujeitos, com referência aos bens apropriados e utilizados individualmente⁸.

As teorias contratualistas propagavam que o sujeito só poderia ser limitado na medida em que isto fosse imprescindível à convivência em sociedade. Justificou-se, assim, a criação do Estado Moderno e a conseqüente dicotomia entre a esfera pública e a privada. Eroulths CORTIANO JUNIOR ensina:

(...) vê-se que a contraposição estado de natureza/sociedade civil vai refletir toda a ideologia da classe que começava a se impor nos domínios do político (...) esta distinção esfera econômica/esfera política representará a emancipação da classe em face do Estado existente. O estado de natureza – no qual todos gozam de autonomia religiosa, moral e econômica – reflete a visão individualista da sociedade; no estado de natureza a liberdade e igualdade encontram seu lugar (...)⁹.

A igualdade imputada ao sujeito tem, então, caráter meramente formal, redundando apenas na constatação de que todos podem ser titulares de direitos e, conseqüentemente, de relações jurídicas de conteúdo patrimonial. A liberdade, por sua vez, restringe-se à liberdade de contratar e impor sua autonomia. O referido autor continua afirmando:

A economia de troca exige, além daquilo que se troca, aquele que troca. A troca pressupõe escolha (entre trocar e não trocar, entre o que trocar e o que não trocar), e escolha pressupõe autonomia (...) A igualdade era fundamental para o desenvolvimento das relações de troca: um espaço de autonomia (ou de decisões) pressupõe igualdade entre os que decidem (...) Trata-se, entretanto, de uma liberdade formal (mas material na medida em

⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 108.

⁸ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho de Vento, 2000, p. 17.

⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths, *Op. Cit*, p. 42.

que se garante a liberdade de iniciativa aos indivíduos) e de uma igualdade formal. Liberdade e igualdade aparentemente reais¹⁰.

A propriedade, neste contexto, significava, além da própria sobrevivência do sujeito, a conquista de sua autonomia, através da troca de bens.

O modelo moderno de propriedade, considerado como extensão do próprio indivíduo, consolidou-se, por tal motivo, como um direito abstrato e simples. Nesta medida, tornou-se o único modelo aceito pelo universo jurídico.

Paolo GROSSI propõe uma reflexão profunda sobre este modelo, para proteger o historiador do Direito e o jurista de alguns riscos no estudo da propriedade, quais sejam, o pesado condicionamento monocultural a que estão sujeitos, o caráter absoluto da ideologia proprietária, a abordagem formalista do instituto, bem como a tentativa de reduzi-lo às especificidades da história agrária¹¹.

O primeiro risco consubstancia-se na redução de todas as formas de pertencimento à propriedade. Sérgio Said STAUT JUNIOR ensina:

A referência ao termo propriedade (especialmente privada) carrega, e não é de hoje, um significado muito específico na história, limitado a uma concepção individualista e potestativa da relação entre homens e bens. A palavra propriedade remete habitualmente a uma forma de apropriação dos bens que parte sempre de um sujeito proprietário e de seu poder exclusivo e soberano sobre as coisas, ou seja, uma perspectiva de propriedade que adquiriu uma posição hegemônica quase que absoluta na Modernidade¹².

Muito embora a propriedade abstrata e simples seja a única reconhecida oficialmente pelo Direito Moderno, a realidade demonstra que existem outras possibilidades de relação entre sujeitos e coisas. São inúmeros os exemplos na experiência européia, não só na época medieval, e especialmente na realidade latino americana, dentre os quais aquele de que cuida este trabalho, que insistem em contrariar a racionalidade moderna. Estas situações, não obstante encontrem-se por vezes à margem da legalidade, persistem no mundo dos fatos, exigindo que o jurista extravase os horizontes estreitos da propriedade moderna.

¹⁰ *Ibden*, p. 52-53.

¹¹ GROSSI, Paolo, *Op. Cit.* p. 6-15.

¹² STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: SER/UFPR, 2004, n. 42, p. 160.

Note-se que a “propriedade coletiva”¹³, de que trata este trabalho, não é simplesmente a titularidade de um bem por vários indivíduos simultaneamente. Ela difere da propriedade privada substancialmente, na sua finalidade e forma de utilização. Procurar esgotá-la no sentido moderno do termo “propriedade”, portanto, é cometer um atentado à sua essência.

Destarte, equivocar-se-á aquele que, viciado por um “pesado condicionamento monocultural”¹⁴, insistir em enxergar todas as realidades concretas sob as lentes do paradigma moderno, uma vez que este é insuficiente para abarcar a totalidade das relações de pertencimento¹⁵, mormente ante a complexidade da sociedade contemporânea.

Deve também o historiador ser cauteloso em relação ao caráter absoluto atribuído à propriedade moderna, já que este é outro grande risco para sua pesquisa. A construção do conceito moderno de propriedade baseou-se em uma perspectiva jusracionalista do fenômeno jurídico. Judith MARTINS-COSTA ensina:

O jusracionalismo foi a forma ideológica adotada pelo humanismo ao transmutar os princípios do direito natural, conhecido no Ocidente pelo menos desde Aristóteles, assumindo-os como consubstanciais ao homem e à sociedade e mediando-os pelos critérios da *razão*, a qual teria a força de, por si e isoladamente, reformar o mundo¹⁶.

Desta feita, o direito à propriedade foi entendido como um direito natural e, como tal, anterior à ordem jurídica. Ao Estado, portanto, não caberia contestá-lo, senão garanti-lo através da atuação do poder de polícia. Eroulths CORTIANO JUNIOR afirma que “o jusracionalismo teve seu momento máximo na Ilustração, mas

¹³ O termo “propriedade comunitária” é em si contraditório, mas Grossi ressalta que o termo pode ser utilizado em razão de uma convenção verbal. Segundo ele: “Continue-se a falar de ‘as propriedades’ como convenção verbal até inserir em suas fronteiras também as formas históricas de ‘propriedades coletivas’, mas tenha-se ao menos consciência de que dentro daquelas fronteiras não corre um território uniforme, mas variadíssimo e heterogêneo, e não se cometa a ingenuidade imperdoável de crer que tudo se esgote no universo do pertencimento segundo o grande rio aparente da oficialidade dominante”. (GROSSI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 9-10)

¹⁴ Sobre os riscos ao historiador do Direito no estudo da Propriedade Grossi afirma: “o primeiro risco é o de um pesado condicionamento monocultural: o nosso título, mesmo com todas as suas pluralizações, leva impresso o apelo embaraçante a um universo ‘proprietário’, e propriedade é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica. Falar somente em propriedade, mesmo que no plural, significa ficar bem fechado no nicho de uma cultura do pertencimento individual. E esse é um horizonte demasiado estreito”. (GROSSI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 6)

¹⁵ ¹⁵ O termo “relações de pertencimento” é utilizado como expressão genérica para significar as diversas formas de relação entre sujeito e coisa, que não necessariamente a propriedade.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 136.

suas bases vinham se formando há muito, e permitiu a visualização da propriedade como um direito natural e inato ao homem”¹⁷. Ressalta o autor que ela foi erigida ao *status* de principal direito natural e pressuposto de todos os outros.

Seguindo esta tendência, foi a propriedade incluída na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como direito inviolável e sagrado. A positivação que se seguiu à revolução burguesa, especialmente nas codificações do século XIX, cuidou de formalizar e oficializar este direito subjetivo, passando a protegê-lo então sob a égide do positivismo jurídico e de uma visão estreita e formalista do fenômeno jurídico.

Transforma-se, portanto, a propriedade em ideologia¹⁸. Paolo GROSSI destaca que a visão individualista e potestativa de propriedade é um produto histórico que:

(...) foi inteligentemente camuflado como uma verdade redescoberta e que quando os juristas, tardiamente, com as análises revolucionárias e pós-revolucionárias na França, com as pandectísticas na Alemanha, traduzem com o auxílio do instrumental técnico romano as instituições filosófico-políticas em regras de direito e organizam-nas, de respeitável consolidação histórica se deformou em conceito e valor: não o produto de uma realidade mutável tal como foi se cristalizando, mas o cânone com o qual medir a mutabilidade da realidade¹⁹.

Incumbe ao historiador do Direito, portanto, questionar o caráter absoluto da propriedade. Este cuidado metodológico evita o equívoco de se conceber a propriedade como uma construção praticamente imutável, sobrevivente às mais diversas épocas e de considerar que o moderno conceito de direito de propriedade é resultado de um processo de evolução, e que é, portanto, sua forma mais desenvolvida²⁰.

O terceiro risco observado por Paolo GROSSI diz respeito ao formalismo que tende a dominar o operador do direito no trato das relações proprietárias. Os juristas da modernidade pretenderam exaurir a propriedade em seus aspectos técnicos,

¹⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁸ Segundo Grossi: “A solução histórica tende a tornar-se ideologia fazendo um clamoroso salto de nível, e o modesto instituto jurídico que é conveniente tutor de determinados interesses de ordem e de classe, é subtraído à relatividade do devir e conotado de caráter absoluto” (GROSSI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 10)

¹⁹ GROSSI, *Op. Cit.*, p. 12.

²⁰ STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade, *Op. cit.*, p. 162.

como se o instituto estivesse integralmente contido em suas construções teóricas, sem qualquer ligação com outras áreas do conhecimento ou com a própria realidade social. Para GROSSI, ao contrário, “a propriedade não consistirá jamais em uma regrinha técnica mas em uma resposta ao eterno problema da relação entre homens e coisas, da fricção entre mundo dos sujeitos e mundo dos fenômenos”²¹.

A abstração das relações concretas de pertencimento entre sujeito e coisa para a formulação de um conceito ideal, de conteúdo puramente técnico, engendrou uma visão formalista de propriedade. O instituto, segundo esta perspectiva, se esgotaria no conjunto de normas positivas que o regulam. O positivismo jurídico ratificou este entendimento, legitimando-o.

O movimento de codificação que se instaurou após o triunfo da burguesia tinha a pretensão, nada modesta, de incluir nos códigos todo o Direito. Desta forma, buscou-se criar um conjunto de normas abstratas para conferir ao código um caráter de universalidade capaz de torná-lo fonte única do Direito. A lei, portanto, seria a matriz de um monismo jurídico sob monopólio do Estado. O código, por sua vez, seria a fonte unitária, completa e exclusiva do Direito.

Observe-se que esta opção não teve caráter meramente jurídico, mas também econômico e político. O modelo de pluralismo jurídico existente no medievo não estava apto a coordenar as relações de troca que marcavam a época moderna. A exigência de segurança jurídica impunha-se para permitir o amplo desenvolvimento da racionalidade econômica vigente. O modelo monista foi o escolhido, então, para viabilizar estas aspirações.

A construção dos códigos se deu a partir da apropriação do direito romano, que foi realizada num primeiro momento pelos Glosadores e, mais tarde, pela pandectista alemã. Permeou todo o trabalho a presença constante da razão, tida como fonte principal do conhecimento humano, tendo como consequência a utilização do referencial do conhecimento matemático, de caráter essencial e dedutivo²².

No que concerne à propriedade, o Código Napoleônico, de 1804, fundou o modelo de caráter individualista e abstrato que foi reproduzido exhaustivamente nas

²¹ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 16.

²² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 60 e 65.

codificações ao redor do mundo, inclusive no Código Civil Brasileiro de 1916 e de 2002. Este passa a ser, portanto, o único modelo abrigado pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, Sérgio Said STAUT JUNIOR aduz que “O Direito, nesse mundo moderno (especialmente com a codificação francesa), passa a ser muito mais *loi* e sempre menos *droit*”²³, o que resultou no formalismo refutado por GROSSI.

Este autor adverte ainda para outro possível equívoco, oposto ao formalismo: a tentativa de compreensão da propriedade a partir de cada caso concreto na história agrária, buscando uma especificidade extrema. Segundo GROSSI, esta metodologia é insuficiente para determinar a dimensão jurídica da propriedade. Para ele:

O recurso não vigilante à história agrária pode demonstrar-se desviante, porque um olhar demasiado particularizado sobre dados técnico-agrários e sobre o aspecto externo (organizativo factual) da propriedade corre o risco de fazer perder de vista a dimensão jurídica da ordem real²⁴.

Ressalte-se que a análise do economista é diferente daquela realizada por um jurista, pois “a propriedade dos juristas é sobretudo poder *sobre* a coisa, enquanto a propriedade dos economistas é sobretudo riqueza, renda *da* coisa”²⁵. Por isso surge, então, a diferença metodológica. GROSSI faz a ressalva de que a utilização de instrumentos da história agrária pode ser meritória, desde que:

entre os mil fatos que compõem aquela paisagem não se perca de vista o reticulado de linhas portantes, que não é tangível, que corre aliás subterrâneo ou circula invisível no ar, mas que, não por isso está menos presente e incumbente como força de um certo clima histórico²⁶.

O historiador do Direito não pode deixar de notar que, a par das relações concretas que se desenvolvem entre sujeitos e coisas, há sempre uma mentalidade a informar o sentido da propriedade em um determinado momento histórico, que não se revela no estudo individualizado e específico de cada relação proprietária.

²³ STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade, *Op. cit.*, p. 164.

²⁴ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 25.

²⁵ *Ibden*, p. 25-26.

²⁶ *Ibden*, p. 30.

2. A PROPRIEDADE COMO MENTALIDADE

A definição do conceito de propriedade é sempre conexa à realidade na qual se insere. Qualquer sentido dado ao termo pode ser relativizado a partir do exame das condições históricas, filosóficas, econômicas e sociais da época de sua formulação.

Superados os riscos apontados por Paolo GROSSI, o historiador do Direito estará apto a perceber a propriedade como uma mentalidade²⁷, entendida esta como “aquele complexo de valores circulantes em uma área espacial e temporal capaz, pela sua vitalidade, de superar a diáspora de fatos e episódios espalhados e de constituir o tecido conectivo escondido e constante daquela área, e deve portanto ser colhido como realidade unitiva”²⁸.

Significa dizer que a propriedade, em um dado momento histórico, não se encerra nas regras que a regem, tampouco no exercício efetivo de poder sobre a coisa, mas que estas esferas são perpassadas por uma mentalidade, que as informa. Paolo GROSSI ressalta:

no universo jurídico as formas são frequentemente somente as pontes emergentes de um gigantesco edifício submerso, um edifício construído sobre valores e que a esses valores pede antes de mais nada o seu ser direito, regra observada e respeitada porque aderente às fontes mais vivas de um costume, de crenças religiosas, de certezas sociais²⁹.

O fenômeno jurídico, portanto, longe de ser ciência neutra e universal, tem como alicerces os valores cultivados por uma determinada sociedade. Esta compreensão deriva do entendimento do próprio Direito como feito histórico. Sérgio Said STAUT JUNIOR destaca:

O Direito é um produto eminentemente histórico, imanente à sociedade e que pertence a uma dimensão civilizatória, pois participa concretamente na vida das pessoas (...) é uma dimensão bastante profunda de uma determinada sociedade e a reflexão sobre as diferentes relações de pertencimento, envolvendo as pessoas e as coisas, não pode deixar de considerar este dado fundamental³⁰.

²⁷ Paolo Grossi afirma: “A propriedade, as propriedades – dissemos acima e repetimos agora como axioma respeitável – antes de ser paisagem são mentalidades (...). A propriedade é, por essas insuprimíveis raízes, mas [*sic*] do que qualquer outro instituto, mentalidade, aliás mentalidade profunda”. (GROSSI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 30-31)

²⁸ GROSSI, *Op. Cit.*, p. 30.

²⁹ *Ibden*, p. 32-33.

³⁰ STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade, *Op. cit.*, p. 166.

O Direito mesmo é uma mentalidade, presente na consciência social, e é no âmbito da propriedade que esta constatação se faz mais evidente, já que esta “liga-se necessariamente, por um lado, a uma antropologia, a uma visão do homem no mundo, por outro, em graça de seu vínculo estreitíssimo com interesses vitais de indivíduos e de classes, a uma ideologia”³¹. Logo, será a propriedade fortemente marcada pelos valores sociais imperantes em um período histórico. Estes valores estão em contínua modificação, mas em processos lentos. É possível, então, a existência de uma nova estrutura jurídica simultaneamente à mentalidade que ela pretendia superar, até que se modifiquem também os valores sociais para adaptarem-se às novas formas³².

Por estas razões, talvez se possa dizer, por paradoxal que pareça, que a única característica permanente da propriedade ao longo dos tempos é sua constante modificação, ou seja, sua profunda descontinuidade³³.

Assim, também a mentalidade moderna foi consagrada lentamente. A simples edição do Código de Napoleão, por si só, não erradicou a mentalidade medieval. Paolo GROSSI assevera:

Queremos somente constatar que sob o tremular das novas bandeiras a velha mentalidade jurídica encarnada em uma certa construção do sistema dos direitos reais não foi de todo apagada, e coexiste desarmonicamente com a nova ideologia oitocentista da qual claramente o Código é portador; talvez mais no nível inconsciente (que é o típico das mentalidades), todavia os velhos esquemas interpretativos e construtivos, os velhos arsenais técnicos, demonstram a sua extraordinária aderência aos ossos e ao coração desses *homines novi*, e o sistema do direito codificado revela alguma significativas desfiaduras, algumas não desmentíveis incoerências.

A mentalidade moderna foi construída ao longo de cinco séculos e teve como um de seus alicerces as teorias de estudiosos de diversos ramos da filosofia e

³¹ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 31.

³² Neste sentido a observação de Paolo Grossi: “Os valores são, certamente, historicamente variáveis, mas a sua é variação lenta, trabalhosa, não indolor; e o seu produto – uma certa invenção jurídica do pertencimento, no nosso caso o sistema medieval das propriedades – continua a viver quase além de sua vida natural; serpenteando entre as estruturas e chegando até mesmo a condicionar-lhe o devir, mas sobretudo aninhando-se nas consciências. (GROSSI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 33)

³³ Afirma ainda Grossi: “(...) a história do pertencimento e das relações jurídicas sobre as coisas é necessariamente marcada por uma profunda descontinuidade; necessariamente, já que propriedade é sobretudo mentalidade. (GROSSI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 38)

sociologia. O modelo técnico compatível com esta nova mentalidade, por sua vez, só é construído posteriormente, a partir da pandectista alemã³⁴.

Ante todo o exposto, o referido autor afirma que o mais correto é falar-se em “propriedades”, e não em “propriedade”, pois a cada modelo proprietário corresponde uma mentalidade, e é equivocado tentar reduzi-los a um só tipo. A propriedade medieval, por exemplo, é substancialmente e formalmente distinta da moderna e a coincidência da utilização da palavra não significa que se trata do mesmo instituto. Ademais, mesmo na modernidade pode-se notar que as relações de pertencimento, na realidade prática, não se restringem ao esquema oficial indicado pelo código, constituindo assim, outros diversos tipos de propriedade.

GROSSI define a propriedade como a “situação de poder direta e imediata sobre o bem tutelado pelo ordenamento na maneira mais intensa”³⁵. Alterando-se o ordenamento, portanto, modificar-se-ão, também, as formas de poder sobre as coisas. Resta claro, desta forma, que não existe apenas um modelo de propriedade, mas “propriedades”. Tratando do uso do termo pelo historiador do Direito, GROSSI afirma:

Para ele ‘propriedade’ deve ser somente um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem, ou, em outras palavras, a resposta à questão central sobre a consistência mínima do ‘meu’ jurídico; soluções e respostas que são duplamente múltiplas, segundo os vários climas históricos e segundo os vários conteúdos que um mesmo clima histórico dá àquele invólucro aberto e disponível que convencionalmente identificamos como propriedade³⁶.

Neste sentido, portanto, a acepção moderna do termo “propriedade” indica apenas um dos seus sentidos possíveis, temporalmente e espacialmente localizado³⁷.

³⁴ GROSSI, *Op. Cit.*, p. 81.

³⁵ *Ibden*, p. 39.

³⁶ *Ibden*, p. 5.

³⁷ Paolo Grossi explica que a propriedade: “(...) não se reduz nunca a uma pura forma e a um puro conceito mas é sempre uma ordem substancial, um nó de convicções, sentimentos, certezas especulativas, interesses rudes, tanto que seria imprudentíssimo – e até mesmo risível – quem tentasse seguir, nesse terreno, uma história de termos, de palavras. (GROSSI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 38)

3. ALGUNS MOMENTOS DA FORMAÇÃO DA MENTALIDADE MODERNA

A substituição da mentalidade feudal pela moderna se deu de forma paulatina, ao longo de séculos. Foram diversas as correntes teóricas que contribuíram para esta alteração, dentre as quais destacaremos algumas, que podem ser úteis para a compreensão do significado da propriedade e da mentalidade modernas.

Já no século XIV temos o início desta alteração de pensamento, protagonizada pelos estudos de Guilherme de Ockham. Franciscano, integrante da corrente teórica denominada nominalismo, Ockham sustenta a ideia de que a realidade é formada por entes singulares, os indivíduos³⁸. Michel VILLEY explica:

Ockham levou ao extremo o movimento apenas esboçado por Aristóteles contra Platão, desprezando o geral em benefício do singular. Na interpretação de Ockham, só os indivíduos existem: só Pedro, Paulo, aquela árvore, aquele bloco de pedra são reais, só eles constituem 'substâncias'. Quanto ao 'homem', quanto ao vegetal ou mineral, isso não existe, e poderíamos dizer o mesmo de todas as noções gerais³⁹.

Esta concepção está intimamente ligada à construção do pensamento moderno. A ela, soma-se a reflexão franciscana sobre a pobreza, que concebe a titularidade de um bem como exercício do poder de vontade do indivíduo sobre a coisa. Assim, como não desejavam a titularidade dos bens que utilizavam, os franciscanos não se consideravam seus proprietários, pois apenas o uso de fato não teria o condão de atribuir-lhes a propriedade⁴⁰.

A partir destas correntes filosóficas, então, o homem é colocado em um plano distinto, separado daquele da complexidade das coisas. Ganham forma os conceitos de autodeterminação da vontade e abstração do indivíduo.

A ideia do sujeito proprietário foi posteriormente mais elaborada pelo movimento conhecido como individualismo possessivo, ocorrido nos séculos XVII e XVIII. Sobre este, C. B. MACPHERSON afirma:

³⁸ STAUT JR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001, p. 53.

³⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 229.

⁴⁰ STAUT JR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916, Op. Cit.*, p. 55.

Sua qualidade possessiva se encontra na sua concepção do indivíduo como sendo essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, nada devendo à sociedade por elas. O indivíduo não era visto nem como um todo moral, nem como parte de um todo social mais amplo, mas como proprietário de si mesmo. A relação de propriedade, havendo-se tornado para um número cada vez maior de pessoas a relação fundamentalmente importante, que lhes determinava a liberdade real e a perspectiva real de realizarem suas plenas potencialidades, era vista na natureza do indivíduo⁴¹.

Locke, um dos expoentes desta corrente, sustentou a noção de propriedade como direito natural e inerente à condição de homem, já que todos são, ao menos, proprietários de sua própria pessoa e de seu trabalho. A apropriação, segundo ele, ocorreria em razão da modificação de um objeto pelo trabalho humano. Além disso, ela seria imprescindível para que se pudesse retirar um dado objeto do conjunto de bens dados à humanidade em comum, para utilizá-lo individualmente⁴².

Os momentos abordados, consubstanciados nas diferentes reflexões teóricas propostas, contribuíram largamente para a formação da mentalidade moderna, que foi cristalizada, posteriormente, pela edição dos Códigos.

4. A PROPRIEDADE NA CODIFICAÇÃO OITOCENTISTA

Como já foi anteriormente explanado, a codificação oitocentista pretendeu sistematizar o Direito de forma a inseri-lo integralmente nos códigos. Judith MARTINS-COSTA observa que o Código é:

um instrumento que pressupõe, como condições de sua própria efetivação, a ab-rogação de todo o direito precedente, a formulação sistematizada de leis tendentes a impedir toda a possível antinomia e a pretensão de auto-suficiência do seu sistema interno, de modo a permitir a exclusão de todo e qualquer mecanismo de heterointegração⁴³.

A lei, assim, passou a ser o próprio Direito. O sistema que se construiu é do tipo fechado, ou seja, auto-referencial, alheio aos conhecimentos provindos de outras áreas do saber e especialmente da realidade social. Do ponto de vista externo, se afasta de outras fontes de direito que não a lei; do interno, como sistema

⁴¹ MACPHERSON, C. B.. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 15.

⁴² *Ibden*, p. 211-213.

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith, *Op. Cit.*, p. 176-177.

pleno, não considera a possibilidade de existência de lacunas e, portanto, fecha-se em si mesmo. Eroulths CORTIANO JUNIOR ensina:

Dogma e sistema marcam o direito da modernidade e nos transparecem na concepção de Código, que representa o direito unificado, coerente e hierárquico. O sistema normativo do tipo fechado abre mão da colaboração da práxis social como fonte de regras: ela é apenas objeto de valoração normativa. Por isso se diz que, no sistema fechado, há separação entre o sistema normativo e a sociedade⁴⁴.

Apesar de buscar uma suposta neutralidade, a sistematização representa, sem dúvida, uma escolha política. O mesmo autor afirma:

O Código, além de representar um modelo ideal de dispor os conceitos do direito, também é eco de uma opção política: conciliou a noção emergente de Estado com as idéias de unificação do direito e monismo de fontes, e serviu, nesta centralização da produção jurídica, para garantir a juridicização de uma ideologia⁴⁵.

Cumprе salientar, ainda, que a edição dos códigos marca também a afirmação da dicotomia público/privado, regulando as relações da esfera privada e reservando às Constituições a ordenação da esfera pública.

Judith MARTINS-COSTA elenca as principais ideias que influenciaram a confecção dos códigos:

a) uma concepção individualista da vida sócio-jurídica fundada em relações interindividuais e, portanto, no efetivo reconhecimento dos direitos subjetivos; b) a secularização dos princípios de igualdade e da liberdade como base da organização das relações jurídicas e do funcionamento das instituições civis; c) um novo perfil ao papel do contrato como expressão da vontade individual, núcleo basilar dos mecanismos da vida jurídica e econômica (...)⁴⁶

Os códigos oitocentistas, como se vê, eram marcadamente individualistas e liberais. A propriedade também foi fortemente influenciada por este ideário. Ao contrário da propriedade medieval, que se baseava no uso efetivo da terra, a moderna tem como fundamento ideológico uma abstração: o sujeito. Na Idade Média não é o sujeito o ponto de referência da ordem jurídica, mas a coisa. O ser humano é colocado em uma situação de humildade perante ela. Na modernidade o sujeito encontra-se em posição de supremacia, ele tem poder sobre a coisa.

⁴⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit*, p. 66-67.

⁴⁵ *Ibden*, p. 68.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *Op. Cit*, p. 180.

Como reflexo destas concepções, temos que a Idade Média é uma “civilização possessória”⁴⁷, na qual são o gozo, a aparência e o exercício que determinam a existência de uma relação proprietária, prevalecendo a efetividade sobre a ideia de validade. Na modernidade, por sua vez, a validade é determinante para a constatação da existência de uma relação proprietária e se verifica pela satisfação de requisitos meramente formais. Sobre a propriedade medieval Paolo GROSSI diz:

Não um edifício piramidal, monolítico, que encontra o seu ápice substancial e formal naquele modelo de validade que é o *dominium* (no qual, no fundo, resolve-se), mas um acúmulo torrencial de situações emergentes, não filtradas e não modeladas através de nenhuma peneira oficial, transbordantemente pluralista, no qual o que conta – mais do que a titularidade proprietária, que subsiste mas que está sepultada e sufocada – são os mil exercícios efetivos já definitivamente realizados na consciência comum e tornados socialmente e economicamente os protagonistas da experiência⁴⁸.

No medievo, a propriedade não tem um arquétipo único que molda a realidade, pois é uma entidade complexa e composta. Desta feita, as formas efetivas de uso da coisa é que constituirão o fundamento da disciplina jurídica das relações entre sujeito e objeto. É por isto que, neste período, admitem-se formas diversas de propriedades, porque cada forma de exercício de poder de um sujeito em relação a uma coisa tem o condão de produzir efeitos jurídicos. São tênues as linhas entre fato e direito, e o apossamento e utilização dos bens é ponto de partida para sua juridicização⁴⁹.

O sistema econômico vigente na modernidade, entretanto, não era compatível com o esquema medieval. Eroulths CORTIANO JUNIOR destaca:

O antagonismo entre as formas proprietárias – talvez seja melhor dizer: as efetividades proprietárias – do medievo e as relações que surgiram em face da nova forma de organização econômica revela-se pela pluralidade de regimes (que traz incertezas sobre as regras incidentes sobre um determinado bem, e sobre a tutela do adquirente ou utente do bem), pela dificuldade em aplicar o excedente da produção no próprio processo de produção e pela limitação ao uso de mão-de-obra assalariada⁵⁰.

⁴⁷ Nas palavras de Paolo Grossi: “A alta idade média é uma grande civilização possessória, em que o adjetivo possessório deve ser entendido não em sentido romanístico mas na sua acepção finziana de conotação de um mundo de fatos nem formal nem oficial, porém munido de efetividade e de incisividade.(GROSSI, Paolo, *Op. Cit*, p. 13-14)

⁴⁸ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit*, p. 88.

⁵⁰ *Ibden*, p. 90.

A necessidade de segurança e certeza, somados a outros requisitos do sistema capitalista, como a mão-de-obra assalariada, foi determinante para a alteração da ordem jurídica das titularidades, buscando-se atender às necessidades emergentes de uma economia de trocas.

A concepção de propriedade consagrada pelos códigos do século XIX, como já se disse, tinha como fundamento ideológico o antropocentrismo iluminista e a noção de sujeito de direito. Note-se que esta nova mentalidade foi lentamente construída durante séculos, especialmente a partir dos trabalhos de teólogos e filósofos, para então alcançar sua forma mais elaborada na codificação, pelas mãos dos juristas. Paolo GROSSI salienta:

é desenhada a partir do observatório privilegiado de um sujeito presunçoso e dominador, é emanação das suas potencialidades, é instrumento da sua soberania sobre a criação: uma marca rigorosamente subjetiva a distingue, e o mundo dos fenômenos, na sua objetividade, é somente o terreno sobre o qual a soberania se exercita (...)⁵¹.

A propriedade, para o sujeito, será constitutiva da autonomia, da aptidão para participar de relações jurídicas, para efetivar trocas. É nela que o sujeito se realiza. Por isto é que se diz que a propriedade torna-se extensão de sua personalidade. O plano do real, neste contexto, é mera externalização deste fenômeno.

Ao menosprezar a concretude das relações de pertencimento e sua complexidade, típica da Idade Média, a propriedade moderna atinge a simplificação que a caracteriza. Apenas um modelo é aceito: uma relação unilinear entre sujeito e coisa, residindo no primeiro a sua unicidade. Por outro lado, ao dissiparem-se as fronteiras entre *ser* e *ter*, a propriedade ganha uma nova dimensão: a eticidade. Sua impregnação por noções éticas decorre da identidade com o sujeito. Assim como ele, ela é una e indivisível; assim como ele, abstrata⁵². Conforme Paolo GROSSI:

A propriedade já é, nesta versão tão exasperadamente subjetivista, uma capacidade, capacidade de envolver e de dominar todo conteúdo, rejeitando portanto todo conteúdo como contribuição à sua quiddidade. O conteúdo já é somente um acidente, que nunca está em condições de repercutir sobre a substância da relação⁵³.

O cerne do conceito moderno repousa neste duplo alicerce: simplicidade e abstração. A exclusividade e os poderes do proprietário são decorrentes destas

⁵¹ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 67.

⁵² *Ibden*, p. 70.

⁵³ *Ibden*, p. 71.

características. Em razão da abstratidade, a propriedade não é definida nos códigos pelo seu conteúdo, e sim pelos poderes que lhe são inerentes. Eroulth CORTIANO JUNIOR ressalta que “os poderes proprietários – porque abstratos e indefiníveis *a priori* – dão ao conteúdo da propriedade moderna uma total indefinição e imprecisão, que lhe garante a possibilidade contínua e ilimitada permanência.

A codificação não contempla a apropriação coletiva e a propriedade parcelada feudal, embora se possa dizer que o Código francês de 1804 tenha trazido, em certa medida, resquícios da mentalidade medieval. A noção de propriedade como soma de poderes, composta, remete a tempos nos quais não existia ainda sua figura unívoca⁵⁴.

O Código napoleônico tem como característica, ainda, a releitura do direito romano, imprimindo-lhe um *sentido*, falso, de berço lógico da propriedade moderna. O que se fez, na verdade, foi interpretar o direito romano conforme as necessidades da época. A propriedade romana é incompatível com a moderna porque não existia, naquela, a noção de direito subjetivo, que marcou a segunda de maneira indelével.

É com a pandectista alemã, na formulação do BGB, que a propriedade recebe tratamento técnico coerente com a mentalidade moderna. Ela é elevada ao mais alto grau de abstração e se afasta da concepção parcelada dos poderes do proprietário.

A codificação brasileira foi bastante influenciada por estes dois Códigos, sendo que se assemelha mais ao alemão em relação às suas divisões (em parte geral e especial) e ao francês no tocante à matéria. Não obstante ter o Código de 1916 reproduzido fidedignamente o paradigma da codificação oitocentista, tornando-o individualista e patrimonialista, manteve-se em certa medida a tradição portuguesa inserida no Brasil pela vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas.

A particularidade do Código brasileiro é que ele não marca uma ruptura, como fazem os dois outros Códigos aludidos, mas de certa forma permite um continuísmo. Fundem-se o espírito liberal e as raízes conservadoras do Brasil, refletindo a contradição social existente entre a emergente burguesia e as relações quase feudais vigentes no campo⁵⁵.

O Código Civil de 1916 foi caracterizado, também, pela presença de um privatismo doméstico compatível com os valores morais e sociais das elites

⁵⁴ *Ibden*, p. 79.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith, *Op. Cit.*, p. 265-266.

dominantes. Neste sentido, Orlando GOMES afirma que “O Código incorpora certos valores morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico (...). Na sua elaboração, enfim, jamais se ausenta aquele privatismo doméstico que tem marcada influência na organização social do Brasil”⁵⁶.

No tocante ao direito à propriedade, aderiu-se ao modelo consagrado pelo direito francês, contemplando “a filosofia e os sentimentos da classe senhorial, que fez elaborá-lo à sua imagem e semelhança, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade”⁵⁷. O conceito de propriedade não é esclarecido no Código, mas apenas os poderes do proprietário, como no Código francês.

A par disso, o tratamento destinado à propriedade caracterizou-se por torná-la um direito absoluto, cabendo ao seu titular a decisão arbitrária sobre o modo de seu aproveitamento, limitando-o somente em razão de restrições excepcionais. É, ademais, ilimitado, no sentido da indeterminação do exercício das faculdades que o compõe, permitindo sua elasticidade; exclusivo, na medida em que exclui todos os demais cidadãos da relação proprietária; unitário, uma vez que admite apenas um tipo de propriedade; perpétuo, eis que não se extingue pelo não uso, voltado à permanência e não à dissolução do vínculo⁵⁸.

Cumprido salientar, ainda, que o processo de assimilação da cultura jurídica européia, mormente no tocante ao tema da distribuição de terras, se iniciou séculos antes da edição do Código de 1916, ainda no período colonial.

5. PARTICULARIDADES DA FORMAÇÃO TERRITORIAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A divisão do espaço brasileiro se deu de forma bastante peculiar desde o início da colonização. As regras adotadas, de um modo geral importadas de Portugal, favoreceram a formação de latifúndios e a exclusão dos indígenas e pequenos posseiros, o que repercute na estrutura social brasileira até os dias de hoje.

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.14.

⁵⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 104.

⁵⁸ AMARAL, Francisco, *Op. Cit.*, p. 144-145.

Inicialmente, as terras foram distribuídas com base na Lei das Sesmarias, promulgada em 1375 por D. Fernando e reproduzida nas Ordenações do Reino. Só seriam consideradas legítimas as titularidades concedidas pela Coroa portuguesa. Neste sentido, Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO afirma:

Nas novas regras, elegante e falsamente chamadas de civilizatórias, os índios não tinham direito à propriedade da terra, portanto a Coroa portuguesa tratou de criar ou aplicar instrumentos capazes de legitimar o domínio privado original. Para não perder o controle da ocupação e favorecer o mercantilismo europeu, reconheceu como direitos individuais de propriedade da terra somente os que apresentassem como título de origem atos de concessão da própria Coroa⁵⁹.

As sesmarias, em Portugal, tiveram o escopo de solucionar a crise de abastecimento de alimentos e a falta de mão-de-obra pela qual passava o país. Estabeleceu-se como seu fundamento jurídico o cultivo⁶⁰. Assim, as terras seriam concedidas aos particulares com a condição de que promovessem sua lavra. Segundo Laura Beck VARELA “A Lei de 1375 é, destarte, norma régia que parece derivar conteúdo e autoridade de um costume então arraigado, num ordenamento jurídico que ainda não conhecia a supremacia da lei como fonte por excelência”⁶¹.

Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO adverte que, no Brasil, esta orientação foi deturpada⁶² para cumprir o papel de conquista e ocupação do território, além de excluir potenciais fornecedores de mão-de-obra da possibilidade de se tornarem proprietários. Segundo ele:

(...) enquanto em Portugal as sesmarias tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos e desenvolvimento para a população, no Brasil foi instrumento de conquista, mas também de garantia aos capitais mercantilistas de que sua mão de obra, escrava ou livre, não viria a ser proprietária das terras vagas⁶³.

⁵⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 55.

⁶⁰ VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

⁶¹ *Ibden*, p. 29-30.

⁶² Em sentido contrário Laura Beck Varela: “Rompendo com o senso comum da historiografia jurídica, que trata o tema sesmarial em termos de ‘desvios’, ‘distorções’, ‘deformações’, ou, ainda, ‘transplantação fatal’, procuraremos identificar as *adaptações* – terminologia que se nos afigura mais adequada diante desta peculiar continuidade entre os dois sistemas, o português e o brasileiro”. (VARELA, Laura Beck, *Op. Cit.*, p. 77-78)

⁶³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A função social da terra*, *Op. Cit.*, p. 57.

Os povos indígenas, neste contexto, foram desconsiderados, e suas terras eram também passíveis de ocupação. Por esta razão, o referido autor afirma, ainda:

Aqui a propriedade não é fruto do trabalho livre, é fruto do saque dos bens indígenas, ouro, prata, milho, batata, cacau ou terra e do trabalho escravo. A liberdade formal da propriedade individual perde o véu da pureza e humanidade nas Américas e mostra a cara desnuda e rude da usurpação⁶⁴.

Só em 1680, com a edição do Alvará Régio, a posse indígena foi legitimada, ao menos formalmente, o que, na prática, não impediu a reiterada expulsão das comunidades de suas terras, como se verá no próximo capítulo.

A lei das sesmarias foi aplicada no Brasil até 17 de julho de 1822, tendo sido revogada nesta data por Resolução do Príncipe Regente, assegurada a legitimidade das terras concedidas sob a égide da lei, enquanto vigente, que adquiriam o *status* de propriedade privada⁶⁵. Interessante notar que, em Portugal, o regime de sesmaria foi abandonado ainda no final do século XVI, enquanto no Brasil perduraram até o século XIX⁶⁶.

Após a revogação das sesmarias, o país entrou em um período de “vazio legislativo”⁶⁷, que durou quase trinta anos. Neste período, predominou o sistema de apossamento de terras, embora este costume fosse proibido por lei⁶⁸. Segundo Carlos Frederico MARÉS:

Este período os agraristas chamam “regime de posse”, porque somente havia posse nas terras ainda não apropriadas individualmente pela confirmação das sesmarias. Mas o nome é impróprio. Não havia sequer posse, mas ocupação, considerada clandestina e ilegítima. As pessoas simplesmente ocupavam terras vazias e as transformavam em produtivas. A partir deste fato iam tentar um título junto ao Governo, que não o concediam alegando não haver lei que regulamentasse a concessão. Ao contrário, havia ações do Estado coibindo a ocupação, especialmente de pequenos posseiros⁶⁹.

⁶⁴ *Ibden*, p. 60.

⁶⁵ *Ibden*, p. 63.

⁶⁶ STAUT JR, SÉRGIO SAID. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*, Op. Cit., p. 88.

⁶⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil, Op. Cit., Acesso em: 2 de setembro de 2009.

⁶⁸ VARELA, Laura Beck, Op. Cit., p. 112-113.

⁶⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A função social da terra*, Op. Cit., p. 66.

Esta situação perdurou até 1850, quando foi promulgada a Lei de Terras, que tentou promover a modernização do Brasil, de forma a adequá-lo ao projeto capitalista europeu. É neste momento que se pode falar, pela primeira vez, em proprietário, em sentido moderno, no país⁷⁰. Embora a Constituição Federal de 1824 já garantisse a propriedade privada, não havia, até então, disciplina sobre suas formas de aquisição.

As experiências jurídicas concretizadas na Europa foram, de certo modo, importadas temerariamente para o Brasil, que vivia um contexto completamente diferente daquele cenário europeu. Lá, as doutrinas iluministas e jusnaturalistas contribuíram largamente para a sedimentação da mentalidade moderna e os processos revolucionários confirmaram o predomínio desta ordem de ideias, propagando-as entre a população ou, ao menos, entre a classe burguesa.

No Brasil, por sua vez, a sociedade era caracterizada pelo patriarcalismo, pela permanência da escravidão e por valores conservadores. Não obstante estas particularidades, o discurso liberal foi adotado pelas elites, mas apenas no limites dos interesses desta classe.

A lei de terras teve como um de seus objetivos estabelecer que a única forma para a aquisição de terras devolutas seria a compra e venda. Estas terras foram definidas como “terras desocupadas”, mas, na verdade, correspondiam às terras legalmente não adquiridas. Desconsiderava-se, assim, a ocupação de pequenos posseiros e das minorias, como os indígenas, quando não havia título do Estado ou uso público a legitimar a posse. A criação do instituto da legitimação da posse, assemelhada à usucapião, não resolveu o problema, pois dependia do reconhecimento do Poder Público e só considerava ocupação o uso produtivo da terra, e não de subsistência⁷¹.

A lei teve também como objetivo delimitar e separar o espaço público do privado. Além disso, intentou-se incentivar a imigração, trazendo mão-de-obra livre

⁷⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil, *Op. Cit.*, Acesso em: 2 de setembro de 2009.

⁷¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A função social da terra*, *Op. Cit.*, p. 70 e 74.

para o país, pois a escravatura já se tornava insustentável, especialmente frente às restrições ao tráfico impostas pela Inglaterra⁷².

Finalmente, o referido diploma legislativo estabeleceu ainda os requisitos e a forma para revalidação de sesmarias e posses, com o intuito de torná-las propriedades privadas. As condições, para as sesmarias, consistiam na comprovação do cultivo e da moradia habitual; para as posses, exigia-se posse mansa e pacífica, o cultivo, a moradia habitual, além de se restringir àquelas terras adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante⁷³.

A regulamentação das terras ocupadas pelos índios foi também objeto da lei, como se verá no segundo capítulo.

A análise das peculiaridades da experiência da formação territorial brasileira permite compreender como a propriedade moderna foi importada ao país, bem como qual o sentido e contexto da regulamentação dada a ela pelo Código Civil de 1916, que seguiu os modelos oitocentistas, conforme se viu anteriormente. Insta, agora, tratar das perspectivas contemporâneas do direito à propriedade.

6. A PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

O ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, embora mantenha o modelo da propriedade privada, imprimiu importantes modificações no tocante ao tema, relativizando o instituto e abrindo espaço para novas interpretações.

A promulgação da Carta Magna marca, em nosso país, a tentativa de superação do Estado Liberal e da implantação do Estado Social. Esta significativa alteração seguiu uma tendência mundial, protagonizada pela Constituição do México, em 1917, e de Weimer, de 1919.

Neste contexto, a ideia da função social da propriedade surgiu como resposta capitalista aos problemas e teorias levantados pelo socialismo. Foi consagrada pela edição da Encíclica *Rerum Novarum*, da Igreja Católica, que reivindicava um

⁷² FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil, *Op. Cit.*, Acesso em: 2 de setembro de 2009.

⁷³ STAUT JR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*, *Op. Cit.*, p. 99.

capitalismo mais humano, uma atenuação do sistema para permitir sua sobrevivência.

A passagem do Estado Liberal para o Social remete a uma discussão sobre o papel do Estado em relação à sociedade. Antes visto apenas como garantidor da paz pública, atuando como poder de polícia, de forma negativa, passa este a ser titular também de deveres prestacionais, de natureza positiva. Com relação à propriedade, essa alteração implica o dever do Estado de, além de garantir o direito de propriedade àqueles que a detém, possibilitar o acesso a ela, de forma a garantir também outros direitos fundamentais como o direito à moradia, à intimidade, etc.

Esta é uma das conseqüências da inserção da função social da propriedade no texto constitucional, elencada no artigo 5º da Constituição da República. Rodrigo Xavier LEONARDO ressalta que ela produz duas significativas conseqüências⁷⁴. A primeira vislumbra-se no rompimento do caráter unívoco da propriedade. O direito à propriedade adquire um sentido duplice: é garantia de defesa da propriedade, mas é também garantia de acesso a ela. Neste sentido, Luiz Edson FACHIN afirma:

Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser lido como direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso⁷⁵.

Com a mitigação da univocidade, reconhece-se também uma diversidade de estatutos proprietários que fogem à racionalidade moderna⁷⁶, como aquele das

⁷⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o novo Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, a.8, n. 10, 2004, p. 279.

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 289.

⁷⁶ Sobre isto, veja-se também a importante observação de Gustavo Tepedino: “Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário. A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas “una situazione giuridica soggettiva típica e complessa”, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontre a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere”. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001)

comunidades indígenas, de que trata este trabalho, contemplado no artigo 231 da Constituição Federal⁷⁷.

Como segunda consequência, tem-se a modificação do próprio conteúdo do direito subjetivo de propriedade, já que não mais se atribuem apenas poderes jurídicos ao proprietário, mas também deveres. Configura-se, portanto, uma situação jurídica complexa, que engloba todo um feixe de situações jurídicas ativas e passivas⁷⁸. Exigem-se, portanto, prestações negativas e positivas, devendo o proprietário exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, sem prejuízo de outrem⁷⁹.

Ressalte-se que a função social não é mero limite externo à propriedade, como são as limitações de direito urbanístico, ela ressignifica o próprio conteúdo do instituto. Assim, aquele que descumprir a função social não terá direito sequer à utilização de tutelas possessórias para reivindicação do bem, uma vez que de propriedade não se trata⁸⁰.

A Constituição Federal de 1988, neste sentido, rompe com o discurso proprietário reproduzido nos últimos séculos. Eroulths CORTIANO JUNIOR cuida das formas de manutenção e expansão deste discurso, a legitimar e afirmar a propriedade moderna. Para ele:

Pode-se, lançando um olhar sobre a modernidade ocidental, enxergar a construção do *discurso proprietário*: um determinado *modelo* de propriedade torna-se em *princípio* do direito moderno, por conta do centralismo ocupado pelo direito privado herdado do oitocentos. A entrada em cena de uma organização social e política racional-individualista, baseada economicamente na circulação de riquezas, carente de segurança

⁷⁷ Artigo 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

⁷⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier, *Op. Cit.*, p. 279.

⁷⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 144.

⁸⁰ Neste sentido a avaliação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “A constatação acima apresentada opõe-se àquelas teorias que vêem na função social um princípio a ser balanceado com o princípio da propriedade privada, como dois vetores em direções opostas. A função social compõe a propriedade. A propriedade é, ao menos neste sentido, função social, como todo instituto é o complexo que resulta de sua estrutura e de sua função. Não há, assim, que se falar em um espaço mínimo, ao qual a propriedade de cada indivíduo se retiraria, para manter-se imune ao avanço do interesse social. A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular. A propriedade que não se conforma, portanto, aos interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal(...). (SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no ordenamento brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, nº 6, jun. 2005, p. 106)

e certeza, fez com que uma determinada concepção de propriedade ocupasse o *centro do universo jurídico*⁸¹.

A Constituição promoveu dois fortes golpes no que tange ao discurso proprietário. Um deles é, justamente, a concepção funcionalizada da propriedade. O tratamento constitucional destinado à propriedade traz ainda outra importante ruptura à concepção moderna do instituto e do discurso proprietário: a repersonalização do direito privado.

O direito privado sofreu uma mudança fundamental. Antes fundado numa concepção abstrata de sujeito, é agora informado por um antropocentrismo que coloca como centro do ordenamento o ser humano tomado em concreto. Gustavo TEPEDINO afirma:

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio – qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado. Sendo verdadeiras, como parecem, tais considerações, não se pode sobrepor à ordem constitucional a lógica de mercado⁸².

Esta mudança de prisma atua também sobre o direito à propriedade privada, de forma a relativizá-la frente à pessoa humana e de colocá-la a serviço desta. O Direito, portanto, deve servir à vida, e não o contrário. Ademais, surge a tendência, como decorrência desta nova orientação, à despatrimonialização do Direito Privado. Vale dizer, as relações patrimoniais não são mais vistas como um fim em si mesmas. Elas existem e devem ser protegidas pelo Direito na medida em que sirvam à realização da dignidade humana⁸³, implicando a preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais⁸⁴.

⁸¹ *Ibden*, p. 4-5.

⁸² TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.2., Editorial, p.v, abr./jun. 2000, p. v-vi.

⁸³ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes: “O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação, iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 211.

Destarte, o direito à propriedade deve ser entendido não como uma abstração, prolongamento da personalidade humana, e sim como um meio de concretização de direitos básicos do homem. Não é, tampouco, a única forma pela qual estes direitos podem realizar-se, mas apenas uma delas. A concessão especial para fins de moradia, por exemplo, pode igualmente garantir ao cidadão uma série de direitos fundamentais, tais quais os direitos à moradia, saúde e intimidade, sem, no entanto, conceder-lhe título de propriedade. Para além disso, a posse, mesmo nas ocupações irregulares, está também a garantir a possibilidade de moradia para aqueles que não podem ser proprietários. Temos, ainda, como relação de pertencimento que não se configura como relação proprietária no sentido moderno do termo, a fruição coletiva da terra pelos indígenas, assegurada pela Constituição Federal, a qual será abordada no próximo capítulo.

Estas experiências estão a indicar que uma teoria proprietária coerente com as necessidades brasileiras deve extravasar os limites rígidos da concepção oitocentista de propriedade, para abarcar, em consonância com o texto constitucional, a multiplicidade de relações de pertencimento desenvolvidas na realidade. Na medida em que estas relações sejam instrumento para a concretização de direitos fundamentais e estejam de acordo com o norte constitucional, devem ser reconhecidas legítimas e tuteladas pelo Direito.

Isto não importa dizer que deve ser refutado o carácter taxativo, “*numerus clausus*”, dos direitos reais, mas apenas que o próprio ordenamento jurídico já impõe a aceitação de outras formas de exercício destes direitos, que não se exaurem no modelo moderno, e que são tão legítimos quanto este.

Neste sentido, também a codificação civil foi alterada, de maneira a se adequar, em alguns aspectos, aos ditames constitucionais. Em contraposição ao Código Civil de 1916, de carácter marcadamente individualista, que seguia a tendência da codificação oitocentista, a edição do Código Civil de 2002 foi inovadora em algumas questões. A inclusão dos princípios gerais de eticidade, operabilidade e socialidade conferiram ao Código um novo carácter, afastando-o, em certa medida, do espírito individualista e liberal da codificação anterior.

O princípio da eticidade consiste na preocupação do legislador com o ser humano em concreto, mitigando a concepção abstrata de pessoa consolidada pelo Código anterior. O princípio da socialidade, por sua vez, determina a prevalência dos

valores coletivos sobre os individuais, preservando, entretanto, o valor fundamental da pessoa humana. A operabilidade, finalmente, reconhece ao intérprete a capacidade de operar o Código de modo a melhor adequá-lo ao caso concreto. Tal princípio caminha alinhadamente ao princípio da eticidade. O artigo 5º da LICC revela este espírito ao afirmar: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁸⁵.

Em relação à propriedade, apesar de manter a concepção estruturalista, abstrata e simples fundada na codificação oitocentista, definindo-a a partir dos poderes conferidos ao proprietário, alterou significativamente o tratamento da matéria ao dispor, no artigo 1.228, § 1º:

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

Reproduz-se no Código Civil, portanto, a função social da propriedade já estatuída pela Constituição Federal de 1988, que privilegia a concretude do ser humano e a prevalência do *ser* sobre o *ter*⁸⁶.

⁸⁵ AMARAL, Francisco, *Op. Cit.*, p. 58-60.

⁸⁶ Sobre o Código Civil de 2002, Luiz Edson Fachin faz a seguinte advertência: “O grande desafio é superar um velho problema: a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência. Esse dilema, simploriamente reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica. Compreendê-lo corresponde a fazer uma lei instrumental de cidadania na formação para o Direito, nas salas de aula e de audiências, no acesso democrático ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade. Naquilo que apresenta de positivo, ainda que não seja tudo o que se almejava para a nova lei, queira a hermenêutica construtiva do novo Código Civil contribuir para que o Brasil não chegue ao final do século XXI com os pés atolados na baixa Idade Média.” (FACHIN, Luiz Edson, *Op.Cit.*, p. 332-333).

CAPÍTULO II- TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

1. DEFINIÇÃO DE “NAÇÃO INDÍGENA” E SEU ALCANCE NA REALIDADE BRASILEIRA

A partir da nova orientação consagrada pela Constituição Federal de 1988, como já se disse, rompe-se com o modelo unívoco da propriedade. Neste processo, foi garantido aos indígenas, bem como a outras comunidades tradicionais, o direito à terra que ocupam, nos termos do artigo 231, que dispõe: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Cumprе ressaltar, inicialmente, que, segundo definição técnica das Nações Unidas:

As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos⁸⁷.

Não existe necessidade da descendência genética ou qualquer elemento racial para a configuração da identidade indígena, como demonstra Darcy RIBEIRO, tratando, particularmente, do índio brasileiro:

Índigena é, no Brasil de hoje, essencialmente, aquela parcela da população que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, em suas diversas variantes, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo indivíduo reconhecido como membro de uma comunidade pré-colombiana que identifica como etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com que está em contato (...). Entre os índios assim definidos está incluída, por exemplo, a pequena Dária, menina quase loura de olhos claros, que encontramos numa aldeia Urubu-Kaapor, filha de uma índia e de um branco que por lá andou, Dária não fala senão o dialeto Tupi daqueles índios, vê o mundo como qualquer outra criança da sua aldeia e é por

⁸⁷ LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 27.

todos considerada como membro da tribo, não obstante a extravagância de sua côr⁸⁸.

A população atual de índios no Brasil é de, aproximadamente, setecentas mil pessoas, segundo dados do IBGE de 2001. Destes, apenas cerca de trezentos mil moram em aldeias localizadas em terras reconhecidas oficialmente e são contabilizados pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio) e pela FUNASA (Fundação Nacional de Saúde). A título de comparação, note-se que, por volta do ano de 1500, estima-se que a comunidade indígena contava com pelo menos cinco milhões de integrantes⁸⁹.

Segundo dados da FUNAI de 2006, são, hoje, 612 terras indígenas com algum grau de reconhecimento, ocupando uma área equivalente a 12,49% do território nacional. As aldeias cadastradas pela FUNASA são em número de 3.225, compreendendo 291 etnias e 180 línguas divididas em 35 grupos lingüísticos. A região Norte abriga 49% deste contingente; a região Sudeste, apenas 2%⁹⁰. Estes números indicam, portanto, que existe um enorme pluralismo cultural dentro de um grupo que se costuma tomar por uniforme, o que aumenta a complexidade da questão.

2. TRATAMENTO DA QUESTÃO DA POSSE INDÍGENA DESDE A COLONIZAÇÃO DO BRASIL

As terras habitadas pelos índios sofreram diversas formas de tratamento jurídico desde a época da colonização. No princípio, eram consideradas terras livres para ocupação portuguesa. Somente em 1680 houve a primeira regulamentação, o Alvará Régio, que dispunha que deveria ser respeitada a posse dos índios sobre suas terras. Pouca efetividade, no entanto, teve o documento, além de ter sido significativamente mitigado em 1808, pela edição da Carta Régia, que determinava que seriam consideradas como devolutas as terras conquistadas dos índios nas “Guerras Justas”. Além disso, as políticas governamentais, por décadas, buscavam

⁸⁸ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970, p. 254-255.

⁸⁹ LUCIANO, Gersem dos Santos, *Op. Cit.*, p. 27.

⁹⁰ *Ibden*, p. 28 e 105.

a reclusão de índios em pequenas porções de terra, geralmente sobre o domínio de ordens religiosas⁹¹.

Com a edição da Lei de Terras, em 1850, foi assegurado o direito territorial dos índios⁹², mas também este diploma foi alvo de manobras político-jurídicas que impediram sua efetivação: editaram-se instruções que consideravam como devolutas as terras abandonadas pelos índios. Este instrumento foi utilizado sem que necessariamente correspondesse com a realidade, ou seja, terras foram consideradas devolutas apenas com fundamento nas informações prestadas pelos presidentes das províncias e que muitas vezes não tinham sido realmente abandonadas⁹³.

A primeira Constituição da República em nada alterou o tratamento destinado aos índios. A Constituição de 1934, por sua vez, dispôs pela primeira vez sobre a posse dos índios, o que foi mantido nas Constituições seguintes, de 1937 e 1946. A situação concreta, no entanto, pouco foi alterada. As demarcações feitas nesta época foram precárias, pois confinavam índios de diferentes origens em uma mesma reserva, ignorando diferenças culturais. Exceção a esta política foi a criação do Parque Nacional do Xingu, em 1961, pelo Governo de Jânio Quadros. Ali, iniciou-se um novo modelo de tratamento da questão indígena, que inspirou o paradigma dos anos 80⁹⁴.

É a partir de 1969 que as terras ocupadas pelos índios passaram ao domínio da União. Reconheceu-se aos índios, então, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais de suas terras. Ato que incidissem sobre a posse de terras indígenas seriam nulos e não dariam direito à indenização. Esta disposição foi atacada ferozmente pelos defensores da propriedade privada. Embora se tenha tratado, indubitavelmente, de um significativo avanço, a normatização da posse

⁹¹ ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*. *Povos Indígenas e a Lei dos "Branco"*: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 24-25.

⁹² Lei nº 601 de 1850: Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.

⁹³ ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*, *Op. Cit*, p. 26.

⁹⁴ *Ibden*, p. 28.

indígena na Constituição de 1969 não teve o condão, por si só, de alterar a realidade destes povos⁹⁵.

Em 1973 foi criado o Estatuto do Índio, que tinha como escopo a “civilização” dos índios. Quanto às suas terras, o Estatuto as dividia em três categorias. Primeiro, as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios, das quais já davam conta as Constituições de 1967 e 1969; depois, a categoria das terras reservadas, que poderiam ser destinadas pela União para comunidades indígenas; por último, as terras de domínio dos índios, que seriam adquiridas pelos meios tradicionais, tais como compra e venda e usucapião⁹⁶.

Não obstante o aparato jurídico tenha sido incrementado durante o Regime Militar, isto não se refletiu em um resultado prático. Ana Valéria ARAÚJO ressalta:

Em que pesem os dispositivos legais que o próprio governo criou, na prática o que ocorreu foi um processo sistemático de negação dos direitos territoriais dos índios, demarcando-se terras diminutas e permitindo-se a exploração das áreas remanescentes por empresas (...)⁹⁷.

O ponto culminante no tratamento da questão indígena só se deu em 1988. Os grupos indígenas, que eram praticamente ignorados pelo Direito, renasceram⁹⁸ com o advento da Constituição Federal. Insta salientar, no entanto, que esta transição não se deu pela mera inclusão do rol de direitos indígenas pelo constituinte. Muito antes, movimentos se organizaram e reclamaram seus direitos. Não foi o constituinte, portanto, que os tirou da invisibilidade, mas, ao contrário, a sua atuação é que determinou a inclusão destes direitos no documento político mais importante do país.

Tem-se ainda, como fonte legal pertinente à questão indígena, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, realizada em 27 de junho de 1989, em Genebra, ratificada pelo Congresso Nacional em junho de 2002. Trata-se de importante disciplina internacional sobre o tema, determinando que os direitos de propriedade e posse dos povos indígenas devem ser reconhecidos.

⁹⁵ *Ibden*, p. 30.

⁹⁶ *Ibden*, p. 32.

⁹⁷ *Ibden*, p. 35.

⁹⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1999.

3. BREVE RETROSPECTIVA DOS MOVIMENTOS INDIGENISTAS NO BRASIL

Para fins didáticos, entende-se que a história dos movimentos indígenas pode ser dividida em três fases, de acordo com o tratamento oficial dado aos movimentos. A primeira delas, denominada indigenismo governamental tutelar, teve duração aproximada de um século, com a atuação do Serviço de Proteção ao Índio, transformado em FUNAI em 1967, e é marcada pela valorização do homem e da natureza. Foi orientada pela ideia de “relativa incapacidade dos índios” e da necessidade de tutela do Estado, tentando-se promover a sua “integração e assimilação cultural”. Percebe-se que, nesta fase, buscava-se a “salvação” dos índios através da sua inclusão na cultura branca⁹⁹.

A segunda fase, chamada de Indigenismo não-governamental, inicia-se em 1970, com a introdução da Igreja Católica e de organizações sociais progressistas no contexto indigenista. Através da CNBB, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, e do CIMI, Conselho Indigenista Missionário, a Igreja Católica prestou assistência às necessidades básicas indígenas, bem como promoveu a articulação política do segmento¹⁰⁰.

As organizações sociais, tais como a OPAN (Operação Amazônia Nativa), o CTI (Centro de Trabalho Indigenista) e o ISA (Instituto Socioambiental), foram importantes problematizadoras das doutrinas civilizatórias. Além disso, patrocinaram diversos encontros e assembléias entre os índios, o que culminou no fortalecimento do movimento na década de 80.

É nesta fase, a partir de 1970, que se pode falar em um movimento indigenista estruturado e fortalecido, com a formação de uma frente indígena em defesa dos direitos coletivos. A causa, que até então não contava com nenhuma organização indígena reconhecida, se institucionalizou a partir deste momento histórico. Nos 30 anos que se seguiram, surgiram 347 destas organizações somente na Amazônia Legal¹⁰¹.

Na década de 80, a União das Nações Indígenas, UNI, iniciou a campanha “Povos Indígenas na Constituinte”, que foi responsável em grande medida pela

⁹⁹ LUCIANO, Gersem dos Santos, *Op. Cit*, p. 70-76.

¹⁰⁰ *Ibden*, p. 72.

¹⁰¹ *Ibden*, p. 76.

mobilização que levou à consagração do direito à terra indígena na Constituição Federal de 1988.

A terceira fase, conhecida como Indigenismo Governamental Contemporâneo – pós 1988, caracteriza-se pela ampliação da relação entre Estado e povos indígenas, com a criação de órgãos ligados a esta temática em diversos Ministérios, rompendo com a hegemonia da FUNAI. Além disso, superou-se o princípio da tutela dos povos indígenas (derivada de sua dita incapacidade) para reconhecer-se o princípio da diversidade cultural e o multiculturalismo. Criaram-se, também, vários Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais nos quais os índios têm representação¹⁰².

4. REGULAMENTAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira promulgada em 1988 é um marco paradigmático no que concerne ao tratamento destinado aos povos indígenas no Brasil. A visão “civilizatória” e “assimilatória” foi substituída pelo multiculturalismo, a partir da perspectiva do direito à diferença¹⁰³. Juliana Santilli afirma:

O multiculturalismo procura descrever a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo, que coexistem e se interfluenciam tanto dentro como fora de um mesmo Estado-nação, e, como projeto político, aponta para a celebração ou reconhecimento destas diferenças culturais. As versões emancipatórias do multiculturalismo se baseariam no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da construção de uma vida em comum além das diferenças¹⁰⁴.

Assim, a condição de índio não é mais vista como transitória, tendente a modificar-se, mas sim permanente. Os povos indígenas tem o direito de continuar sendo e vivendo como índios, sem que isto signifique sua incapacidade, como poderia se pensar a partir de uma visão tutelar, como aquela vigente até a década de 70.

Ademais, coloca-se o Estado como garantidor deste direito. Não basta, portanto, que ele assuma apenas uma posição negativa, exige-se também uma

¹⁰² *Ibden*, p. 75.

¹⁰³ ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*, *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁰⁴ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

atuação prestacional no sentido de garantir a efetividade do direito. Instituem-se, inclusive, diretrizes para sua realização.

Dentre os direitos reconhecidos aos índios pela Constituição, temos: direito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, que são inalienáveis e indisponíveis, bem como à posse e usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes; direito à demarcação de terras pela União, bem como sua proteção; proibição de remoção de suas terras, exceto em caso de catástrofe, epidemia que coloque em risco a comunidade ou quando for relevante para a soberania nacional, circunstâncias estas que devem ser submetidas à apreciação do Congresso Nacional, reservada a garantia de retorno a elas assim que possível¹⁰⁵.

Estabelece também a Carta Magna que o aproveitamento de recursos hídricos nestas terras, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e lavra das riquezas minerais, só será permitida com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas e garantindo-lhes participação nos resultados da lavra.

Ademais, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse destas terras são considerados nulos e extintos. Tampouco se favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas nestes espaços, não se aplicando, portanto, os parágrafos 3º e 4º do artigo 174 do mesmo diploma legal¹⁰⁶.

A demarcação das terras indígenas é dever da União, mediante procedimento administrativo, conforme determina o Decreto 1775/96. São seis etapas a serem cumpridas, a saber: identificação, realizada por um antropólogo nomeado pela FUNAI, contendo dados de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, e ambiental, além do levantamento fundiário para a delimitação,

¹⁰⁵ *Ibden*, p. 45-46.

¹⁰⁶ Art. 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o Art. 21, XXV, na forma da lei.

seguida de sua respectiva publicização; contraditório, na qual qualquer interessado pode impugnar a demarcação pela via administrativa; declaração dos limites, consistente na expedição de portaria, pelo Ministério da Justiça, que declara os limites da área e determina sua demarcação física; demarcação física, realizada através da sinalização e marcação da área e fase na qual o INCRA (Instituto de Colonização e Reforma Agrária) fará o reassentamento dos ocupantes não-índios; homologação, realizada pelo Presidente da República mediante Decreto; registro da terra, que se dará no prazo de 30 dias, junto ao cartório de registro de imóveis da comarca correspondente e à Secretaria de Patrimônio da União.

Este procedimento tem natureza declaratória, tendo como função apenas formalizar os limites territoriais adotados pelas comunidades indígenas, eis que a existência do direito pré-existe à demarcação.

Durante todo este procedimento, é desejável que a participação dos índios ocorra de forma intensa, não só para o fim de legitimação da demarcação realizada, mas também para que esta seja realizada de acordo com sua cultura e suas necessidades.

Cumprе salientar que, embora a Constituição tenha determinado o prazo de cinco anos para a demarcação de todas as terras indígenas do país, este objetivo ainda não foi alcançado. Além do fato dos processos demarcatórios exigirem uma série de procedimentos para sua consecução, são inúmeros os obstáculos advindos da complexidade da realidade social a retardá-los, como a oposição feroz dos latifundiários e a questão dos não-índios situados nas áreas em demarcação¹⁰⁷. Isto demonstra as limitações do direito positivo, mormente quando contra ele se opõem interesses de grupos com grande potencial econômico. É o que ocorreu no caso Raposa Serra do Sol, que sofreu a oposição de grandes produtores de arroz e até mesmo do governo de Roraima na sua demarcação¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre o tema, veja-se a obra: ALMEIDA, Tânia Mara Campos; FACHIN, Luiz Edson. O índio e o outro: comentários sobre a ocupação de não-índios em terras indígenas. *In: Demarcando terras indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria*. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999, p. 125-138.

¹⁰⁸ STF, Petição 3388, julgada em 19 de março de 2009. Relator Ministro Carlos Britto.

5. NATUREZA JURÍDICA DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS

O conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios está contido no parágrafo 1º do artigo 231:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por ele habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

José Afonso da SILVA ensina que o termo “tradicionalmente” não se refere a uma “circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e o seu modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra (...)”¹⁰⁹. Vale dizer, para serem reconhecidas, não é necessário que as ocupações se submetam a algum critério temporal, mas apenas que elas devem ter como característica o modo tradicional da ocupação indígena.

O parágrafo 2º do mesmo artigo, por sua vez, dispõe:

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nela existentes.

Ressalte-se que, neste contexto, também a posse de que trata o texto constitucional, tem um sentido *sui generis*. Isto porque o direito territorial dos índios tem caráter originário, ou seja, é pré-existente ao Direito e à formação do Estado brasileiro. Esta ideia remonta ao indigenato, instituição luso-brasileira inserida no ordenamento pelo Alvará de 1º de abril de 1680 que estabeleceu o princípio de que o direito dos índios à terra seria preservado, uma vez que são eles os primários e naturais senhores delas¹¹⁰. Neste sentido Juliana SANTILLI afirma:

a Constituição admitiu que esses direitos são anteriores à própria criação do Estado brasileiro e que, portanto, independem de legitimação ou qualquer reconhecimento formal por parte do próprio Estado. São direitos

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: NDI e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 47-48.

¹¹⁰ *Ibden*, p. 48.

congênitos, legítimos por si, que não se confundem com direitos adquiridos¹¹¹.

Sobre a posse indígena, veja-se também a contribuição de José Afonso da SILVA:

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado para uma ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre*, ao seu *habitat*. Se se *destinam* (*destinar* significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado¹¹².

Assim, a posse indígena não se confunde com sua concepção civilística, e prescinde do elemento *corpus*, ou efetiva detenção, para sua configuração. Neste sentido, é possível entender que o direito às terras tradicionais remanesce mesmo quando a comunidade indígena foi expulsa do local que costumava habitar. Da mesma forma, os povos indígenas tem direito à posse não só às áreas que utilizam para habitação, mas também àquelas destinadas para realização de atividades produtivas, para preservação de recursos naturais, bem como para sua reprodução física e cultural.

A posse de que trata o aludido dispositivo tem também outra peculiaridade: é coletiva, o que é o fator determinante desta propriedade¹¹³. Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO observa:

Pode haver o entendimento de que está tratando de direitos individuais dos índios como pessoas, titulares de direitos. Porém não é bem assim, estar no plural o vocábulo deve ser interpretado como verdadeiro direito coletivo das comunidades, povos, populações ou ainda grupo ou tribo, não importa muito o nome que se dê. Está afastada a possibilidade de apropriação individual das terras indígenas, seja por um índio ou não¹¹⁴.

¹¹¹ SANTILLI, Juliana. A proteção jurídica às terras indígenas e a seus recursos naturais. *In: Demarcando terras indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria*. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999.

¹¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª Ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.832.

¹¹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos povos indígenas para o Direito, Op. Cit.*, p. 121-122.

¹¹⁴ *Ibden*, p. 123.

Quanto ao usufruto, cumpre destacar que este não poderá ser alienado. Entretanto, é possível a alienação dos produtos que dele resultem. Juliana SANTILLI afirma:

Vê-se que o direito de usufruto assegura aos índios a utilização de todos os bens e recursos naturais existentes em suas terras, bem como a possibilidade de explorarem comercialmente tais recursos. Assim, os índios podem usar e fruir de suas riquezas naturais, tanto para seu próprio consumo quanto para suprir as necessidades de consumo de bens de que não dispõem (...). Quando tais atividades se destinarem a fins comerciais, entretanto, estarão sujeitos às normas legais específicas, inclusive de natureza ambiental¹¹⁵.

Por força de previsão constitucional, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são hoje consideradas bens da União¹¹⁶. Não é pacífica, no entanto, sua classificação de acordo com as modalidades de bens públicos contemplada no artigo 99 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Segundo Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO, embora sejam públicas, elas não se enquadram em nenhuma destas categorias tradicionais de bens públicos, uma vez que não é possível sua disponibilidade pelo Poder Público¹¹⁷. Esse posicionamento, entretanto, é contrariado por aqueles que as consideram como bens dominicais¹¹⁸ ou como bens de uso especial¹¹⁹.

¹¹⁵ SANTILLI, Juliana. A proteção jurídica às terras indígenas e a seus recursos naturais, *Op. Cit.*, p. 49.

¹¹⁶ Artigo 24: São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

¹¹⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos povos indígenas para o Direito*, *Op. Cit.*, p. 123.

¹¹⁸ Neste sentido o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Neto: “Sim, as terras indígenas são do domínio público e não do privado, mas não de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, inciso I) e sim dominicais (Código Civil, art. 66, inciso III), constituindo patrimônio da União (...) (TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. *In*: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 36).

¹¹⁹ Neste sentido o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “As terras indígenas são bens públicos de uso especial; embora não se enquadrem no conceito do artigo 99, II, do Código Civil, a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos

Em outros países do continente americano, os índios detêm não só a posse da terra, mas, inclusive, seu domínio. Assim também os quilombolas, por exemplo, que são titulares da propriedade mediante a representação por associações legalmente constituídas¹²⁰. No entanto, incide sobre suas terras a inalienabilidade, o que o aproxima da posse descrita no artigo 231 da Constituição Federal brasileira. A propriedade indígena, portanto, mesmo quando titularizada pela própria comunidade, não se confunde com o modelo privatístico moderno da propriedade anteriormente analisado. Neste contexto, é de menor importância a titularidade da União sobre as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas¹²¹.

A par da opção feita pelo constituinte neste particular, a relação entre sujeito e coisa nas comunidades indígenas destaca-se mais pela sua conformação material do que formal. É que a relação entre índios e a terra se dá de maneira substancialmente diversa das relações de pertencimento modernas, assim como ocorre em outras formas de propriedade coletiva. Sobre elas GROSSI ensina:

Pois bem, essa assim chamada propriedade coletiva, em toda sua forma, tem – em meio a mil variações, segundo os lugares, os tempos e as causas mais diferentes – uma plataforma comum; e é a de ser garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, de ter um valor e uma função essencialmente alimentares, em que o conteúdo fundamental é um gozo condicionado do bem, com um indiscutível primado do objetivo sobre o subjetivo: primado da ordem fenomênica, que deve ser respeitada a todo custo, sobre o indivíduo; da ordem comunitária – cristalização da objetividade histórica – em relação ao indivíduo¹²².

Com alguma semelhança ao que ocorria no medievo, a propriedade indígena baseia-se na efetividade. Ressalte-se, entretanto, que estas propriedades são essencialmente distintas, embora para os fins deste trabalho possam ser analisadas paralelamente, uma vez que ambas opõem-se ao modelo moderno de propriedade por fundarem-se na concretude das relações entre sujeito e coisa.

a ela relativos, conforme previsto no § 4º do artigo 231 da Constituição, permite incluí-las nessa categoria de bens” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16ªed.. São Paulo: Atlas, 2003, p. 585).

¹²⁰ É o que dispõe o Decreto 4887, de 2003, no artigo 17: “A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, *caput*, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Parágrafo único: As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas”.

¹²¹ SANTILLI, Márcio. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil. *In: Demarcando terras indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria*. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999, p. 24.

¹²² GROSSI, *Op. Cit.*, p. 8.

6. RELAÇÃO ENTRE OS POVOS INDÍGENAS E A TERRA

A cultura indígena é bastante plural, como já se disse, e por isso torna-se difícil delimitar, com precisão, a importância e o significado da territorialidade para diferentes comunidades indígenas. Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO afirma:

Isto significa que cada povo fazia, e faz, seu próprio conceito de território. A idéia de território, ou espaço geográfico onde cada povo exerce seu poder, é fundada nos mitos, crenças e cultura, fazendo com que os critérios da própria ocupação e da defesa contra a ocupação por terceiros sejam diferentes¹²³.

Não obstante esta constatação, é possível delinear alguns traços comuns que permitem a diferenciação entre a propriedade moderna e a comunal indígena. Primeiramente, cumpre destacar que a terra é essencial para a sobrevivência física dos povos indígenas. É dela que provém a comida de que se alimentam, é nela que constroem sua moradia. A forma de fruição da terra é substancialmente distinta daquela operada na civilização moderna. Os índios aproveitam a terra coletivamente e desconhecem as fronteiras do privado. É certo que há bens destinados à utilização de algum ou alguns de seus membros, mas não da forma exclusiva e excludente da propriedade moderna. Não existem fronteiras entre o “meu” e o “do outro”. Alcida RAMOS ensina que, para eles:

a terra não é e não pode ser objeto de propriedade individual. De fato, a noção de propriedade privada da terra não existe nas sociedades indígenas. (...) Embora o produto do trabalho pudesse ser individual, ou, melhor dizendo, familiar, o acesso aos recursos era coletivo. (...) A terra e seus recursos naturais sempre pertenceram às comunidades que os utilizam, de modo que praticamente não existe escassez, socialmente provocada, desses recursos. Se há escassez natural (por exemplo, falta de terreno apropriado para o plantio em dado local), ela é partilhada por todos¹²⁴.

A divisão de funções no seio da sociedade tem como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. O resultado do desempenho dos trabalhos não é fruído individualmente, mas repartido entre o grupo. Florestan FERNANDES explica que “êsses padrões de cooperação e entreaajuda econômica davam origem a um sistema

¹²³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos povos indígenas para o Direito*, Op. Cit., p. 43.

¹²⁴ RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades indígenas*. São Paulo: Editora Ática, 1986, p. 13-16.

intragrupal de equilíbrio econômico, através do qual se processava uma redistribuição das utilidades econômicas. Assim, aquele que apanha muito peixe reparte com os outros que pescam pouco¹²⁵.

A terra é também forma de sobrevivência cultural dos povos. No espaço territorial que ocupam ocorrem as mais diversas manifestações culturais, sociais, familiares, religiosas, etc.

Vislumbra-se ainda uma diferente dimensão da relação entre índios e a terra: a sua sacralidade, tomada aqui não no sentido moderno, que considera a terra como direito absoluto individual e exclusivo, mas no seu caráter mítico capaz de, em algumas situações, constituir a própria identidade da coletividade indígena. Alcida Rita RAMOS destaca ainda:

Para as sociedades indígenas a terra é muito mais do que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural mas – e tão importante quanto este – um recurso sociocultural¹²⁶.

Neste sentido o voto proferido pelo Ministro Carlos Britto no julgamento da Petição 3388, relativa à demarcação da área conhecida como Raposa Serra do Sol:

(...) viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata”, “Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por eles ocupadas. As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases de sua comunicação lingüística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação domínial ou formação de uma cadeia sucessória¹²⁷.

Importante, também, a referência à nota técnica realizada em processo decorrente de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que, na defesa da comunidade indígena Guarani Kaiowá, pretendeu o enterro da índia Schurite Lopes, de 69 anos, no território ao qual a comunidade afirma pertencer, denominado por eles de Kurusu Amba. Schurite foi assassinada em um confronto

¹²⁵ FERNANDES, Florestan. *A organização social dos Tupinambá*. São Paulo: Editora Hucitec, 1989, p. 124.

¹²⁶ RAMOS, Alcida Rita, *Op. Cit.*, p. 13.

¹²⁷ STF, Petição 3388, julgada em 19 de março de 2009. Relator Ministro Carlos Britto.

que envolvia justamente a posse destas terras, da qual a comunidade alega ter sido retirada forçadamente. A nota técnica, elaborada pelo Analista Pericial em Antropologia do Ministério Público Federal, explana que:

A relação que os índios mantêm com a terra é diferente daquela que os “brancos” estabelecem. Os últimos vêm na terra um meio para um fim, o da produção agrícola e pecuária (...). Os Guarani Kaiowa, por seu turno, mantêm uma relação cosmogônica com a terra que remete aos mitos da criação do mundo. Na comogomia Kaiowa, Nane Namõi, o criador do universo, mandou seus filhos Jasy e Kuarahy, os heróis fundadores, a fim de povoar o planeta com as espécies animais e vegetais, bem como os Avá (os homens) (...). A terra Indígena ou *Tekoha*, criada pelos civilizadores míticos, é para os Kaiowa a combinação dos suportes materiais e espirituais. Literalmente, *Tekoha* significa a terra onde se produz a vida, se produz a cultura. É onde jazem os elementos essenciais para a auto-sustentabilidade (rios, pesca, matos, remédios, caça, materiais de construção). É o locus onde se operam as práticas rituais de manutenção do mundo (...). É na terra sagrada que os Kaiowa desejam enterrar Schurite Lopes. É nesta terra onde desejam realizar rituais mortuários. É lá onde se pode esperar restaurar a ordem das coisas. É lá onde foram sepultados outros parentes e ancestrais. Ainda, cabe ressaltar que, diferente dos brancos, não é a terra que pertence aos índios, mas, ao contrário, são os índios de Kurusu Amba que pertencem àquele *Tehoka*¹²⁸.

Mais do que qualquer demanda pertinente ao reconhecimento de terras indígenas, esta ação de obrigação de não fazer, que visa impedir que os pecuaristas que ocupam as terras obstem o enterro da índia, demonstra a íntima relação entre índios e a terra. Este vínculo transcende à própria vida. Da análise da nota pericial afere-se que a luta indígena pelo seu território não se circunscreve à questão de sua titularização, ou mesmo da posse. Não são só aspectos materiais que devem ser considerados, mas também os metafísicos, espirituais.

A privação de um povo da sua terra pode causar até mesmo sua extinção. Segundo Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO:

É evidente que a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos. Um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo.(...) Na década de 70 o regime autoritário promoveu várias transferências de povos para territórios diferentes. A história dos nambiquaras e dos Panará são eloqüentes que dispensam teorizações. Os Panará foram transferidos para o Parque Indígena do Xingu e passaram vinte anos em verdadeiro exílio, sempre pensando no retorno, até que conseguiram encontrar uma parte de seu território ainda desocupada e, por meio de ações judiciais e pressão política, retornaram recuperando a sua identidade quase perdida¹²⁹.

¹²⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL, *Ação Civil Pública de obrigação de não fazer*. Disponível em: <http://www.prms.mpf.gov.br/info/not/acp_sepultamento.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2009.

¹²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos povos indígenas para o Direito, Op. Cit.*, p. 120.

A desestruturação da comunidade, a partir da perda de sua referência territorial pode levar a situações dramáticas. Em alguns casos tem-se como resultado a ocorrência de suicídios por parte dos integrantes do grupo. Sobre este fenômeno, particularmente em relação às demarcações que implicam redução do efetivo território, sem observância do direito originário dos índios, Tatiana Azambuja Ujacow MARTINS afirma:

Com a demarcação das aldeias, o índio foi conduzido a um processo de confinamento que implicou a perda e destruição de parte significativa das aldeias tradicionais, sendo sua população transferida para dentro das reservas. Porém, esse confinamento do índio não é apenas geográfico, mas cultural, pois presenciamos a ampla presença do homem branco dentro das aldeias. Ocorre então o abandono de seus rituais, de sua cultura. E, finalmente, a questão do suicídio que poderia ser consequência da desarticulação e perda de referências, provocada pelo contato com o homem branco ou pela desorganização e processos aculturativos que agridem seu modo de viver. Seria o suicídio anômico, que DURKHEIM aponta como uma das três formas fundamentais de suicídio, que seria fruto de mudanças rápidas e profundas na vida social do respectivo grupo, ou seja, a desregulamentação da vida social, impondo novas circunstâncias¹³⁰.

Este exemplo demonstra a relevância e significado da terra para os povos indígenas, bastante diferente do sentido dado a ela pela “cultura branca civilizada”. A terra não tem valor de troca e não permite o uso individual excludente, embora garanta espaços de privacidade para os integrantes da comunidade. Isso repercute em uma sociedade na qual não existe desigualdade social nos termos encontrados na sociedade brasileira hoje, resultante do “ser ou não ser” proprietário.

Neste sentido, a propriedade coletiva indígena se aproxima dos demais tipos de propriedade comunal na medida em que ambas tem como conteúdo a posse, e não a titularidade do bem, conceito este desconhecido pelos povos tradicionais.

¹³⁰ MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Questão indígena: o direito ao pão novo. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 455.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do direito à terra indígena é bastante complexo e certamente não se encerra nas questões abordadas neste trabalho. A pesquisa realizada pretendeu, mais do que estabelecer rigorosamente os contornos da propriedade indígena no Brasil, contrapô-la ao modelo moderno de propriedade. Através do estudo desta diferente relação de pertencimento, torna-se possível compreender melhor o significado e a relevância dos escritos de Paolo Grossi.

Como ensina o referido autor, o historiador do Direito tem uma importante função no que tange ao direito à propriedade. Cabe a ele, transcendendo a dimensão do imediato, relativizá-lo a partir da análise de sua manifestação ao longo da história. Para tanto, deve, primeiramente, alertar-se para os riscos do pesado condicionamento monocultural a que estão sujeitos; do caráter absoluto da ideologia proprietária; da abordagem formalista do instituto; bem como da tentativa de reduzi-lo às especificidades da história agrária. Estes cuidados evitam que o historiador do Direito seja seduzido pelo paradigma oitocentista de propriedade, de forma a compreendê-la como direito absoluto e simples.

A conscientização da existência de outras realidades e de outras formas de exercício de poder sobre as coisas demonstra claramente que a propriedade moderna não é o único modelo possível, tampouco que seja eterno, imutável ou sequer desejado.

Esta reflexão se faz imprescindível quando observa-se a realidade fundiária do Brasil e também da América Latina. O latifúndio é um dos pilares da sociedade brasileira e sua vigência durante séculos gerou uma série de efeitos nefastos, tais como o êxodo rural e uma enorme desigualdade social. Mais do que isso, o que se observou foi um verdadeiro desterro de comunidades inteiras. Neste processo, os índios foram especialmente perseguidos, tendo sido sacrificada sua própria identidade.

O discurso jurídico e os mitos da modernidade, tais como a ideia de sujeito de direito, da propriedade simples e abstrata e do formalismo, serviram como legitimadores destas injustiças. Com a promulgação da Constituição Federal de

1988, no entanto, ocorreram duas significativas modificações no modelo de propriedade moderno: sua funcionalização e a repersonalização do Direito Privado. A partir disto, e das alterações promovidas pelo Código Civil de 2002, a doutrina progressista¹³¹ entende que o direito à propriedade contemporâneo deve ser visto a partir da centralidade da pessoa humana, sendo protegido somente na medida em que promove a concretização de outros direitos fundamentais e dos princípios vigentes na ordem econômica constitucional. O instituto adquire, ainda, a característica da pluralidade, ao refutar-se sua concepção unívoca, legitimando-se, assim, diversas formas de relações de pertencimento entre sujeito e coisa.

Neste contexto, insere-se a experiência indígena. O reconhecimento de terras indígenas explicita a existência de mais de um tipo de propriedade acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. A propriedade indígena, considerada como direito originário, distingue-se da propriedade moderna não só pelas peculiaridades de sua natureza jurídica, mas especialmente pela forma concreta da relação entre a comunidade indígena e a terra. Para os povos indígenas, não-obstante a variação do conceito para cada um deles, a ligação com a terra é a fonte da sua sobrevivência física e cultural.

No entanto, apesar das alterações promovidas pela Constituição Federal e da reprodução da garantia do direito à terra indígena (contemplado anteriormente por outros diplomas legislativos), a mentalidade moderna está longe de ser substituída. Nota-se, por exemplo, que apesar do esforço transformador da Constituição, o Direito formal continua sendo insuficiente para abarcar outras relações de pertencimento que não o modelo individualista abstrato, tentando inserir complexas realidades coletivas em tradicionais institutos modernos. No caso indígena, isto se dá através da titularidade da União; nos quilombolas, através da necessidade de constituição de uma associação para titularizar a propriedade. A titularidade coletiva é estranha ao ordenamento jurídico, exceto nos contornos também individualistas do condomínio, que não dá conta da realidade das propriedades comunais.

A permanência da mentalidade proprietária moderna pode ser percebida cotidianamente nas decisões exaradas pelos Tribunais, não só no tocante aos

¹³¹ Neste sentido as obras já citadas: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, Op. Cit.; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*, Op. Cit., dentre outros.

direitos territoriais indígenas, mas em geral nas questões que envolvem a propriedade.

As lutas indígenas na defesa de suas terras são um capítulo ainda não encerrado na história brasileira. É o que demonstram conflitos como o relativo à Raposa Serra do Sol, julgado recentemente no Supremo Tribunal Federal, no qual se encontravam em oposição o interesse das comunidades indígenas na demarcação as terras tradicionalmente ocupadas e o interesse dos arroteiros, representados pelos governantes da região, sob o argumento da defesa da propriedade privada e da necessidade de desenvolvimento econômico.

Muito embora tenha prevalecido a tese a favor da demarcação contínua da área, e da conseqüente necessidade de retirada dos não-índios ocupantes do local, é interessante destacar a fundamentação do voto do Ministro dissidente Marcos Aurélio:

Cumpra asseverar ser direito humano a proteção da propriedade privada. O simples reconhecimento de que terras privadas, intituladas pelo Estado (gênero), cuja legalidade dos títulos foi apurada em processo judicial transitado em julgado, nunca pertenceram aos respectivos proprietários poderá levar o Brasil a responder no cenário internacional¹³².

Digno de nota é, também, o voto do Relator Ministro Carlos Britto, que, em sentido contrário, sustentou:

Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória de tais desvantagens historicamente acumuladas (...) ¹³³.

O conflito entre as posições evidencia o paradoxo de uma Constituição que garante o direito fundamental à propriedade, mas que elege como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa e solidária, além da erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais.

Esta contradição não pode ser resolvida apenas pelo Direito formal, pois envolve questões mais profundas, como a organização política, econômica e social

¹³² STF, Petição 3388, julgada em 19 de março de 2009. Voto do Ministro Marcos Aurélio.

¹³³ STF, Petição 3388, julgada em 19 de março de 2009. Voto do Relator Ministro Carlos Britto.

do povo brasileiro. Não significa dizer que a ciência jurídica esteja isenta de responsabilidade, mas, pelo contrário, que esta deve contribuir para o aprofundamento do debate nos limites de suas possibilidades, sem pretensão de monopólio do saber.

Por fim, resta a afirmação de que a manutenção de um sistema proprietário excludente e legitimador de desigualdades não pode prevalecer frente às necessidades existenciais dos indivíduos e da coletividade, não apenas em decorrência da normatividade da Constituição, mas também do postulado ético-social derivado da condição de ser humano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia Mara Campos; FACHIN, Luiz Edson. O índio e o outro: comentários sobre a ocupação de não-índios em terras indígenas. *In: Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria*. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*. *Povos Indígenas e a Lei dos "Branços": o direito à diferença*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

CORTIANO JUNIOR., Eroulths. *O Discurso Jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do Ensino do Direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16ªed.. São Paulo: Atlas, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

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

FERNANDES, Florestan. *A organização social dos Tupinambá*. São Paulo: Editora Hucitec, 1989.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil. *In: Anuário Mexicano de Historia Del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, ano 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/cnt/cnt5.htm>>.

_____. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTR, 2002.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho de Vento, 2000.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.14.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Mitologias jurídicas na modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manoel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o Novo Código Civil. *In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. a.8. n.10. São Paulo, 2004.

LITTLE, Paul E., *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Disponível em: <<http://www.unb.br/ics/dan/Serie322empdf.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2009.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Questão indígena: o direito ao pão novo. *In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org.). Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL, *Ação Civil Pública de obrigação de não fazer*. Disponível em: <http://www.prms.mpf.gov.br/info/not/acp_sepultamento.pdf>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades indígenas*. São Paulo: Editora Ática, 1986.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

SANTILLI, Juliana. A proteção jurídica às terras indígenas e a seus recursos naturais. *In: Demarcando terras indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria*. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999.

_____. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SANTILLI, Márcio. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil. *In: Demarcando terras indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria*. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999.

SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no ordenamento brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, nº 6, jun. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª Ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. *In: SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A função social da terra*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

_____. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba, Juruá, 1999.

_____. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAULI, Maria Célia (Orgs.). *Os sentidos da Democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Rio de Janeiro: Vozes Editora, 1999.

STAUT JR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

_____. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná/ Programa de Pós-Graduação em Direito*. Curitiba: SER/UFPR, 2004, nº 42.

STF, Petição 3388, julgada em 19 de março de 2009. Relator Ministro Carlos Britto.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.2., Editorial, p.v, abr./jun. 2000

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Consituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.