

DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS: UM OLHAR A PARTIR DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Madalena Alves dos Santos¹

RESUMO

O escopo deste artigo é promover a reflexão sobre a construção de um conceito pós-moderno de propriedade, compatível com os princípios constitucionais brasileiros e as diferentes formas de relação de pertencimento existentes em nosso país. Para tanto, é preciso superar a ideologia moderna que inspirou a codificação do século XIX. O estudo da história do Direito pode contribuir em grande medida para este processo.

ABSTRACT

The aim of this article is to promote the reflection on the construction of a post-modern concept of property, compatible with the Brazilian constitutional principles and the different ways of tenure of land in our country. For that, we need to overcome the modern ideology which inspired the codification from the XIX century. The study of history of law can contribute a great deal to this issue.

PALAVRAS-CHAVE

Índios, propriedade, Constituição.

KEY WORDS

Indians, property, Constitution.

INTRODUÇÃO

O escopo deste trabalho é refletir sobre a propriedade comunal indígena e sua regulamentação jurídica em oposição à propriedade moderna. Para tanto, propõe-se uma análise histórica do desenvolvimento deste instituto a partir do século XIX, notadamente a partir da análise da codificação oitocentista.

¹ Graduanda do 5º ano da Universidade Federal do Paraná – UFPR, integrante do projeto Virada de Copérnico e ex-aluna da Unibrasil.

Esta reflexão impõe-se frente à instituição do Estado Democrático e pluralista instaurado pela Constituição Federal de 1988. O modelo unívoco da propriedade moderna não se coaduna com as múltiplas possibilidades de relações de pertencimento contempladas pela Carta Magna. Da mesma forma, os modos efetivos de pertencimento da terra na realidade brasileira não se esgotam no arquétipo moderno de propriedade. Neste sentido, a experiência indígena está a demonstrar a existência de outros modelos proprietários, que exigem a atenção do Direito.

O direito indígena à terra foi contemplado há muito pelo legislador, mas nem sempre da maneira adequada. Ademais, na prática, este direito encontrou pouca efetividade. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, o panorama mudou, a partir da instauração do paradigma da pluralidade e do multiculturalismo, além do reconhecimento expresso do direito indígena à terra e à demarcação desta.

O objetivo deste trabalho é vislumbrar os contornos contemporâneos da propriedade indígena, analisando-a comparativamente em relação à propriedade moderna, e a consequente ruptura sofrida por esta a partir do reconhecimento de outras formas de relação de pertencimento.

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 termo. Antes, pretende-se identificar nas suas rupturas e descontinuidades um sentido compatível com a realidade brasileira, bem como com princípios e regras inseridos no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988. Atentemos 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 descontinuidades 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.

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, p. 99.

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 Antônio Manoel HESPANHA que:

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 mercado.

Decorrente da figura do sujeito tem-se também a necessidade de proteção do indivíduo frente ao Estado, como expressão da garantia à liberdade. As teorias contratualistas propagavam que este 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 que:

(...) 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

³ HESPANHA, Antônio Manoel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 15. *Apud*: 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. 159.

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.

*religiosa, moral e econômica – reflete a visão individualista da sociedade; no estado de natureza a liberdade e igualdade encontram seu lugar (...)*⁶.

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 mesmo autor continua afirmando que:

*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 que se garante a liberdade de iniciativa aos indivíduos) e de uma igualdade formal. Liberdade e igualdade aparentemente reais*⁷.

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 agrária⁸.

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

*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 Modernidade*⁹.

⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths, *Op. Cit.*, p. 42.

⁷ *Ibidem*, p. 52-53.

⁸ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6-15.

⁹ 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.

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 europeia, 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.

Note-se que a “propriedade comunitária”, 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”, 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 pertencimento, 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 que:

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 mundo¹⁰.

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 suas bases vinham se formando há muito, e permitiu a visualização da propriedade como um direito natural e inato ao homem”¹¹. 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 do 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.

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 93.

Transforma-se, portanto, a propriedade em ideologia. 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 realidade¹².

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 desenvolvida¹³.

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, 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”¹⁴.

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

¹² GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 12.

¹³ STAUT JR., Sérgio Said, *Op. cit.*, p. 162.

¹⁴ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 16.

econômica vigente. O modelo monista foi o escolhido, então, para viabilizar estas aspirações.

A construção dos códigos se deu a partir do resgate do direito romano e foi depois aperfeiçoada 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 dedutivo¹⁵.

No que concerne à propriedade, o Código Napoleônico, de 1804, fundou o modelo de caráter individualista e abstrato que foi reproduzido exaustivamente nas 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*”¹⁶, 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 real*¹⁷.

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”¹⁸. 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 histórico*¹⁹.

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.

¹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 60 e 65.

¹⁶ STAUT JR., Sérgio Said, *Op. cit.*, p. 164.

¹⁷ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 25.

¹⁸ *Ibidem*, p. 25-26.

¹⁹ *Ibidem*, 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 mentalidade, 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”²⁰.

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 que

*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 sociais*²¹.

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 que:

*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 fundamental*²².

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”²³. 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

²⁰ *Ibidem*, p. 30.

²¹ *Ibidem*, p. 32-33.

²² STAUT JR., Sérgio Said, *Op. cit.*, p. 166.

²³ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 31.

estrutura jurídica simultaneamente à mentalidade que ela pretendia superar, até que se modifiquem também os valores sociais para adaptarem-se às novas formas.

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 descontinuidade.

Ante todo o exposto, Paolo GROSSI 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”²⁴. 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 que:

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 propriedade²⁵.

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

3 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 ensina 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

²⁴ *Ibidem*, p. 39.

²⁵ *Ibidem*, p. 5.

*interno, de modo a permitir a exclusão de todo e qualquer mecanismo de heterointegração*²⁶.

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

*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 sociedade*²⁷.

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 ideias de unificação do direito e monismo de fontes, e serviu, nesta centralização da produção jurídica, para garantir a juridicização de uma ideologia*²⁸.

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 (...)*²⁹.

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

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *Op. Cit.*, p. 176-177.

²⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 66-67.

²⁸ *Ibidem*, p. 68.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith, *Op. Cit.*, p. 180.

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 é o sujeito encontra-se em posição de supremacia, ele tem poder sobre a coisa.

Como reflexo destas concepções, temos que a Idade Média é uma civilização possessória, 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 experiência³⁰.*

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 juridicização³¹.

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

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 assalariada³².

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.

³⁰ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 44.

³¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 88.

³² *Ibidem*, p. 90.

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 que:

*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 (...)*³³.

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, 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, abstrata³⁴.

O cerne do conceito moderno repousa neste duplo alicerce: simplicidade e abstração. A exclusividade e os poderes do proprietário são decorrentes destas características. Em razão da abstratidade, a propriedade não é definida nos códigos pelo seu conteúdo, e sim pelos poderes que lhe são inerentes. Eroulths 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 unívoca³⁵.

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.

³³ GROSSI, Paolo, *Op. cit.*, p. 67.

³⁴ *Ibidem*, p. 70.

³⁵ *Ibidem*, p. 79.

É com a pandectista alemã, na formulação do BGB, que a propriedade é aperfeiçoada tecnicamente e recebe tratamento 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 realizada com base nestes 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.

Assim é que se preservaram a cultura jurídica do centralismo jurídico e da integração de lacunas por meio da doutrina. Judith MARTINS-COSTA observa que, a partir do centralismo jurídico, transplantado de Portugal, onde a monarquia exercia o poder de forma centralizada, “habituaamo-nos a pensar o ordenamento jurídico como o resultado de um *ato e autoridade*, recusando espaço à florescência de direitos particulares ou ‘regionais’”³⁶. O preenchimento de lacunas pela doutrina, por sua vez, foi necessário em razão do anacronismo das Ordenações Filipinas na sociedade brasileira da época.

A particularidade do Código brasileiro, portanto, é que ele não marca uma ruptura, como fazem os dois outros Códigos aludidos, e sim 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 campo³⁷.

O Código Civil de 1916 foi caracterizado, também, pela presença de um privatismo doméstico compatível com os valores morais e sociais das elites 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”³⁸.

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”³⁹. 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,

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *Op. Cit.*, p. 240.

³⁷ *Ibidem*, p. 265-266.

³⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.14.

³⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 104.

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 vínculo⁴⁰.

4 A PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A propriedade no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo foi normatizada de forma a afastar significativamente os ideais burgueses que inspiraram sua consagração como direito sacro e ilimitado pela codificação oitocentista. É, neste sentido, uma propriedade pós-moderna, que teve alterado seu próprio cerne para constituir um novo modelo proprietário.

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.

Importante salientar, todavia, que a ideia da função social 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 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 consequências 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 consequências. A primeira vislumbra-se no rompimento do caráter unívoco da propriedade. O direito à propriedade adquire um sentido dúplice: é garantia de defesa da propriedade, mas é também garantia de acesso a ela. Neste sentido, Luiz Edson Fachin afirma que:

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 acesso⁴¹.

⁴⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 6 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144-145.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 289. *Apud*: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da propriedade: em busca de uma contextualização

Com a mitigação da univocidade, reconhece-se também uma diversidade de estatutos proprietários que fogem à racionalidade moderna, como aqueles das comunidades tradicionais, de que tratam este trabalho, contemplados no artigo 231 da Constituição Federal⁴².

Como segunda consequência, temos 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 passivas⁴³. Exigem-se, portanto, prestações negativas e positivas, devendo o proprietário exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, sem prejuízo de outrem⁴⁴.

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 trata.

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 e certeza, fez com que uma determinada concepção de propriedade ocupasse o centro do universo jurídico⁴⁵.

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.

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. 280.

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.*, p. 144.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 4-5.

O direito privado pós-moderno sofreu uma mudança de paradigmas. 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 que:

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 privado⁴⁶.

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 deste novo paradigma, 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 humana.

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 ponto.

Estas experiências estão a nos 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 caráter 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.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.2., Editorial, p.v, abr./jun. 2000. *Apud*: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit*, p. 165.

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

Em relação à propriedade, apesar de manter a concepção 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*.

5 A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

a) Definição de “nação indígena” e seu alcance na realidade brasileira

A partir do novo paradigma instaurado 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 jurídicos⁴⁷.

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 todos considerada como membro da tribo, não obstante a extravagância de sua cor⁴⁸.

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 e pela FUNASA. 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 integrantes⁴⁹.

São, hoje, 582 terras indígenas reconhecidas, 3.225 aldeias cadastradas pelo FUNASA, compreendendo 291 etnias e 180 línguas divididas em 35 grupos linguísticos. A região Norte abriga 49% deste contingente; a região Sudeste, apenas

⁴⁷ 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.

⁴⁸ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1970, p. 254-255. *Apud*: 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 Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 32.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 27.

2%⁵⁰. Estes números nos 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.

b) 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 a reclusão de índios em pequenas porções de terra, geralmente sobre o domínio de ordens religiosas⁵¹.

Com a edição das Terras Devolutas, em 1850, foi assegurado o direito territorial dos índios, 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 abandonadas.

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 80.

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

⁵⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁵¹ 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, p. 24-37.

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 usucapião.

Não obstante a parafernália jurídica tenha sido incrementada durante o Regime Militar, isto não se refletiu em um resultado prático. Ana Valéria ARAÚJO ressalta que:

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 (...)⁵².

O ponto culminante no tratamento da questão indígena só se deu em 1988. Os grupos indígenas, que eram praticamente ignorados pelo Direito, renasceram⁵³ 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.

Temos 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.

c) 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, conforme ensina Sílvio CAVUSCENS⁵⁴. 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 branca.

⁵² *Ibidem*, p. 35.

⁵³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1999.

⁵⁴ LUCIANO, Gersem dos Santos, *Op. Cit.*, p. 70-76.

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 segmento.

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 assembleias 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 Legal⁵⁵.

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

d) 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 diferença⁵⁶. Juliana Santilli afirma que:

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

⁵⁵ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁶ ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*, *Op. Cit.*, p. 45.

*baseariam no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da construção de uma vida em comum além das diferenças*⁵⁷.

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 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 possível⁵⁸.

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 legal⁵⁹.

⁵⁷ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 45-46.

⁵⁹ **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.

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, 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.

Cumpra 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.

e) 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.

O constitucionalista 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 (...)”⁶⁰. 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.

⁶⁰ 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.

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

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 delas⁶¹. Neste sentido Juliana SANTILLI afirma que:

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 congênitos, legítimos por si, que não se confundem com direitos adquiridos⁶².

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 à 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 assim 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 mencionado⁶³.*

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 têm 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.

⁶¹ *Ibidem*, p. 48.

⁶² 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.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 730. *Apud*: CARVALHO, Joênia Batista de. Terras Indígenas: a casa é um asilo inviolável. In: *Povos Indígenas e a Lei dos "Branco"*: o direito à diferença, *Op. Cit.*, p. 90.

A posse de que trata o aludido dispositivo tem também outra peculiaridade: é coletiva, o que é o fator determinante desta propriedade⁶⁴. Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO observa que:

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 não⁶⁵.

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

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 ambiental⁶⁶.

Por força de previsão constitucional, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são hoje consideradas bens da União⁶⁷. Segundo Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO, embora sejam públicas, elas não se enquadram em nenhuma das categorias tradicionais de bens públicos (dominicais, de uso especial e uso comum do povo), uma vez que não é possível sua disponibilidade pelo Poder Público⁶⁸. Esse posicionamento, entretanto, não é pacífico, havendo quem as considere como dominicais⁶⁹.

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 constituídas⁷⁰. No entanto, incide sobre suas terras a inalienabilidade, o que o aproxima

⁶⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Op. Cit.*, p. 121-122.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁶ SANTILLI, Juliana. A proteção jurídica às terras indígenas e a seus recursos naturais, *Op. Cit.*, p. 49.

⁶⁷ **Artigo 24:** São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

⁶⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Op. Cit.*, p. 123.

⁶⁹ 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 Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 36.

⁷⁰ 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

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 indígenas⁷¹.

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. Semelhantemente 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.

f) 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 que:

Isto significa que cada povo fazia, e faz, seu próprio conceito de território. A ideia 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 diferentes⁷².

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

de impenhorabilidade. Parágrafo único: As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

⁷¹ SANTILLI, Márcio. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil. *In: Demarcando terras indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria, Op. Cit.*, p. 24.

⁷² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Op. Cit.*, p. 43.

*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*⁷³.

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 “esses padrões de cooperação e entreatura econômica davam origem a um sistema intergrupar de equilíbrio econômico, através do qual se processava uma redistribuição das utilidades econômicas”⁷⁴.

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.

Neste ponto, importante 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 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, explica 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, Ñane Ñamõi, 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*

⁷³ RAMOS, Alcida. *Sociedades indígenas*. São Paulo: Editora Ática, 1986. *Apud*: 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, p. 8.

⁷⁴ FERNANDES, Florestan. *A organização social dos Tupinambá*. São Paulo: Editora Hucitec, 1989. *Apud*: LITTLE, Paul E., *Op. Cit.*, p. 9.

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 Tehoka⁷⁵.

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. Em algumas situações 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 MARTINS afirma que:

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 circunstâncias⁷⁶.

Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO expõe que:

Na década de 70 o regime autoritário promoveu várias transferências de povos para territórios diferentes. A história dos nambiquaras e dos Panará são eloquentes 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

⁷⁵ Ação Civil Pública de obrigação de não fazer ajuizada pelo Ministério Público Federal de Mato Grosso do Sul. Disponível em: http://www.prms.mpf.gov.br/info/not/acp_sepultamento.pdf, acesso em 28 de maio 2009.

⁷⁶ MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Questão indígena: o direito ao pão novo. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 455. *Apud*: Ação Civil Pública de obrigação de não fazer ajuizada pelo Ministério Público Federal de Mato Grosso do Sul. Disponível em: http://www.prms.mpf.gov.br/info/not/acp_sepultamento.pdf, acesso em 28 de maio 2009.

*de ações judiciais e pressão política, retornaram recuperando a sua identidade quase perdida*⁷⁷.

Este exemplo demonstra a relevância e significado da terra para os povos indígenas.

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.

CONCLUSÃO

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 ideologia burguesa de caráter individualista e universal, consagrada pelo movimento de codificação do século XIX, não encontra mais legitimação na ordem jurídica brasileira contemporânea, especialmente no tocante ao direito de propriedade.

A Constituição Federal de 1988 promoveu duas rupturas neste modelo: a funcionalização da propriedade e a repersonalização do Direito Privado. A partir disto, aliado às alterações promovidas pelo Código Civil de 2002, deve-se entender que o direito à propriedade contemporâneo não reproduz as características da propriedade moderna. Ele é 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. Adquire, também a característica da pluralidade, ao refutar o modelo unívoco de propriedade e legitimar 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 diversos tipos de propriedade acolhidas 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.

⁷⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Op. Cit.*, p. 120.

O reconhecimento dos direitos indígenas em toda a América Latina, embora não tenha ocorrido de forma simultânea e idêntica, demonstra o fortalecimento dos movimentos indígenas no contexto da democratização dos Estados e da positivação do direito à diferença, o que levou à conquista de avanços significativos.

Países que foram por muito tempo oprimidos por ditaduras militares encontram agora, na retomada dos países por forças democráticas, espaço para o pluralismo e o multiculturalismo. A violência a que foram sujeitos os povos indígenas certamente deixou sequelas insanáveis, mas ainda há tempo para a construção de Estados plurais, nos quais o direito à diferença seja o pilar central do tratamento aos índios.

REFERÊNCIAS

- 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.
- CHAVES, Antonio. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. **Revista Trimestral De Jurisprudência Dos Estados**. São Paulo, v. 112, p. 9-37, maio 1993.
- 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.
- DIAS, Edna Cardozo. O direito a terra. **Fórum De Direito Urbano E Ambiental**, Belo Horizonte, v. 4, n. 19, p. 2181-2191, jan./fev. 2005.
- ELIAS, Norbert. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.
- FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil”. *In: Anuário Mexicano de História del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam n. 17, ano 2005.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.14.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas na modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- 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.
- LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4 ed. Brasília: ESAF, 1988.
- 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 maio 2009.

- LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- 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-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- PARDO, David Wilson de Abreu. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam: o caso da comunidade indígena nawa do Parque Nacional Serra do Divisor - Acre. *In: Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis, v. 102, p. 341-353, 2004.
- RIBEIRO, Benedito Silverio. **Tratado de usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Petrópolis, 2005.
- _____. 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.
- 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.
- SARMENTO, Daniel. A garantia do direito a posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação: parecer. *In: Revista De Direito Do Estado*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 345-360, jul./set., 2007.
- SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro**. São Paulo: Duas Cidades, 1977.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1990.
- _____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. *In: Os Direitos Indígenas e a Consituição*. Porto Alegre: NDI e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- _____. 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.
- _____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba, Juruá, 1999.
- 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/ Programa de Pós-Graduação em Direito*. Curitiba: SER/UFPR, 2004, n° 42.
- TOMASETTI JR, Alcides. A 'propriedade privada' entre o direito civil e a constituição. **Revista de direito mercantil**. a. XLI, n.126, p.125, abr/jun.2002.
- TOMASETTI JR, Alcides. Comentário ao recurso de apelação cível n.º 212.726-1 da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista dos Tribunais**. a. 85, v. 783, jan. de 1996, p.204-223.
- 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.