

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Matheus Patussi Brammer

A PERPETUIDADE DOMINIAL *VERSUS* A FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE: DAS DEMARCAÇÕES DAS
TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

Passo Fundo
2015

Matheus Patussi Brammer

A PERPETUIDADE DOMINIAL *VERSUS* A FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE: DAS DEMARCAÇÕES DAS
TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção o grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Mestre Edison Airon de Almeida Machado.

Passo Fundo
2015

Agradeço à minha família, pelo apoio incondicional durante toda a trajetória do curso e, especialmente, para a elaboração deste trabalho. Aos meus professores, que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a construção do conhecimento exposto nesta pesquisa. À minha companheira e namorada, pelas horas perdidas junto a mim para me auxiliar e pela paciência, compreensão e amor demonstrados durante este percurso.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo adentrar na celeuma que se tornou, com o passar dos anos, a questão da demarcação de terras indígenas quando analisada sob o prisma do direito de propriedade positivado na atual ordem jurídica. Da mesma forma, objetiva analisar os pontos controvertidos do tema com relação aos princípios constitucionais vigentes, mormente sob o prisma da razoabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica. Ainda, deseja-se, com o presente trabalho, demonstrar o atual posicionamento dos Tribunais Superiores com relação ao tema, sob a análise de caso concreto em consonância com a abalizada doutrina, com o fito de delimitar os pontos de maior controvérsia. Para tanto, inicialmente, faz-se necessária uma análise detalhada acerca da construção jurídico-social do direito de propriedade, tal como da própria formação histórica nacional, desde o descobrimento por Pedro Álvares Cabral até os dias atuais, objetivando-se, com isso, verificar a influência na colonização europeia para a atual situação da tutela jurídica e social dos povos indígenas.

Palavras chave: Demarcação. Desapropriação. Indígenas. Função social. Propriedade

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CC	Código Civil
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 HISTÓRIA DO DOMÍNIO	8
2.1 Das sociedades primitivas à modernidade	8
2.2 As grandes navegações: a descoberta do Brasil	13
2.3 Choque cultural e perda territorial dos povos indígenas após o descobrimento pelos portugueses	15
2.4. O direito de propriedade no Estado brasileiro: das capitâneas hereditárias até os dias atuais	20
3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E DA ORDEM CONSTITUCIONAL	25
3.1 Aspectos jurídicos do direito de propriedade.....	25
3.1.1 Da posse.....	25
3.1.2 Do direito de propriedade.....	33
3.2 Teorias informadoras do domínio: do iluminismo ao socialismo e neoliberalismo	41
3.3 Da ordem constitucional do domínio e sua função social	44
4 O CONFLITO E O INTERESSE DA FIXAÇÃO DO ÍNDIO NAS TERRAS BRASILEIRAS	52
4.1 A proteção jurídica dos direitos tradicionais do índio com relação à ocupação da terra	52
4.2 A propriedade rural vinculada à produção primária.....	56
4.3 Os instrumentos jurídicos viáveis para a demarcação de terras indígenas	60
5 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa volta-se a uma problemática antiga, e, ao mesmo tempo, contemporânea: até que ponto um título de propriedade pode ser considerado perpétuo frente à função social do exercício do domínio, nos moldes da atual ordem constitucional? Ainda, reconhecida a função social da propriedade, como deve ocorrer a desapropriação? Mais especificamente, o processo de demarcação para fins de concessão de terras a aldeias indígenas atende aos parâmetros legais e axiológicos da Constituição e das demais normas do Direito Brasileiro?

É cediço que a questão da propriedade privada no Estado Brasileiro frente ao modo pela qual se adquiriu é matéria de grande controvérsia. Desde os tempos coloniais, com a chegada da primeira caravela portuguesa em *terrae brasilis*, inegável é o fato de que os primeiros habitantes deste país – os indígenas – foram expropriados não só de suas terras, mas de sua cultura, de suas leis e de seu modo de vida. Instaurada a colônia Portuguesa na América, passou-se à sua exploração, passando a propriedade das terras das capitânias hereditárias à aquisição privada. Colonizado o Estado e consolidada a cultura europeia, a grande maioria dos índios ficou à margem da cultura dominante.

Contudo, não obstante a segregação social da minoria supracitada, importante ressaltar que o legislador brasileiro, principalmente o constituinte de 1988, preocupou-se em, se não equiparar, ao menos melhorar a condição de vida dos indígenas, sobretudo com relação à propriedade das terras por eles ocupadas. Tal proteção se verifica por meio de criação de institutos e de princípios fundamentais, como a função social da propriedade, assim como instituições e legislação própria à salvaguarda dos interesses indígenas, dentre os quais se podem citar a FUNAI e o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). Ocorre que certas medidas tomadas pelo poder público, criadas justamente com o escopo de melhoria, como meio de política social de equilíbrio e justiça social, vêm causando problemas de proporções tão grandes quanto à extensão do território nacional.

A questão da demarcação de terras para desapropriação é atual e polêmica, tanto no âmbito jurídico quanto no econômico-social. A interpretação e a aplicação do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, assim como as leis e decretos que o regulam, causam controvérsias ao definir quais terras podem ser demarcadas, assim como o modo pelo qual o devem ser e, por fim, se cabe ou não indenização a quem detém seu domínio. De igual sorte, atrelado ao problema hermenêutico do artigo supracitado, surgem indagações sobre como o

Estado Brasileiro (pautado pela legalidade e pelos direitos humanos fundamentais), poderá, ao mesmo tempo, garantir a propriedade privada e o respeito e incentivo à cultura indígena? Ainda, como aferir se a propriedade demarcada e expropriada não cumpre sua função social, com base na destinação econômica?

É diante disso que se justifica o presente trabalho, através de um análise histórica jurídica e filosófica, com o fim de tentar esclarecer quais os elementos fundamentais ao surgimento de tal celeuma, como e quais são os aparatos jurídicos do Estado utilizados para a tentativa de resolução dos conflitos entre proprietários, indígenas e FUNAI, para, por fim (e, se possível), determinar uma ou mais vias para solução do problema que atualmente acoima tanto a população indígena quanto, principalmente, a classe agricultora do País.

Portanto, a presente pesquisa será desenvolvida em três capítulos: o primeiro, relativo ao plano histórico do direito de propriedade e da distribuição de terras no Brasil desde o descobrimento até os dias atuais, tem como intuito efetuar uma análise do surgimento do domínio, das suas influências para perceber de que forma ele foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos.

O segundo destina-se a explicar o direito de propriedade no seu escopo jurídico, desde suas teorias informadoras, de acordo com o período histórico-filosófico, passando pela regulação da posse até o tratamento e a proteção constitucional que lhe são conferidos pela Constituição Federal.

Por fim, o terceiro e último capítulo tem por objetivo uma análise acerca do interesse de cada um dos lados na questão: quais são os instrumentos e os interesses aplicáveis à demarcação das terras pelos indígenas e quais são os argumentos e direitos aptos a manter os agricultores como proprietários das terras.

Com isso, busca-se, com o presente trabalho, uma tentativa de elucidar a questão, analisando os interesses de ambas as partes, a fim de verificar a existência de uma possível solução.

2 HISTÓRIA DO DOMÍNIO

O homem, sem dúvida, dos seres existentes na natureza, é um dos mais complexos. Desde o início de sua espécie, passando por estágios primitivos de organização até a sociedade atual, os modos, os costumes, as habilidades e o conhecimento andaram lado a lado, com umas das características mais marcantes, que o difere dos demais animais: a capacidade de produzir e a noção de apropriação.

Milhares de anos atrás, documentava-se o primeiro indício de hominídeo capaz de produzir e de utilizar utensílios para facilitar os desafios e enfrentar as intempéries do longínquo cotidiano. Foi o *homo habilis* o pioneiro em utilizar facas, lanças, pedras, rodas e tudo que mais lhe fosse útil para caça, pesca, produção de vestimentas e confecção de abrigos. Aos poucos, passando de primata a homem, a vida deixava de se tornar ambulante, errante, para se tornar estável, sedimentada a uma porção de terra onde a comunidade pudesse produzir, consumir e se procriar.

Com o passar dos séculos, surgiu a ficção que talvez seja a mais palpável, dentre todas as existentes na existência humana: o domínio. De pedras a ferramentas, de cabanas a largas extensões de terras, pode-se dizer que a propriedade acompanha a história humana na mesma proporção em que sua espécie evolui, passando de um instituto coletivo para ser individualizado, nos moldes da atual sociedade.

2.1 Das sociedades primitivas à modernidade

Comparando-se com as demais espécies que vivem ou viveram na Terra, no estágio de desenvolvimento que atualmente se encontra, o ser humano é fruto de um longo processo de evolução e de constante adaptação. Oriundo dos primatas, os primeiros hominídeos, mais especificamente da espécie *Australopithecus*, têm seu nascedouro na África, com os primeiros registros datados há cerca de um milhão e quinhentos mil anos (CURTIS, 1977, p. 857).

Ainda que os traços característicos dos antecessores da nossa espécie fossem altamente semelhantes aos demais primatas que habitavam o mesmo local, assim como o comportamento, o traço distintivo que possibilitou a evolução física e mental do homem foi, sem dúvida, a dieta.

Curtis, de maneira simples, porém não menos completa, sintetiza o modo pelo qual os primatas ancestrais e os mais longínquos descendentes humanos proviam sua alimentação:

A maioria dos primatas de grande porte tem dieta variada de frutos, brotos, outras partes aéreas de plantas, raízes, insetos, ovos, alguns pássaros e pequenos mamíferos [...]. Os australopitecinos, ou pelo menos indivíduos da espécie *Australopithecus africanus*, devem ter colhido alimento de modo muito semelhante, **mas sua dieta incluía muito mais carne que a dieta dos modernos primatas não humanos e, quase que certamente, que a dos antropóides do seu tempo** (1997, p. 860, grifou-se).

Dessa forma, ao passar de uma dieta rica em vegetais e frutas para uma alimentação com maiores níveis de ingestão de proteínas, não só a fisionomia da espécie humana começava a mudar, mas também os seus hábitos. Ao ser mais propício à alimentação carnívora, possibilitou-se uma nova gama de atividades que até então não estava na escala de prioridades necessária à sobrevivência, como, por exemplo, a caça. E, para que fosse possível o abate de animais para alimentação, era necessário que certos utensílios fossem produzidos e utilizados para lograr êxito no intento (UZUNIAN; BIRNER, 2008, p. 1064-1066).

Pouco a pouco, o homem deixava de ser um primata, para se aproximar do que é hoje. Surge, como resultado da evolução, nos termos acima explicitados, o *homo habilis*. Notado por ser a primeira espécie hominídea a produzir “instrumentos de pedra, feitos para o manejo direto com a mão e usados para cortar, lascar ou socar – em outras palavras, para esquartejar e preparar o alimento” (CURTIS, 1997, p. 861).

E assim, passando a ser cada vez mais humano, com hábitos e traços que o destaca das demais espécies, sejam eles físicos (como o tamanho do crânio e a habilidade de andar sobre duas pernas), sejam comportamentais e culturais, como a linguagem, por exemplo, (CURTIS, 1997, p. 863-865), aliado ao uso e produção de ferramentas, o homem primitivo passou de ser errante e nômade, para ser coletivo e sedentário, tornando-se o senhorio de terras e do cultivo de animais para subsistência.

McNeill, em sua obra “História Universal”, assim resume:

O primeiro grande marco da história humana foi o desenvolvimento da produção alimentar, que permitiu um enorme surto demográfico e lançou as bases para o aparecimento da civilização. Não se sabe ao certo quando, como e onde a caça e a coleta cederam o lugar à lavoura e ao pastoreio. [...] com efeito, deve ter sido entre 7.000 e 6500 a.C. que algumas comunidades humanas localizadas nas terras altas ao norte e a leste da Mesopotâmia começaram a transformaro seu ambiente natural, cultivando plantas e domesticando animais (1972, p. 1 e 9).

Nas primeiras civilizações humanas, o direito de propriedade era algo praticamente inexistente, na concepção que se tem atualmente. Em função das adversidades impostas pelo meio hostil em que viviam os primeiros humanos, era essencial que houvesse um elemento dominante para sobrevivência: a comunidade. Sem a união de seus membros, seria impossível

superar predadores, intempéries e até mesmo grupos rivais, já que era arcaica e primitiva a organização social e limitados os recursos disponíveis. A terra, os mantimentos, a moradia, os utensílios de trabalho (como ferramentas destinadas à agricultura, caça e pesca), praticamente tudo era de propriedade comum, com exceção de determinados bens de uso pessoal. Como é da natureza humana evoluir, à medida que a sociedade assim procedeu, iniciaram-se os primeiros processos de assenhramento de bens, terras e até mesmo de pessoas (ARAÚJO, 1998, p. 56).

Assim, à medida que as coletividades foram produzindo cada vez mais alimentos, utensílios de caça e quaisquer outros bens que tornassem mais fáceis as intempéries da vida primitiva, muitos destes itens produzidos começaram a sobrar. Nesse sentido, não mais se utilizava de todos os bens em que determinada sociedade produzia ou detinha. Diante desse excesso, povos que antes sequer sabiam da existência de outros passaram a manter constante contato com os demais grupos, primeiramente, com os situados nos arredores e, posteriormente, a quilômetros de distância. Nascia, então, o comércio.

Com as atividades mercantis na sua gênese, houve a possibilidade de instrumentalizar um dos principais elementos das sociedades antigas e, até mesmo, as modernas e contemporâneas: a comunicação. Nos dizeres de Peixoto (2008, p.13), “o gozo comum de utilidades, depois a fruição pessoal delas, a troca entre posses [...] afinam o homem em sentimento, em inteligência, vontade, como fazem iniciativas, empresas, progresso social”. Juntos, o comércio e a comunicação proporcionaram a evolução das sociedades de um modelo arcaico, primário, com pouca organização política e jurídica – aqui, os comandos normativos basicamente se confundiam com a crença religiosa –, para um modelo definido, com bases culturais sólidas e, sobretudo, com ordenamentos jurídicos consistentes.

Surge, então, o povo que talvez mais tenha exercido influência sobre cultura, legislação e linguagem: Roma. Nas palavras de Castro (2007, p. 77), “a história de Roma é a história de todos nós... História que perpassa todo o ocidente e nos faz oriundos do mesmo país, latinos, antes de tudo”. Os romanos, ao longo dos séculos, conquistaram praticamente toda a Europa, o que fez com que ocorressem diversas mudanças políticas e, por consequência, jurídicas na sociedade daquela época.

A primeira fase de Roma foi a da realeza, que perdurou desde a fundação da Cidade, em 753 a.C. até o ano de 510 a.C. A forma de governo era monarquia, a qual, não obstante ser vitalícia, era eletiva e não hereditária. O rei era escolhido por assembleias denominadas comícios *curiatus*, de modo que o nome a ser lançado na candidatura provinha do senado. Uma vez eleito, todos os poderes (civil, religioso, militar e judiciário) eram atribuídos ao

monarca, consistindo em um juiz supremo. Dessa forma, todas as causas deveriam ser necessariamente decididas pelo rei e, uma vez julgadas, não caberiam recursos às decisões por ele proferidas (CASTRO, 2007, p. 79).

Já é possível notar, neste momento histórico, a alta organização da civilização romana, mormente no quesito político de como eram escolhidos seus representantes. A ideia de conquista à força existia, mas mitigada. A primazia pela ordem, pela solidez das instituições e do rigor e respeito às regras era notável, característica esta que a distinguiu das demais civilizações existentes à época.

Por conseguinte, a segunda fase de Roma foi a da República (*res + publicae* = coisa do povo), tendo seu início em 510 a.C., perdurando até 27 a.C. A principal diferença com relação à fase anterior é que, aqui, os romanos decidiram pulverizar o poder nas mãos de muitos, evitando que apenas uma pessoa exercesse poderes muitas vezes ilimitados, como ocorria na fase da realeza. Os mandatos dos chefes de Estado, eleitos, eram geralmente curtos – em média de um ano –, sendo os membros do executivo divididos entre magistrados ordinários e extraordinários (SCHNEEBERGER, 2006, p. 66).

Por fim, a última fase de Roma foi a do Império, cuja característica principal foi a conquista de territórios por quase todo o continente europeu. Aqui, o *Imperator* possuía o *imperium* sobre todas as questões relativas ao governo (civil, militar e judicial), ou seja, novamente uma grande gama de poder concentrava-se nas mãos de uma única pessoa. Grimall explica que

A apropriação quase automática do título [...] conferia-lhe um prestígio muito particular, quando não o de uma divindade, pelo menos o que se pode chamar uma predestinação para se tornar deus. O senado e suas atribuições continuavam existindo, entretanto, com suas funções mais limitadas (1993, p. 12).

Importante ressaltar que não apenas nos âmbitos cultural e político sobressaiu-se Roma, mas também no aspecto jurídico. O direito romano compreende-se desde o nascedouro de Roma, no século VIII a.C. até Justiniano, no século VI d.C., podendo ser dividido em três períodos: o período arcaico, caracterizado pela rigidez e pela ritualidade; o período clássico, considerado como o auge do seu desenvolvimento, em que o poder do Estado era centralizado nas figuras dos pretores e dos juriconsultos, os quais detinham poderes para modificar rígidas regras já existentes, revolucionando a criação jurídica; e o período Pós-Clássico, onde, muito embora carente de grandes inovações como o auge alhures citado, tem como destaque a codificação feita por Justiniano, Imperador do Oriente, por meio do *Corpus Iuris Civilis*

(WOLKOMER, 2006, p. 90).

O direito de propriedade, presente na célebre Lei das XII Tábuas, mais especificamente na Tábua de nº VI, surgiu justamente com os romanos, os quais concederam a concepção totalmente individualista de propriedade, mesmo tendo ocorrido uma sensível evolução de épocas mais primitivas, com predomínio, ainda, da propriedade comunitária. E mais: foi o Direito Romano o pioneiro em diferenciar a posse da propriedade. Castro, neste sentido, elucida que

Para os romanos poderia se gerar a propriedade de várias formas, inclusive através da posse. A tomada de posse de uma coisa que não estivesse sob o domínio de ninguém (animais selvagens, coisas abandonadas, bens de inimigos de Roma) geraria a propriedade; isto era chamado de *ocupatio*. Poderia se adquirir a também a propriedade por transferência da mesma, por usucapião, por compra, por herança etc. (2007, p. 109).

Ao indivíduo, cabia uma pequena porção de terra, de resto inalienável, uma vez que o direito de posse e domínio consistiam em direitos sagrados, sendo incontestáveis por outrem e vedando-se a aquisição por estrangeiros, denotando o alto grau de importância e protecionismo ao direito em comento. O individualismo refere-se ao domínio das terras a determinados grupos, e não mais ao todo. Da propriedade comunitária, passou-se à propriedade familiar, centralizada na pessoa do *pater familias*, o detentor das terras e dos meios de produção (ARAÚJO, 1998, p. 55).

Ainda, subdividiu-se a propriedade em quiritária (*dominium ex iure Quiritium*), caracterizada por ser aquela que, para a ocorrência de sua cessão ou transmissão, era necessário que fossem atendidos certos requisitos (maior formalismo), como, por exemplo, ser cidadão de Roma, estar a coisa corpórea a que se pretendia o domínio disponível *in commercio*, salvo os terrenos provinciais, e que o meio de aquisição fosse reconhecido pelo *ius civile* (meios originários de aquisição, usucapião e tradição); e em *res mancipi*, cuja cessão era mais simplificada, bastando a simples *traditio*, ou seja, a mera tradição para aquisição da propriedade, além, é claro, dos meios originários e por usucapião (WOLKOMER, 2006, p. 107 e 108).

Com a ascensão do Império Romano, ascenderam também as concepções clássicas do direito de propriedade, como, por exemplo, o *jus utendi*, *jus fruendi* e o *jus abutendi*, este último dotado de absolutismo quanto ao dono, ou seja, não haviam limites para o exercício do direito (ARAÚJO, 1998, p. 57).

A base para a regulação da posse e da propriedade nos sistemas jurídicos modernos e contemporâneos estava, portanto, criada. Diante do desenrolar da história e da sucedânea de

fatos, percebe-se que o direito de propriedade passou por tantas transformações quantas passaram seus criadores. Isto é, resta evidenciado que o domínio, como corolário da evolução humana referente às habilidades produtivas, assim como pela maneira de organização de grupos a grandes impérios, é dos direitos existentes em nossa ordem jurídica aquele que determinou (e determina) o caminho das sociedades humanas, suas decisões e a derrocada de parte delas.

2.2 As grandes navegações: a descoberta do Brasil

Consolidados os alicerces jurídicos do domínio, com a queda do Império Romano, após a perda do domínio para os povos germânicos (marcando o início da Idade Média), passou o direito de propriedade a um regime único e específico: o feudalismo.

Araújo, de maneira breve, porém elucidativa, assim expõe como funcionou o feudalismo e a gestão das terras e bens:

Neste sistema, a característica dominante era o predomínio da economia rural sobre a urbana, sendo o Rei o senhor absoluto da terra. Aos Senhores Feudais era conferido, mediante promessa de lealdade em defesa do reino e demais campanhas militares, a administração de porções de terras, chamadas glebas, dadas pelo Monarca, assim como a autoridade sobre os camponeses que lá habitavam, os servos. Estes por sua vez, possuíam pequenas porções destas terras para subsistência, sob a condição de, da produção, efetuar o repasse de parte dela para o Senhorio. Os servos detinham hereditariedade das terras possuídas, mas não a disponibilidade, a qual somente era prerrogativa do Senhor Feudal (1998, p. 57).

Contudo, percebe-se que, de certa forma, a história se repete. Isso porque, à medida que a produção caminhava em proporções maiores que o consumo, sobras começaram a surgir, acarretando o renascimento do comércio, das trocas e, por conseguinte, da comunicação entre os feudos.

Assim, surgiram verdadeiras rotas comerciais e, como consequência, feiras de comércio, abrangendo não só estradas, como também rios navegáveis, a exemplo do Reno, do Rodano e do Danúbio. Tais feiras, em determinado momento histórico, evoluíram a verdadeiros centros urbanos de comércio e serviços, os chamados Burgos, como Gênova, Veneza, reunindo comerciantes e especiarias de diversas regiões da Europa e na Ásia (SCNHEEBERGER, 2006, p. 113).

As rotas comerciais, oriundas principalmente das Índias e do Oriente Médio, foram responsáveis por alterações geopolíticas (e, por consequência, jurídicas) em toda a Europa, uma vez que o intercâmbio de informações e de cultura, trazidas de regiões distantes dos

feudos, possibilitaram a formação de novas ideias e o fim da estagnação cultural e jurídica, principalmente do direito de propriedade. Peixoto assim resume:

O comércio de especiarias do Oriente, das Índias, pelos desertos da Arábia e da Síria até o Mediterrâneo ou por via de cabotagem, pelo Golfo Pérsico, Mar Vermelho, até o Istmo de Suez, para o mesmo Mediterrâneo, com escalas medrosas, comércio que via a primar Gênova e Veneza [...] era questão tão vital à humanidade, como é hoje o senhorio dos mares pelo interesse insular da Inglaterra, que ora permite ao mundo intercomunicar-se. Antes, o enriquecimento que esse tráfico trouxera às cidades italianas, provocara o surto de cultura que é das causas do Renascimento, por isso mesmo ajudando o estímulo à competição (2008, p. 15).

Sucessivamente, com a ascensão do sistema capitalista de produção, a relação da terra com seu proprietário não era mais de subsistência, mas sim de lucro. Não se plantava mais para sustento próprio, mas para o comércio do que foi produzido. Assim, a propriedade passou a ser analisada sob um novo paradigma: e economicidade gerada pelo fato de ser proprietário, cujo ideário liberal aposta na livre concorrência (ARAÚJO, 1998, p. 60).

O feudalismo se aproximava do fim. Os efeitos do intercâmbio cultural acima acarretaram na criação de universidades, aprimorando o conhecimento científico – ainda que fortemente ligado aos interesses do Clero –, assim como ascendeu à camada da burguesia e alavancou, em tamanho e importância, o papel das cidades. A culminação dessa sucessão de eventos foi a criação do primeiro Estado-Nacional moderno, Portugal, no ano de 1.139 (SCHNEEBERGER, 2006, p. 130).

Para os Estados-Nacionais, não restam maiores dúvidas que um dos parâmetros para aferição de grandeza era o ouro. A economia, o comércio, a troca de especiarias era o carro-chefe de um modelo de sociedade altamente mercantilista e exploradora, cujo modelo de regime político era a Monarquia Absolutista, caracterizada pela existência de um Rei, o qual era considerado como representante divino na Terra. Não havia propriedade comunitária, mas plenamente individualizada, onde o objetivo era sempre o lucro.

E, para lograr êxito em tal intento, diversos eram os modos de aquisição de especiarias, a citar: por terra, passando pelas rotas de comércio de Gênova, Veneza, Flandres, etc., e pelo mar Mediterrâneo, possibilitando comércio de especiarias africanas e o tráfico de escravos.

Ocorre que, em determinado momento, a busca por especiarias, e conseqüentemente por ouro, aumentou drasticamente, fazendo com que as rotas de comércio terrestres e as navegações pelo Mediterrâneo entrassem em decadência, pois eivadas de diversos riscos, como saques e altos custos dos transportes das mercadorias por animais e pequenas embarcações. Não restava outra alternativa senão dar um novo passo rumo à Índia: as grandes

navegações. E, tudo isso foi feito movido pela busca incessante de mais e mais especiarias a serem comercializadas em troca de ouro, prata e demais metais preciosos (PEIXOTO, 2008, p. 15).

De fato, a Coroa Portuguesa investiu de maneira tamanha no projeto das embarcações que, em 1488, Bartolomeu Dias foi o primeiro a dar a volta no continente africano, ao chegar no Cabo da Boa Esperança e, dez anos mais tarde, no ano de 1498, Vasco da Gama finalmente chegou às Índias Orientais, logrando êxito no descobrimento de novas rotas de comércio, agora pelos Oceanos Atlântico e Índico.

Ramos (2008, p. 162) explica que a ideia da Coroa Portuguesa era tornar-se um “Senhor” das Índias, motivando a decisão de Dom Manuel uma nova expedição para o berço das tão cobiçadas especiarias, com o fito de, principalmente, firmar uma espécie de tratado de paz com os governos indianos. Assim, o monarca português elegeu para capitanear a nova empreitada um fidalgo da baixa nobreza, conhecido pelos nobres serviços prestados a Dom João II: Pedro Álvares Cabral.

Assim, instruídos por Dom Manuel e Vasco da Gama, partiu Cabral rumo às Índias com dez naus e três navios pequenos, totalizando uma tripulação de aproximadamente 1.500 homens. Entretanto, em determinado momento da viagem, as embarcações capitaneadas pelo fidalgo-capitão perceberam sinais de terra firme a oeste, decidindo Cabral por continuar rumo às terras à vista. Assim, no território onde atualmente se encontra a cidade de Porto Seguro, em 22 de abril de 1500, ancorava a frota de Cabral no novo território. Estava, então, descoberto o Brasil (PEIXOTO, 2008, p. 32).

Assim, resta claro que, sob forte influência dos romanos na idade antiga, o direito de propriedade se mantém na égide individualista. Com o mercantilismo e o comércio de especiarias ditando as regras dos Estados europeus, era cada vez mais importante que o domínio fosse consolidado em nome da Coroa e do Clero, sendo, de igual importância, a atuação do capital privado na consolidação do comércio por toda a Europa.

2.3 Choque cultural e perda territorial dos povos indígenas após o descobrimento pelos portugueses

O “Novo Mundo”, enfim, estava descoberto. Com o sucesso da expedição de Cabral rumo à *terrae brasilis*, mais e mais embarcações começaram a atracar nas areias de Porto Seguro, como um meio de reabastecimento e prosseguimento na longa viagem até às Índias, ainda cerne da campanha de expansão econômica portuguesa.

Ocorre que, ao chegarem à Terra de Santa Cruz, os portugueses se depararam com seus primeiros e numerosos habitantes: os ameríndios. Fixados principalmente na faixa litorânea do país, os povoados e aldeias indígenas consistiam nos mais diversificados grupos étnicos, perpassando do norte ao sul do Brasil, com ritos e crenças que diferiam de tribo para tribo, como, por exemplo, rituais antropofágicos. Uma coisa era certa: os primeiros portugueses que aqui pisaram encantaram-se com tudo o que viram, desde a abundância na vegetação, passando pelas terras férteis e chegando à nudez dos habitantes locais – estes sempre dispostos ao diálogo e rindo abertamente. Enfim, era um verdadeiro paraíso aos europeus que constante e historicamente vinham de uma realidade onde a Coroa e o Clero ditavam as regras e onde muitos eram os conflitos (RAMOS, 2008, p. 170).

Como dito, a vastidão da ocupação ameríndia no Brasil pré-colonial não se cingia somente ao território, como também à cultura. Gomes (2012, p. 46) explica que, muito embora a diversidade de crenças, de ritos, de costumes e demais elementos identificadores dentre as tribos aqui residentes, havia muitos traços comuns, tendo sido necessários milhares de anos e diversos intercâmbios culturais para se formarem. O autor, tomando por base a tribo dos tupinambás, brevemente explana a organização, a população e demais características desta que foi uma das mais notáveis sociedades ameríndias à época do descobrimento, como se percebe:

Nas costas brasileiras, da foz do Amazonas à Laguna dos Patos, habitavam cerca de um milhão de índios Tupinambá, localizados em aldeia que continham cerca de trezentas a mil pessoas, aldeias autossuficientes economicamente e coligadas entre si de acordo com circunstâncias totalmente mutáveis, como inefável sentimento de tradição e fidelidade, um conjunto de regras sociais de parentesco e os interesses imediatos de defesa mútua (GOMES, 2012, p. 46).

Nesta esteira, a tribo em comento detinha tal grau de organização que a própria autossuficiência econômica possibilitou tamanha expansão territorial, assim como a ausência de inimigos, e, principalmente, a aliança com outras tribos (como os guaranis, os tabajaras, os tupiniquins, dentre outros), não obstante estas não durarem por muito tempo, sempre alternando entre um grupo e outro (GOMES, 2012, p. 46).

Importante ressaltar, ainda, que, muito embora existissem outros grupos e tribos localizados ao longo da costa brasileira, grande parte destas eram oriundas dos tupinambás. Eram, na verdade, grupos que outrora faziam parte desta tribo, mas que, por determinadas razões, fossem bélicas ou religiosas, acabaram por se dissociar. Daí a tamanha semelhança entre culturas e ritos de outras tribos (RAMOS, 2008, p. 175).

Por outro lado, certos grupos como os aimorés, goitacazes, guaianeses, tapuias,

tapajós, omáguas, dentre outros, não guardavam semelhanças com os tupinambás, fosse pela parca agricultura e pela dependência quase que exclusiva da caça para subsistência do grupo, fosse pela fibra “não guerreira” da tribo, já que não comungavam dos ideários bélicos e, conseqüentemente, de determinados rituais, como a antropofagia. Insta consignar, ainda, que as populações dos grupos acima mencionados eram reduzidas em termos de densidade demográfica, onde, muito embora numerosos os seus membros, se fazia ausente uma unidade sólida em torno de um território, já que, como dito, eram os grupos dissidentes dependentes quase que exclusivamente da caça e da pesca, diferentemente dos tupinambás. Estima-se, conforme preleciona Gomes (2012, p. 50), que aproximadamente cinco milhões de indígenas viviam no território onde atualmente compreende-se o Brasil, sendo que, destes, 3 milhões dividiam-se entre os grupos alhures.

Na verdade, as sociedades indígenas do Brasil, à época do descobrimento, não detinham alto grau de organização política e estrutura formal de poder. Qualquer um da tribo, fosse por idade ou pelo uso da força, poderia chegar ao topo da hierarquia do grupo, fato este que certamente contribuiu para sua derrocada ao longo de poucos anos. Questão curiosa era o modo como eram vistos os hábitos e as atitudes dos europeus, vez que consideravam engraçado virem de tão longe, em tão grandiosas embarcações, para somente extrair madeira e dela fazer tintura vermelha, no caso do pau-brasil.

Não obstante, quando da chegada dos portugueses em *terrae brasilis*, a reação dos povos ameríndios foi, primeiramente, de encantamento. Isso porque os consideravam como verdadeiros deuses, à semelhança dos xamãs das tribos, interpretando a chegada das expedições como sinais divinos. Os trajes peculiares, o fato de terem advindo do longínquo oceano, por meio de enormes caravelas e, principalmente, munidos de diversos utensílios que os enchiam os olhos, eram sinais da divindade que acabara de atracar em terras brasileiras (RAMOS, 2008, p. 183).

E, como não poderia deixar de ser, como os portugueses eram vistos como seres sobre-humanos, a relação primordial dos indígenas para com aqueles era de devoção, respeito e admiração. Tudo que faziam era para agradar os deuses do além-mar, a fim de não lhes despertar fúria. A colheita de madeira, os serviços prestados, a troca de mão de obra por utensílios banais (o famigerado escambo), tudo era feito de muito gosto e pelos ameríndios. Isso, de certa forma, facilitava o trabalho português, à medida que o interesse nas terras brasileiras fora crescendo, já que estes enxergavam os indígenas, num primeiro momento, com certo ar de graciosidade, mas, ao mesmo tempo, os viam como ingênuos.

Peixoto (2008, p. 51), ao descrever o primeiro imaginário dos portugueses sobre os

índios, deixa claro que “a impressão era, ou foi, simpática: inocência, curiosidade, boa índole”. Um dos motivos, claro, era a nudez contumaz dos habitantes primitivos que, ao mesmo tempo em que chocou os europeus, os encantou, uma vez que consideravam as mulheres das aldeias “boas moças e bem gentis”, não sendo raro relações amorosas dos primeiros exploradores lusos com os habitantes primitivos.

Ocorre que, em pouco tempo, a visão mudou. Vários hábitos e costumes dos povos indígenas, sobretudo dos tupinambás, eram vistos com maus olhos pelos portugueses que posteriormente atracaram em Porto Seguro. A nudez, a libertinagem, os rituais antropofágicos, tudo era visto como bruxaria, pactuações com o demônio.

Comumente, conforme explica Ramos (2008, p. 180), os índios eram chamados pelos colonizadores de *gentios*, expressão utilizada para identificar os pagãos, ou seja, aqueles que não seguiam as palavras de Deus, que não eram cristãos. Entretanto, diferiam os *gentios* indígenas dos judeus ou mouros, uma vez que aqueles não praticavam a palavra cristã por simplesmente não terem conhecimento algum sobre tal doutrina, de modo que não eram considerados como infiéis ou hereges.

Tal fato justificava ainda mais a necessidade de dominação portuguesa sobre as novas terras recém-descobertas, uma vez que ligar os índios ao demônio não representava um óbice para a catequização, mas, ao contrário, um estímulo, uma vez que estariam os ameríndios sendo apenas iludidos por forças contrárias aos ideais cristãos, sendo, portanto, dignos de conversão. Tal visão resta clara conforme esclarece Nóbrega:

É gente que nenhum conhecimento tem de Deus. Gente tão inculta, regendo-se todos por inclinações e apetites sensuais, que está sempre inclinada ao mal, sem conselho, nem prudência. Têm muitas mulheres e isto pelo tempo em que se contentam com elas e com as dos seus, o que não é condenado entre eles. [...] Se acontece aprisionarem um contrário na guerra, conservam-no por algum tempo, dão-lhe por mulheres suas filhas, para que o sirvam e guardem, depois do que o matam, com grande festa e ajuntamento dos amigos e dos que moram por ali perto e se deles ficam filhos, os comem, ainda que sejam seus sobrinhos e irmãos (apud PEIXOTO 2009, p. 73, 90 e 91).

Diante disso, aproveitando-se da crença dos indígenas e da “necessidade” de conversão dos povos à Igreja Católica é que os primeiros colonizadores iniciaram a exploração de sua mão de obra. Num primeiro momento, a relação era amistosa, figurando como motor econômico da exploração inicial o pau-brasil, cuja extração era efetuada pelos indígenas em troca de materiais e utensílios, principalmente os fabricados de metal, objetos que causavam especial encantamento aos indígenas (GOMES, 2012, p. 53).

Contudo, da demonização dos indígenas, seguidas da necessidade de convertê-los para o catolicismo, ficou fácil para os habitantes primeiros da Terra de Vera Cruz perceberem os reais desígnios dos dominadores portugueses, o que, naturalmente, causou desconfiança e repúdio. Dessa forma, começaram a se tornar cada vez mais comuns pontos de tensão entre colonizadores portugueses e silvícolas, estes quase sempre perdedores na disputa não só por território, mas pelo direito de simplesmente existir como sempre o fizeram.

Ramos (2008, p. 184) explica que a rota das índias já não era mais proveitosa como outrora, uma vez que cada vez mais expedições zarpavam de Lisboa rumo a Porto Seguro, desejando explorar a terra de alimentos fartos, natureza exuberante e um povo facilmente dominado, atendendo os desígnios da coroa e de seus subordinados.

O autor afirma que, nesse ínterim, muito embora existissem grupos que defendessem a coexistência de portugueses e índios, eles eram minoria. Exemplo disso eram os jesuítas, que acreditavam que os povos indígenas teriam “salvação” caso fossem convertidos ao cristianismo, cativando a pouca confiança que os nativos neles depositavam. Contudo, a decisão por parte da Coroa Portuguesa de expandir a exploração em terras brasileiras, culminando na instalação do primeiro Governo-Geral, em 1549, pôs por terra qualquer esperança e confiança dos nativos nos portugueses. A iniciativa por exclusão dos indígenas estava implementada, indo tal política de encontro até mesmo à legislação da Coroa na época. Isso tendo em vista que, como alhures exposto, os nativos eram tratados como *gentios*, desconhedores das palavras do cristianismo, merecendo ser convertidos, pois não eram considerados hereges. O fato era que a escravidão, o extermínio e a exclusão dos silvícolas facilitou os interesses econômicos de Portugal no Brasil (RAMOS, 2008, p.184-185).

Assim, os indígenas, as diversas tribos aqui residentes, desde os bravos tupinambás até os tapajós e os tabajaras, dentre outros, foram reduzidos a simples instrumentos de interesse da Coroa Portuguesa, vez que, se não fossem escravizados, seriam exterminados ou, com sorte, conseguiriam fugir. Para o ponto de vista dos primeiros habitantes do Brasil, não mais existia o paraíso de outrora. Sua cultura, seus hábitos, seus costumes, seu território e, acima de tudo, sua liberdade foram abruptamente surrupiados de suas mãos, sendo forçados à adaptação ao novo modelo de vida, agora europeu.

O Brasil já não era mais o mesmo. Iniciava-se o período colonial, com a total implantação do sistema europeu no continente americano.

2.4. O direito de propriedade no Estado brasileiro: das capitanias hereditárias até os dias atuais

A fertilidade, as belezas naturais, a possibilidade de exploração econômica e a capacidade de enriquecimento em terras brasileiras logo se tornaram notícia em Portugal. Muito embora as campanhas rumo às Índias ainda fossem o cerne da política econômica lusa, eram demasiados os custos com as expedições.

Peixoto (2008, p. 68) elucida que, além dos altos custos, as viagens comerciais às Índias eram rodeadas de perigos que, hora ou outra, acabavam por retirar parte da lucratividade prevista, tais como a já desenvolvida estruturação social de seus habitantes, sendo mais difícil a manipulação ou conquista, como ocorria em solo brasileiro, assim como saques às naus, naufrágios nas tormentosas águas do Cabo das Tormentas, onde, conforme estima o autor, cerca de 66 embarcações se perderam, 4 foram tomadas por inimigos e 6 ficaram na Índia.

Por mais lucrativas que fossem as especiarias, era hora de ver com outros olhos as terras recém-descobertas, até porque crescia em número exponencial o número de expedições rumo à América do Sul.

E, para garantir a posse das terras (uma vez que não eram os portugueses os únicos interessados em *terrae brasilis*, a citar: ingleses, franceses e holandeses), foram surgindo pequenos centros urbanos, que, posteriormente, evoluíram para cidades, tais como São Vicente (atualmente São Paulo), Salvador, Rio de Janeiro, Vila do Pereira, as quais foram de crucial importância para a colonização do Brasil (RAMOS, 2008, p. 197).

Assim, após anos de exploração ao longo da costa brasileira e visando a incrementar a fortificação e a proteção territorial, o Rei Dom João III decidiu, em 1534, instaurar o sistema de capitanias hereditárias. Tal sistema consistiu na divisão do território em 15 grandes glebas de terras, as quais eram cedidas geralmente a nobres com alguma relação com a Coroa, que detinham o controle das áreas sob o seu comando, bem como o direito de transmitir a titularidade da capitania para seus os herdeiros. Contudo, esclarece Peixoto que

O Rei guarda a jurisdição, o cunho da moeda e a prestação de serviço militar; apenas a capitania vem a ser hereditária [...]. No Brasil a Coroa reservou o monopólio do pau-brasil, das especiarias, dos escravos [...]. Os donatários não batem moeda, não tem soldados nem julgam os criminosos (2008, p. 87).

Nesse sentido, dado às grandes proporções de terras recebidas por cada capitão donatário, muito embora fosse o governo das glebas centralizado na sua pessoa (observando-

se, sempre, as disposições do Rei), oportunizou-se aos demais particulares que desejassem o povoamento e para a cultivação das terras a concessão de pequenas porções destas, instalando-se o regime de sesmarias. Para que fosse concedida a posse de determinada área, não havia muitos requisitos, bastando que fossem cristãos e que, como dito, procedessem no povoamento e no desenvolvimento.

Entretanto, a instauração de sesmarias não ocorreu de maneira desenfreada. Tudo era regulamentado, em princípio, pela legislação vigente, naquela época, no Brasil-Colônia: as Ordenações Manuelinas, cuja eficácia perdurou (para tal finalidade) até a instalação dos Governos-Gerais, em 1549, onde o regime jurídico aplicado era o disposto pelo então Governador-Geral: Tomé de Souza. Lima assim elucida o novo panorama da propriedade fundiária no Brasil-Colônia:

O regimento de Tomé de Souza, no qual se reproduz determinação semelhante, autorizou o governador conceder, também de sesmaria, adicionalmente as terras das ribeiras vizinhas àqueles com posses suficientes para a construção de engenhos de açúcar e outros estabelecimentos semelhantes [...]. O cerne da transformação do regime sesmarial, sua adaptação às condições do vasto território e que marca definitivamente sua estrutura fundiária: 'um princípio novo veio a vigorar, trazendo-lhe o prestígio da lei escrita, o espírito do latifúndio[...]' Firmava-se entre nós o princípio de só conceder terras em sesmaria àqueles que alegavam possuir os meios para explorá-las (1988, p. 39).

Percebe-se que, pela primeira vez na história do país, a propriedade imobiliária estava sedimentada com base em normas e em leis, nos moldes clássicos do direito concebido pelos romanos, assemelhando-se ao instituto da enfiteuse, nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro hodierno (muito embora tenha sido o segundo instituto extinto, pelo advento do Código Civil de 2002). Isso porque os donatários podiam agir como se donos fossem de todas as províncias, centros urbanos e cidades compreendidas na área cedida pela Coroa e, posteriormente, pelos donatários e pelo Governador Geral, percebendo seus frutos e rendas, desde que repassassem parte dos lucros para a Coroa, tal como o foro, pago pelo enfiteuta. Portanto, foi a fase colonial brasileira aquela que inaugurou o regime jurídico do direito de domínio, sendo a tônica dividida em duas vertentes: a extração de pau-brasil e de minerais e a produção de açúcar nos engenhos.

Com o passar dos anos, à medida que o sistema colonial foi perdendo força, muito por conta de novos ideais dominantes no mundo de então (como o liberalismo e a influência do iluminismo, por exemplo), os habitantes da colônia, principalmente aqueles que não detinham grandes propriedades, urgiam pela necessidade de mudança. De modo contrário, os latifundiários defendiam a manutenção da união com Portugal, uma vez que seria mantido o

sistema colonial de exploração e, como consequência, as posses hereditárias para sua família (CASTRO, 2007, p. 345).

Contudo, o novo, a mudança era inevitável. A insatisfação com a manutenção do Brasil sob a condição de colônia traduzia-se justamente na condição de subordinação à Coroa. Curiosamente, a maioria desejava manter o mesmo rei (Dom Pedro I), mas não o controle a Portugal. Diante dessas condições, em 7 de setembro de 1822, às margens do Rio Ipiranga, ouvia-se o histórico grito de “independência ou morte”, bradado por Pedro de Alcântara, acompanhado de José Bonifácio. Os dias coloniais acabavam. Nascia o primeiro Império Brasileiro (PEIXOTO, 2008, p. 98).

Não obstante a importante mudança no cenário político, pouco mudara quanto aos domínios de terras. Os outrora donatários e donos de engenho, através de seus direitos hereditários, mantiveram-se na posse e na propriedade das terras, sempre em grandes escalas. Mais do que isso, o liberalismo econômico, altamente em voga na Europa, sobretudo na Grã-Bretanha, que se encontrava no auge da Revolução Industrial, era o grande desejo dos grandes latifundiários e donos de escravos, uma vez que poderiam prosperar sem a intervenção direta da Coroa, como ocorria anteriormente (OLIVEIRA, 2012, p. 14).

Assim como ocorrera na fase colonial, o direito de propriedade também era amparado por lei. A Constituição Imperial de 1824, outorgada por Dom Pedro I, no seu artigo 179, inciso XXII¹, garantia o direito de domínio em toda sua plenitude, sem que sua manutenção fosse atrelada ao exercício, inexistindo a possibilidade de perda pelo não-uso. Contudo, naquela época, fazia-se presente a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade particular caso fosse verificada necessidade, de acordo com a lei, de imissão daquele na posse e no uso do bem, cabendo, por conseguinte, indenização.

Novamente, com o passar do tempo, restara evidente a incompatibilidade do regime de mão de obra escrava com os desígnios liberais, denotando certa incongruência por parte dos senhores de terras. De um lado, desejavam liberdade absoluta – aos moldes ingleses – para gerência de seus negócios, otimizando os lucros e por vezes estendendo seus domínios; de outro, não interessava a este modelo socioeconômico a manutenção da mão de obra escrava, pois os escravos não recebiam contraprestação pecuniária pelos serviços prestados, não sendo peça ativa no mercado e, como corolário, indo de encontro aos desígnios dos seus senhores.

¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização (BRASIL, 1824 Constituição Imperial).

Nesse panorama, e sob forte influência do capitalismo, é que fora proclamada a República em 15 de novembro de 1889 (OLIVEIRA, 2012, p. 44).

De igual forma, como ocorreu até então, o poder econômico e, conseqüentemente a propriedade de terras, concentrou-se nas mãos de poucos: os coronéis. Estes, grandes latifundiários, não só detinham boa parcela do poderio econômico, mas também exerciam grande influência política. Nessa situação é que foi promulgada, dois anos depois da proclamação da república, a Constituição da República de 1891. Quanto à regulação sobre o direito de propriedade, esta vinha disposta no artigo 72, parágrafo 17², pouco mudando com relação à Constituição anterior, salvo a maior ênfase dada à proteção de direitos autorais, por influência das primeiras indústrias que começavam a se instalar no país, demonstrando o alto grau de individualismo que permeou e permearia o direito de propriedade por anos (FERREIRA, 2007).

Depois da Constituição de 1891, o direito de propriedade, de certa forma, estabilizou-se, sendo garantido o modelo privado de propriedade, mas sempre assegurada a possibilidade de intervenção do Estado quando fosse necessário seu uso, como em casos de guerra, por exemplo, ou quando o uso do bem pelo proprietário não se adequasse ao regime legal. Ainda, a partir da Constituição de 1934, houve a separação da propriedade do solo para com o domínio das jazidas e minas, a fim de exploração.

Importante ressaltar que o direito em comento teve algumas mudanças em decorrência do modelo de estado vigente, assim como pelos ideais dominantes à época. A Constituição de 1934, promulgada por Getúlio Vargas, no ápice do seu governo de cunho populista, pela primeira vez, trouxe um esboço do que viria a ser a função social da propriedade, sob a influência das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919). Muito embora a inexistência de disposições expressas acerca de limitações do domínio para com a sociedade na Constituição de 1937, estas retornaram na Constituição de 1946, de maneira explícita, em seu artigo 146³ (FERREIRA, 2007).

Nessa esteira, diante da conjuntura política da Ditadura Militar, em que o cerne do governo era a manutenção da ordem social, é que as Constituições de 1967 e 1969 sedimentaram de vez a função social da propriedade, de maneira expressa, inclusive

² Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

³ Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

regulando a desapropriação de propriedades rurais (CASTRO, 2007, p. 508).

Por derradeiro, com o fim do Regime Militar em março de 1985, cuja tônica era a redemocratização do Estado brasileiro, e a sedimentação de direitos sociais e individuais, por muitas vezes violados durante a ditadura, é que foi promulgada a Constituição de 1988, atualmente em vigor. Nela, foi expressamente reconhecida a função social da propriedade, bem como garantido o direito de acesso à terra pelas minorias sociais. Ainda, a inviolabilidade do direito de propriedade é tratada como direito fundamental, ligado ao interesse social e à ordem econômica. E, sendo fundamental, é importante que o Estado possua meios para que se torne eficaz a garantia de um domínio que, no mínimo, possibilite a existência digna, nos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana (FERREIRA, 2007).

Dessa forma, percebe-se que o direito de propriedade nasce no momento em que o homem torna-se capaz de produzir, de angariar recursos e de utilizá-los de acordo com suas vontades e necessidades. E tal instituto, assim como o direito em si, é fato social, mudando de vertente e de fundamentação teórico-prática à medida que as sociedades evoluíram.

Como visto, cada corpo social já existente até então foi de crucial importância para a sedimentação das bases jurídicas do domínio. Analisada a base histórica desse direito, que talvez seja um dos que influencie a vida humana de maneira mais contumaz, passa-se à análise da construção jurídica acerca do domínio.

3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Como visto, o domínio, para existir nos moldes em que hoje se conhece, sobretudo na ordem jurídica pátria, levou séculos para se consolidar fática e juridicamente, a fim de que pudesse se tornar este instituto sólido, apto a produzir alguns dos mais relevantes efeitos no plano fático-jurídico.

Dessa forma, após analisados os aspectos históricos da construção do direito de propriedade, torna-se importante analisar a fundo seus alicerces jurídicos, suas disposições no ordenamento jurídico brasileiro (Código Civil, Constituição Federal e Estatuto da Cidade, entre outros), assim como das teorias e respectivos períodos da história que foram, gradualmente, tornando o que é hoje o domínio.

Passa-se, então, a esta análise.

3.1 Aspectos jurídicos do direito de propriedade

Conforme alhures exposto, o direito de propriedade tem seu nascedouro a partir do momento em que o homem primitivo começa a utilizar-se de ferramentas arcaicas para facilitar os desígnios do dia a dia, tais como caça, pesca e confecção.

Ocorre que, como a propriedade, num primeiro momento, não era individualizada em somente uma pessoa, pode-se dizer que aquele que se encontrasse momentaneamente munido de tal utensílio poderia ser considerado como se proprietário fosse. Do mesmo modo, com o passar dos anos, aquele que estivesse cultivando determinada gleba de terras seria considerado como dono até o momento em que suas atividades cessassem. Nascia, então, o instituto da posse.

3.1.1 Da posse

Nos dizeres de Wald (2002, p. 29-31), a posse constitui-se numa situação de fato, onde um determinado sujeito mantém, sob sua guarda, determinado bem para seu uso e gozo, tendo ou não a intenção de considerar-se dono da mesma. E desse estado de sujeição entre uma coisa e seu possuidor defluem efeitos nos planos fático e jurídico, podendo-se citar a possibilidade de defesa da posse, como, por exemplo, os interditos possessórios.

Entretanto, importante se faz uma ressalva quanto às teorias informadoras da posse: a

subjetiva, em cuja defesa encontra-se Savigny, e a objetiva, defendida por Rudolf von Ihering.

Para a primeira, leciona Pereira (2012, p.14), a posse seria uma situação de fato somente defluindo efeitos jurídicos quando presente, de maneira concomitante, o *animus domini*, ou seja, a efetiva vontade de agir como se dono fosse pelo possuidor do bem sob sua guarda, e o *corpus*, que, conforme explica, “não é a coisa em si, mas o poder físico sobre a coisa”. Trata-se da condição de sujeição existente entre um bem e quem o possua, mas não só isso, que o possua como se dono fosse. Caso ausente esse desígnio, a sujeição ora mencionada não mereceria tutela jurídica, sendo considerada não como posse, mas sim como mera detenção.

Por sua vez, Ihering, defensor da teoria objetiva da posse, afasta o elemento subjetivo (*animus*) como condição *sine qua non* para que se configure a posse, afirmando serem esta e a detenção apenas uma situação de fato consciente. Assim, para Ihering, basta apenas o *corpus* para que seja caracterizada a posse, este, respectivamente, sendo observado no modo pelo qual o possuidor age com relação à coisa em seu poder (WALD, 2002, p. 34).

Nesse sentido, explica Gonçalves:

Para Ihering, portanto, basta o *corpus* para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa contato físico com a coisa, mas sim *conduta de dono*. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua *função econômica*. Tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*. O elemento psíquico não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de agir como habitualmente o faz o proprietário (*affectio tenendi*), independentemente de querer ser dono (*animus domini*) (2009, p. 32).

Assim, embora pareça tênue a linha que separa a posse da mera detenção, nos termos da teoria objetiva, a diferença verifica-se na existência de uma causa excludente (*causa detentionis*) que afasta da detenção a proteção jurídica conferida à posse, uma vez que, em ambas está presente o elemento material. Tal causa se expressa através de determinações legais, como em casos de sujeitos que praticam atos com relação a determinado objeto, mas em nome de outrem, vez em que se torna patente a existência de detenção pelo fato de que o praticante de tais atos não atua como dono, mas tão somente representa um terceiro (WALD, 2002, p. 34).

Em termos práticos, embora respeitável a teoria proposta por Savigny, torna-se demasiadamente furtiva a prova do elemento subjetivo da posse. Como bem exemplifica Pereira (2012, p. 16), “quem encontra um chão ermo e o cultiva, [...] não pode provar o *animus domini*. Mas, se um terceiro invade a sua cultura, e pretende colher os frutos da terra

que cuidou, defende-a como possuidor, porque tem a *affectio tenendi*, distinguindo-a da mera detenção”.

Em vista disso, o Código Civil preleciona, no artigo 1.196⁴, a definição de possuidor. Da simples leitura do dispositivo legal, denota-se que o legislador adotou a teoria objetiva de Ihering, uma vez que, para que haja posse, é necessária a atuação conforme um dos poderes próprios de quem é proprietário de algo, ou seja, é necessária a *affectio tenendi* por parte do possuidor.

Contudo, para que melhor se possa compreender o instituto em comento, faz-se necessária a análise dos poderes inerentes ao domínio, a citar: o direito de usar (*jus utendi*), o direito de gozar (*jus fruendi*) e o direito de dispor (*jus disponendi*).

Para Pereira (2012, p. 93-94), o direito de usar consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância. Já o direito de gozar realiza-se com a percepção dos frutos que o uso da coisa pode gerar. Por sua vez, o direito de dispor da coisa é considerada a mais viva expressão dominial – conferida somente a quem seja proprietário do bem –, já que quem dispõe da coisa revela-se mais dono do que aquele que somente usa ou goza (como nos casos de direitos *in re aliena*).

Nesse sentido, vem a posse classificada, no Capítulo I do Livro III, da Parte Especial do Código Civil, em direta e indireta, justa e injusta, de boa e de má-fé, exclusiva, com posse e as posses paralelas; posse nova e posse velha, posse natural e posse civil, posse *ad interdicta* e *ad usucapionem*.

Assim, considera-se direta ou imediata, regulada no artigo 1.197⁵ do Código Civil, a posse em que o possuidor tem a coisa em seu poder, exercendo parte das prerrogativas inerentes ao domínio diretamente. Por outro lado, a posse indireta ou mediata é aquela em que, embora titular do direito de propriedade, transfere seu exercício para outrem. Colocando em termos práticos, tem-se o exemplo do proprietário de um apartamento que coloca o imóvel para aluguel. Enquanto morador do imóvel, isto é, exercendo todos os poderes inerentes ao direito de propriedade, considera-se como titular da posse, pois ele mesmo usa e goza da coisa. Por outro lado, no momento em que o locatário passa a residir no imóvel, este passa a ser o possuidor direto, pois exerce pessoalmente um dos poderes inerentes ao domínio, enquanto que o locador passa a ser o possuidor indireto pelo fato de ainda ter exclusivamente para si um dos poderes inerentes à propriedade: o direito de dispor da coisa (GONÇALVES,

⁴ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

⁵ Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

2012, p. 61).

Por sua vez, considera-se justa a posse quando sua aquisição não vai de encontro às disposições legais. Mais especificamente, à luz do artigo 1.200⁶ do Código Civil, é justa a posse quando ausentes de vícios típicos, ou seja, quando não foi adquirida com violência, clandestina ou precariamente, sendo, respectivamente, violenta a posse quando adquirida mediante força física, como em casos de invasão, assim como força moral, como em casos de ameaça.

Ainda, é clandestina a posse quando sua tomada se dá de maneira obscura com relação a quem toma, mas notória quanto a terceiros. Por fim, é precária a posse quando oriunda de abuso de confiança, ou seja, quando o possuidor precário deveria ter restituído o bem, porém não o fez. *A contrariu sensu*, é injusta a posse quando justamente presente um ou mais destes vícios (PEREIRA, 2012, p. 22-23).

Ainda, com relação à qualificação da posse, considera-se de boa-fé a posse quando o possuidor a exercer com a certeza de que a exerce de acordo com os ditames legais, ou seja, de que está sendo exercida sem qualquer vício que macule sua aquisição. De maneira contrária, considera-se de má-fé a posse quando seu titular tiver plena ciência do vício que causa a sua ilegitimidade sobre a mesma (WALD, 2002, p. 64).

A posse de boa-fé, ainda, pode ser subdividida em posse de boa-fé real e presumida. É real quando o possuidor tem como base de sua convicção elementos objetivos, ou seja, quando não restam quaisquer dúvidas acerca da legitimidade do exercício de seu direito. Por outro lado, é presumida a boa-fé quando o possuidor detém um instrumento que lhe confira essa presunção, chamado justo título (GOMES, 2012, p. 50).

É nesse sentido que preleciona o artigo 1.201⁷ do Código Civil, ao dispor sobre a boa-fé. O parágrafo único do mesmo dispositivo demonstra claramente a presunção de boa-fé da posse de quem tenha um justo título.

Por sua vez, referindo-se à perda da condição de boa-fé, preleciona o artigo 1.202⁸ do Código Civil que isso somente ocorre quando alguma circunstância concorrer para tanto, como, por exemplo, a ciência de que se está possuindo o bem quando terceiro deveria estar nessa condição.

Assim, o que se torna notável é que, para o direito pátrio, para que se configure a posse

⁶ Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

⁷ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

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

⁸ Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

de boa-fé, basta a ignorância de que no seu exercício não se encontram quaisquer vícios que o maculem, e não sua convicção. Por outro lado, a má-fé, em termos possessórios, resta configurada quando o possuidor, mesmo sabendo de eventual vício, adquire e exerce posse de determinado bem.

A compreensão torna-se mais fácil, conforme lição dada por Gomes, o qual explica que

Se tem consciência de que há obstáculo, ou se sabe da existência do vício que impede a aquisição da coisa, e, não obstante, a adquire, torna-se possuidor de *má-fé*. É que a posse deve ser adquirida com fundamento numa relação positiva com o antigo possuidor, que traduz, intrinsecamente, ausência de lesão a direito de outrem. Numa palavra, a aquisição deve ter causa legítima, mesmo aparente, admitindo-se, porém, erro escusável (2012, p. 50).

Não se pode deixar de mencionar, no entanto, acerca do justo título, previsto expressamente no parágrafo único do artigo 1.201 do Código Civil, elemento de nodal importância acerca da posse de boa e de má-fé.

Considera-se justo título aquele em que, ao menos em tese, é instrumento idôneo para a transferência de um direito. Assim, no momento em que um determinado sujeito passe a exercer a posse, mediata ou imediata, com base na transferência do direito possessório através de um justo título, como uma escritura pública, por exemplo, presume-se que a posse desse sujeito esteja de acordo com os ditames legais, ou seja, de boa-fé. Contudo, importante se faz a ressalva de que a presunção oriunda do justo título não se afigura como absoluta (*jure et jure*), mas sim como relativa (*juris tantum*), admitindo, portanto, prova em contrário. Isso dá azo a situações em que o novo possuidor, presumidamente de boa-fé em razão de seu justo título, passe a ser possuidor de má-fé como em casos de venda a *non domino*, desde que, claro, soubesse desta situação (WALD, 2002, p. 65).

Se clara é a classificação da posse, o mesmo não se pode dizer de sua natureza jurídica. Para uma primeira corrente, a posse é um fato. Isto porque, quando considerada em si mesma, a posse pode ser entendida como um fato, porquanto a posse não se submete aos princípios reguladores das relações jurídicas quanto ao seu nascimento, transferência ou extinção.

Tal corrente tem como defensores Windscheid, Mazzoni e Bonfante, entre outros. Por conseguinte, parte da doutrina considera a posse como um direito, uma vez que, sendo a posse condição econômica do direito de propriedade, aí reside o motivo por ser a posse protegida pelo manto do direito, sendo, assim, um interesse juridicamente protegido. A essa teoria filiam-se Teixeira de Freitas, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, dentre outros. Por

fim, a teoria eclética versa que a posse é um fato e um direito. Um fato, quando considerada em si mesmo, analisando-se a detenção e da coisa para com seu possuidor e um direito, quando analisada sob o prisma dos efeitos que produz. Nesse sentido se encontram autores como Pothier, Brenz, Domat e outros (GONÇALVES, 2012, p. 53-54).

Por fim, cabe referir como a posse pode ser adquirida, assim como quais os efeitos que a posse deflui.

A posse pode ser adquirida de maneira originária ou derivada. Considera-se como aquisição originária da posse aquela oriunda da ausência de transmissão pelo anterior possuidor. Assim, pode-se dar através da apreensão da coisa, constituindo esta quando alguém a detém para si quando esta não tem dono, como também quando a coisa é tomada de outrem. Pode também ser originariamente adquirida por meio do exercício do direito, principalmente referente a direitos reais sobre coisas alheias e somente quanto aqueles que admitem relações possessórias, a exemplo da servidão e do uso. E, por fim, adquire-se a posse originariamente por meio da disposição da coisa ou do direito, como em casos que o possuidor cede sua posse a outrem, realizando ato de disposição. Tais exemplos desse modo de aquisição vêm regulados no artigo 1.205 do Código Civil⁹ (GONÇALVES, 2012, p. 89-91).

Por conseguinte, considera-se como aquisição derivada aquela resultante de um consenso, de uma bilateralidade, normalmente ocorrendo através de negócios jurídicos, seja a título gratuito ou oneroso.

O primeiro modo, e talvez um dos mais comuns, é a tradição, onde a posse, mediante acordo de vontades, passa do possuidor originário para o novo possuidor. Esta pode ser real, ou seja, quando há a entrega material da coisa; ficta, quando há a representação da entrega através de um ato, a exemplo de entrega de chaves de um apartamento; e simbólica ou consensual, representada pelos institutos da *traditio brevi manu* e pelo constituto possessório.

Quanto à tradição, é clara a lição de Gomes:

O conhecimento destas duas formas de tradição se torna mais fácil considerando-se a posse como conjunção dos elementos objetivo e subjetivo, *corpus* e *animus*. [...] Na *traditio brevi manu*, o possuidor de uma coisa em nome alheio passa a possuí-la como própria. Na posse anterior, o *animus* era *nomine alieno*, o qual se substitui pelo *animus domini*. [...] No *constitutum possessorium*, o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio. Na posse anterior, o *animus* era *domini*, o qual se substitui pelo *animus nomine alieno* (2012, p. 64).

⁹ Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:

I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;
II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

Como exemplo de *traditio brevi manu* pode-se citar quando o arrendatário adquire o bem arrendado como seu, tornando-se seu proprietário. Por conseguinte, quanto ao constituto possessório, a título de exemplo cita-se o caso de alguém que tem o bem como proprietário e o aliena, mas continuando como possuidor, ainda que indireto. É o caso inverso ao citado acima, que, agora, passa de proprietário a arrendatário.

Conduto, é importante destacar que o constituto possessório não se presume. É necessário que haja previsão e concordância expressa para que ocorra (GOMES, 2012, p. 65).

Ainda, figura como modo derivado de aquisição da posse a sucessão na posse, que pode se dar por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. Nesse último caso, pode ocorrer tanto na sucessão legítima a título universal, sucedendo o herdeiro à totalidade da posse ou somente fração ideal ou quota-parte – quando da existência de uma anterior composses, por exemplo –, assim como pode ocorrer a título singular, através de legado. Por sua vez, com relação à sucessão por ato *inter vivos*, esta ocorre normalmente quando advém de negócios jurídicos, sempre a título singular, em que o anterior possuidor transfere sua posse a outrem. Quanto a esta modalidade, insta mencionar o instituto da acessão de posses ou *accessio possessionis*, pela qual, à luz do artigo 1.207¹⁰ do Código Civil, é facultado ao novo possuidor unir à sua posse a posse do sucedido. Caso o faça, transferir-se-ão todos os vícios que maculavam a posse anterior (WALD, 2002, p. 74-75).

Fato curioso ocorre com relação aos eventuais vícios da posse e o respectivo modo de aquisição, uma vez que, dependendo de como a posse foi adquirida, os vícios poderão ou não serem mantidos. Quanto ao tema, leciona Gonçalves:

Se o modo de aquisição da propriedade é originário, a posse apresenta-se escoimada dos vícios que anteriormente a contaminavam. Assim, se o antigo possuidor era titular de uma posse de má-fé, por havê-la adquirido clandestinamente ou a *non domino*, por exemplo, tais vícios desaparecem ao ser ele esbulhado. [...] Já o mesmo não acontece com a posse adquirida por meios derivados. O adquirente a recebe com todos os vícios que inquinavam nas mãos do alienante. Assim, se este desfrutava de uma posse violenta, clandestina ou precária, aquele a adquire com os mesmo defeitos. De acordo com o art. 1.203 do Código Civil, essa posse conservará "*o mesmo caráter*" de antes. A adquirida por herdeiros ou legatários, por exemplo, mantém os mesmos vícios anteriores (CC, art. 1.206) (2012, p. 88).

Com relação aos efeitos da posse, podem-se citar a proteção possessória, através do desforço imediato ou das ações ou interditos possessórios, direito à percepção de frutos, direito à indenização das benfeitorias úteis e necessárias, assim como o direito de retenção

¹⁰ Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

quanto a estas, direito ao usucapião, e o direito de indenização acerca de danos sofridos quando de esbulho ou turbação, todos regulados do artigo 1.210 ao artigo 1.222, do Código Civil, à exceção do usucapião, regulado do artigo 1.238 ao artigo 1244, do mesmo diploma legal.

Primeiramente, com relação ao direito de defender sua posse, pode o possuidor fazê-lo independentemente da natureza, seja ela de boa ou má-fé, direta ou indireta, justa ou injusta. Como dito, pode ocorrer através do próprio titular do direito possessório, pelo chamado interdito proibitório, assim como pode o possuidor recorrer à tutela jurisdicional, por meio do interdito de manutenção de posse, em caso de turbação, e por meio do interdito de reintegração de posse, quando do seu esbulho, nos termos do artigo 1.210¹¹ e parágrafos do Código Civil (GOMES, 2012, p. 105).

Por conseguinte, ponto de crucial importância é a questão do direito com relação aos frutos, percebidos ou pendentes, oriundos do bem. Destarte, cumpre salientar as espécies de frutos, sendo eles classificados em frutos naturais, civis ou industriais. Naturais são aqueles que se renovam de maneira periódica em decorrência da própria natureza, como cereais, frutas, etc. Civis, são aqueles produzidos em virtude da utilização do bem, a qual produz renda, como nos casos de juros e aluguéis. Por fim, industriais são aqueles produzidos pela força humana, como bens produzidos em uma fábrica (GONÇALVES, 2012, p. 189).

Dito isso, a condição essencial para que o possuidor tenha direito aos frutos é que sua posse seja de boa-fé, conforme preleciona o artigo 1.214 do Código Civil¹². Ainda, afirma o mesmo dispositivo legal, no seu parágrafo único, que os frutos pendentes devem ser restituídos ao tempo que cessar a boa-fé, deduzindo-se as despesas para produção e custeio. Tais disposições são corolários da regra de que o acessório segue o principal (PEREIRA, 2012, p. 63).

Com relação às benfeitorias, o possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias, assim como terá direito de retenção enquanto não for indenizado. Quanto às voluptuárias, poderá levantá-las, desde que não cause dano à coisa (artigo 1.219¹³ do Código Civil). Para o possuidor de má-fé, contudo, apenas lhe é reservado

¹¹ Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

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

§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

¹² Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

¹³ Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de

o direito de ser indenizado sobre as benfeitorias necessárias, não lhe assistindo, inclusive, direito de retenção, tampouco para levantar as eventuais benfeitorias voluptuárias, conforme ensina o artigo 1.220¹⁴ do Código Civil (GONÇALVES, 2012, p. 194-198).

Como visto, a regulamentação da posse fez-se e faz-se mister para que o direito de propriedade possa, de igual forma, ter postulados normativos sólidos, afinal, o proprietário também é possuidor, as vezes, de forma indireta. Desta feita, passa-se, então, à análise dos aspectos jurídicos do domínio.

3.1.2 Do direito de propriedade

Direito real por excelência, o direito de propriedade pode ser conceituado como o direito de usar, gozar e dispor da coisa, assim como reavê-la de quem injustamente a detenha. Assim dispõe o artigo 1.228 do Código Civil¹⁵. Pereira aduz que “domínio é o direito real que vincula legalmente e submete ao poder absoluto de nossa a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios (2012, p. 75).

Como explicitado anteriormente, somente ao proprietário são conferidos todos os três poderes inerentes ao domínio, quais sejam o direito de usar, gozar e, sobretudo, dispor da coisa. Somente ao titular do domínio é conferida a prerrogativa de alienar a coisa de sua propriedade, sob pena de se caracterizar uma venda *a non domino*, sujeita a anulação.

Ainda, o direito de propriedade é uno, o que importa dizer que a limitação de uma das prerrogativas do domínio é facultativa, sendo a plenitude do senhorio sobre o bem a regra. De igual forma, a propriedade é exclusiva, de forma que o domínio de um exclui o de outrem, salvo em casos de existência de condomínio (GONÇALVES, 2012, p. 221).

Via de regra, a propriedade é perpétua, pois, uma vez conferida ao seu titular, em

retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

¹⁴ Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

¹⁵ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

ocasiões especiais é que poderá ser o dono expropriado do seu bem (GOMES, 2012, p. 104).

Como visto, são passíveis de apropriação bens corpóreos, os quais vêm classificados no Código Civil, do artigo 79 ao 103. Assim, classificam-se os bens, de acordo com o disposto no Capítulo I, do Livro II, do mesmo diploma legal, em imóveis, móveis, fungíveis, consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos. Essa classificação leva com critério os bens considerados em si mesmos.

Consideram-se como imóveis, nos dizeres do artigo 79 do Código Civil¹⁶, o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Ainda, pode ser considerado como imóvel todo aquele bem que não pode ser transportado ou removido sem que haja alteração na sua substância.

A incorporação ao solo se dá por meio do fenômeno da acessão, que pode ser natural, artificial ou intelectual. A primeira, como o próprio nome deixa claro, ocorre naturalmente, sem a ação do homem, incluindo-se o subsolo e o espaço aéreo. Por sua vez, a segunda ocorre por ação direta do homem, o qual incorpora ao solo, em caráter de permanência, e sua remoção acarreta alteração na sua substância. Por fim, a acessão intelectual ocorre quando há, intencionalmente, ação humana em bens para aformoseamento e comodidade, citando-se, como exemplo, as pertenças (TARTUCE, 2011, p. 148-149).

De outra banda, são móveis os bens que podem ser removidos ou transportados, seja por força própria ou por meio de terceiros, sem que, com isso, haja qualquer alteração na sua substância ou deterioração.

Por conseguinte, nos termos do artigo 85 do Código Civil¹⁷, são consumíveis os bens móveis cujo uso importa na destruição imediata da própria substância, assim também considerados os destinados a alienação.

A consuntibilidade do bem pode ser de fato, como no caso de alimentos, ou de direito, a exemplo do dinheiro. Ainda, importante ressaltar que um bem inicialmente inconsumível pode tornar-se consumível quando destinado à alienação (MONTEIRO, 2009, p. 191).

Seguindo, são fungíveis os bens que podem ser substituídos por outros da mesma quantidade, qualidade ou espécie. A *contrariu sensu*, são infungíveis aqueles que justamente não podem ser substituídos por outros da mesma qualidade, quantidade ou espécie, à luz do lecionado no artigo 85 do Código Civil (TARTUCE, 2011, p. 150).

Por sua vez, podem ser considerados como divisíveis aqueles bens em que, da sua divisão, manter-se-á a mesma utilidade para cada uma das frações obtidas, sem que haja

¹⁶ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

¹⁷ Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

qualquer redução de valor ou alteração da substância. Contrariamente, bens indivisíveis são aqueles em que não se consegue obter a mesma fruição, as mesmas utilidades do bem quando este é dividido, alterando o seu valor econômico, assim como sua identidade. A indivisibilidade pode ser material, decorrente da impossibilidade física de divisão do bem sem que, com isso, haja alteração na sua substância (como um carro, por exemplo), ou pode ser jurídica, decorrente de lei (MONTEIRO, 2009, p. 192).

Por fim, ainda considerados os bens em si mesmos, podem ser classificados em singulares e coletivos.

Singulares são aqueles que compõem uma unidade homogênea, sem que haja desforço humano para tanto. Assim, a singularidade decorre da ligação natural do que compõe a coisa, como em uma árvore, por exemplo. Quando a ligação decorre do engenho humano, diz-se ser a coisa composta, podendo ser material ou imaterial, como um fundo de negócios, por exemplo (MONTEIRO, 2009, p. 193).

De outra banda, nos dizeres de Tartuce (2011, p. 153), bens coletivos ou universais são oriundos da junção de várias coisas singulares, formando um todo individualizado. A universalidade pode ser de fato, considerada como a união de bens singulares, corpóreos e homogêneos, cuja ligação decorre de ato volitivo humano. E que dela se possibilite uma utilização unitária, admitindo-se a existência, por parte desta espécie de universalidade, de relações jurídicas autônomas, ao passo que se consideram como universalidade de direito, segundo o artigo 91 do Código Civil¹⁸, o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa a que possa atribuir valor econômico, a exemplo do patrimônio, da herança, da massa falida etc. Em suma, a universalidade de direito decorre de uma ficção legal, a qual unifica o conjunto de bens singulares, sejam estes tangíveis ou não, com o fito de que estes produzam efeitos.

Após, no Capítulo II, do Livro II, do Código Civil, o critério para classificação dos bens é a consideração recíproca, de onde se pode dividir os bens em acessórios ou principais.

Bem principal é “aquele que existe sobre si, sobre si, abstrata ou concretamente”, ao passo que acessório é aquele “cuja existência supõe a do principal” (art. 92 do Código Civil¹⁹), denotando um caráter de dependência, conforme o preceito de que, via de regra, o acessório segue o principal.

Monteiro (2009, p. 195), explica que não só às coisas corpóreas se aplica tal divisão, mas também a direitos, citando como exemplo um crédito. Aduz que “o crédito, por exemplo,

¹⁸ Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

¹⁹ Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

existe sobre si, tem autonomia, individualidade própria. O mesmo não sucede com a cláusula penal, cuja existência se subordina à de uma obrigação principal”.

Nessa senda, são bens acessórios, conforme preleciona a legislação civil em vigor, os frutos – alhures expostos –, os produtos, as benfeitorias e as pertenças. Produtos são os bens acessórios que, uma vez extraídos da principal, causam diminuição na quantidade e na substância, como uma pepita de ouro retirada de uma mina. Pertenças, por sua vez, são bens acessórios que servem à principal, por vontade ou intelectualidade do proprietário deste bem. Destinam-se as pertenças, ainda, em conformidade com o artigo 93²⁰ do Código Civil, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro (TARTUCE, 2011, p.155-156).

Finalmente, mas não menos importante, benfeitorias são bens ou as despesas ligados ao principal, realizadas em bens móveis ou imóveis de propriedade de terceiro, cujas espécies, da análise do artigo 96 do Código Civil²¹, são úteis, necessárias e voluptuárias.

São úteis as benfeitorias que se destinam a aumentar a utilidade do bem, visando à melhoria no seu manuseio ou utilização. Por sua vez, necessárias são as benfeitorias que têm como fito a conservação do bem, isto é, aquelas imprescindíveis para evitar que a coisa se deteriore. Por fim, consideram-se voluptuárias as benfeitorias efetuadas para mero embelezamento, aformoseamento do bem, dado que, caso não feitas, em nada importará em incremento da utilidade ou prevenção a deteriorações (MONTEIRO, 2009, p. 199-200).

Contudo, não apenas de bens corpóreos é possível a propriedade, ampliando-se o direito em comento a bens imateriais. Como exemplo, cita-se a Lei 9.610/98, a qual regulamenta os direitos autorais, denotando a admissibilidade de apropriação sobre direitos, assim como o próprio Código Civil, nos já analisados artigos 80, I, e 83, II, afirma que se consideram como bens móveis e imóveis os direitos reais sobre as coisas imóveis/móveis, bem como as ações que lhes asseguram.

Todas essas espécies de bens são passíveis de apropriação humana, conferindo os poderes inerentes ao direito de propriedade. Contudo, até aqui somente foram analisados os aspectos privados do direito de propriedade, isto é, de sua aquisição por particulares, que pode se dar mediante o registro, para bens imóveis, e pela tradição, para bens móveis, o que, entretanto, será analisado posteriormente.

²⁰ Art. 93. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

²¹ Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Nessa seara, há bens que não podem ser apropriados por entes particulares, mas tão somente por pessoas jurídicas de direito público. Assim, o Código Civil traz a classificação dos bens públicos do artigo 98 ao artigo 103, razão pela qual se passa a perscrutar cada uma de suas espécies.

Primeiramente, considera-se público todo aquele bem em que, conforme preleciona o artigo 98 do Código Civil²², consta como proprietário pessoa jurídica de direito público interno.

Os bens públicos podem ser subdivididos em bens de uso comum, isto é, aqueles cujo acesso é comum a qualquer popular, como mares, ruas, praças; bens de uso especial, a exemplo de edifícios ou terrenos vinculados a um fim específico pela administração pública direta e indireta; e bens dominicais, sendo estes os integrados ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público (MONTEIRO, 2009, p. 201).

O critério utilizado para tal classificação, adverte Di Pietro (2012, p. 732-733), é o da afetação, ou seja, a destinação do bem, o que pode implicar em alteração quanto à sua aquisição e à sua alienação. Nesse sentido, os bens de uso comum e os de uso especial podem ser considerados como de domínio público, caracterizados por estarem submetidos a regime jurídico de direito público e por estarem destinados a um fim específico (afetados) pela Administração, condicionando seu uso, gozo e fruição.

Por conseguinte, ainda dentro da afetação do bem, os dominicais são aqueles que não se encontram adstritos a uma finalidade específica, somente constituindo o patrimônio da pessoa jurídica de direito público, sendo classificados, portanto, como bens de domínio privado do Estado, aos quais é aplicado regime jurídico de direito privado, em caso de silêncio da lei (MONTEIRO, 2009, p. 202).

Como prerrogativas por serem de propriedade estatal, os bens públicos detêm os atributos da imprescritibilidade, impossibilidade de oneração, impenhorabilidade e inalienabilidade. Di Pietro, comentando tais atributos, dispõe que

Em razão de sua destinação ou afetação a fins públicos, os bens de uso comum do povo e os de uso especial estão fora do comércio jurídico de direito privado; vale dizer que, enquanto mantiverem essa afetação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, penhor, comodato, locação, posse *ad usucapionem* etc. Se isso já não decorresse da própria afetação desses bens, a conclusão seria a mesma pela análise dos artigos 100, 102 e 1.420 do Código Civil. O primeiro estabelece a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, enquanto conservarem sua qualificação, na forma que a lei determinar. O segundo

²² Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

determina que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião; e o terceiro estabelece que só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor anticrese ou hipoteca (2012, p. 731).

Soma-se à abalizada explicação o disposto no artigo 100 da Constituição Federal, o qual, expressamente, veda a possibilidade de penhora sobre bens públicos, quando estabelece processo especial contra a Fazenda Pública.

Efetuada a análise sobre o que pode ser apropriado e quem pode apropriar-se, analisar-se-á, neste momento, como se inicia o domínio sobre bens, ou seja, os modos de aquisição da propriedade.

No atual sistema jurídico brasileiro, dois são os modos de aquisição da propriedade: o originário e o derivado. De maneira semelhante ao concernente à posse, adquire-se uma coisa de maneira originária quando esta não está sob o domínio de alguém, ou seja, quando não há relação jurídica precedente no qual sucederá o proprietário em potencial. Isto pode vir a ocorrer quando o bem em objeto não tinha dono nenhum (*res nullius*) ou quando simplesmente vem a ocupar a coisa. Por sua vez, a aquisição derivada ocorre quando a propriedade sucede a de outrem, isto é, quando, em relação ao bem, há um proprietário anterior que, mediante acordo de vontades ou não, transfere o domínio para terceiro. Assim, por exemplo, considera-se como aquisição derivada aquela decorrente de um contrato de compra e venda de um automóvel (sucessão a título singular), assim como aos herdeiros com relação ao espólio deixado pelo “de cujus” (PEREIRA, 2012, p. 97-99).

Neste sentido, relativamente a bens imóveis, a propriedade pode ser adquirida por meio da usucapião, da transferência, materializada pela tradição e acompanhada do respectivo registro, pela e pela acessão.

Com relação à primeira, usucapião pode ser considerado como o modo originário de aquisição da propriedade em que o elemento tempo se apresenta como fundamental. A usucapião se faz presente quando determinado sujeito, exercendo a posse de determinado bem pelo período previsto em lei, assim como preenchendo os respectivos requisitos (também legais), torna-se proprietário deste (GONÇALVES, 2012, p. 237).

A usucapião de bens imóveis pode ser dividida em extraordinária, ordinária e especial, sendo esta subdividida em rural e urbana. A primeira ocorre quando, nos termos do artigo 1.238 do Código Civil²³, o sujeito exerce a posse mansa e pacífica durante, no mínimo, quinze

²³ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a

anos, sempre com ânimo de dono. Para esta espécie, dispensa-se os requisitos da boa-fé e do justo título. Ainda, prevê o parágrafo único do referido artigo que o prazo será reduzido para dez anos quando o possuidor tem no imóvel sua moradia ou exerce atividades de caráter produtivo. Incluem-se como adquiridas pela prescrição aquisitiva os direitos reais sobre coisa alheia que gravam o imóvel, tais como servidões, a anticrese, etc.

Por sua vez, à luz do artigo 1.242 do Código Civil²⁴, ocorre a usucapião ordinária quando o possuidor adquire a propriedade do bem quando este a exerce, de maneira contínua e incontestada, a posse do bem, munido o possuidor de justo título e sua posse é dotada de boa-fé. De maneira semelhante à usucapião extraordinária, o parágrafo único do artigo em comento reduz o prazo para cinco anos quando os possuidores residem no imóvel ou nele realizam obras ou serviços de caráter produtivo.

Nesta senda, a usucapião especial, como referido, subdivide-se em usucapião especial rural ou *pro labore* e em usucapião especial urbana. A primeira, regulamentada no artigo 1.239 do Código Civil²⁵ e no artigo 191 da Constituição Federal de 1988²⁶, consagrou a proteção à moradia e produção familiar em terras rurais cuja área não ultrapasse a cinquenta hectares. Assim, todo aquele que possuir imóvel rural por cinco anos ininterruptos e sem oposição, adquirir-lhe-á sua propriedade, desde que no imóvel resida e que o torne produtivo por decorrência do seu trabalho ou de sua família (GONÇALVES, 2012, p. 241).

Por sua vez, a segunda (usucapião especial urbana) vem disposta no artigo 183 da Constituição Federal de 1988²⁷, assim como no artigo 1.240 do Código Civil e no artigo 9º da Lei nº 10.257/01²⁸ (Estatuto da Cidade). Assim, adquire a propriedade de imóvel não superior

sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

²⁴ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

²⁵ Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

²⁶ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

²⁷ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

²⁸ Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

a duzentos e cinquenta metros quadrados o possuidor que exercer a posse, por cinco anos, de maneira ininterrupta e sem oposição, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano e rural, assim como que o utilize para sua moradia ou de sua família. Para ambas, usucapião especial rural ou urbano, dispensam-se o justo título e a boa-fé (GONÇALVES, 2012, p. 243).

No sistema romano, a propriedade não poderia ser transferida somente pelo título negocial das partes. Era necessário que este fosse acompanhado de um ato solene, observando sempre os requisitos que a lei instituía, a exemplo da tradição. Assim, pode-se afirmar que, para o direito romano, os requisitos necessários para a transferência de domínio são o *título* e o *modo*, sendo que este somente trasladaria a propriedade se aquele fosse justo (PEREIRA, 2012, p. 100).

Já, para o sistema francês, somente o título é instrumento hábil para efetivar juridicamente a transferência da propriedade. Assim, diz-se que, para este sistema, o título tem efeito translativo, constando de cláusula implícita de transferência de propriedade. Não é sequer necessária a existência de tradição (GOMES, 2012, p. 152).

De maneira contrária, o sistema germânico pressupõe que, além do instrumento efetivamente firmado pelas partes, se faz necessário um ato acessório, um ato complementar a fim de que a propriedade seja transferida para outrem. Consiste este ato no registro efetuado no ente competente (Cartório de Registro de Imóveis), o qual impõe um procedimento contencioso administrativo, a fim de que se dê publicidade e segurança jurídica (PEREIRA, 2012, p. 101).

Assim, a exemplo da legislação civil anterior, o Código Civil de 2002 optou por seguir o modelo romano de aquisição da propriedade tanto de móveis quanto de imóveis. Não obstante, da análise do artigo 1.245 do Código Civil²⁹, possa parecer que segue o ordenamento jurídico pátrio o modelo alemão, insta ressaltar que este preza pela separação absoluta do plano obrigacional do plano real, de modo que o ato que transfere a propriedade é o registro do título. O sistema adotado pelo Brasil, no entanto, preza pela separação relativa entre o plano obrigacional e o real, exemplificada pela presunção relativa de transferência de propriedade que o registro do título confere, conforme o artigo 1.246 do Código Civil.³⁰ (GOMES, 2012, p. 152).

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

²⁹ Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

³⁰ Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Para os bens móveis, a regra, como modo de aquisição derivada, é que basta a tradição do bem para que se transfira a propriedade (artigo 1.267 do Código Civil³¹). Não há necessidade, assim, de qualquer ato posterior para a eficácia do traslado. Como modo originário, é possível ainda usucapir coisas móveis, sendo três anos o prazo para quem a possua com justo título e boa-fé, e cinco, para quem tem a posse de má-fé e ausente de justo título (artigos 1.260³² e 1.261³³ do Código Civil). Ainda como modo originário, pode ser operada a transmissão da propriedade pela ocupação, quando alguém se assenhora da coisa sem dono, que nunca fora de propriedade de ninguém (*res nullius*) ou que, temporariamente, se encontra sem dono (*res derelicta*), adquirindo de pronto a propriedade desta, salvo quando a ocupação encontra-se defesa por lei, à luz do artigo 1.263 do Código Civil³⁴ (PEREIRA, 2012, p. 137-138; 146-148).

Portanto, conforme exposto, a legislação civil hodierna, através do Código Civil, Constituição Federal e das demais leis esparsas, regula o direito de propriedade e a posse nos mais minuciosos detalhes, visando a conferir o maior grau de segurança jurídica possível, uma vez que é de vital importância este direito tanto para a economia quanto para a vida não só de particulares, como também do Estado.

Contudo, como fato social que é o direito, o domínio teve, ao longo dos anos, diversas teorias que o fundamentaram, alternando o enfoque e, por vezes, sua regulação normativa. Passa-se, então, às análises das teorias informadoras do domínio.

3.2 Teorias informadoras do domínio: do iluminismo ao socialismo e neoliberalismo

As principais teorias acerca do direito de propriedade tiveram seu nascimento no Iluminismo, momento em que o foco das teorias elaboradas voltava-se para o homem, no chamado antropocentrismo. A realidade da época era o surgimento dos Estados Nacionais, a consolidação do mercantilismo, o comércio e a obtenção de lucro. Por óbvio, não poderiam deixar de haver indagações acerca do direito de propriedade, já que é elemento fundamental para o alcance dos anseios capitalistas, os quais afluíam de maneira cada vez mais intensa

³¹ Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

³² Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

³³ Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

³⁴ Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

(JELINEK, 2006).

Importante destacar que, muito embora a divergência entre elementos de teóricos como Locke, Rousseau e Hobbes, um elemento em comum era o jusnaturalismo. Para tais, havia uma ordem jurídica pré-existente e, de certa forma, superior, de onde defluiriam todos os outros direitos, positivados ou não. A propriedade, neste viés, seria um direito natural do homem, pré-existente, pois, sendo o ser humano o centro, inadmissível considerar que os bens e terras não poderiam ser postos à sua disposição. Nesse diapasão, a propriedade privada seria naturalmente legitimada pela condição de ser humano do homem (BELLO, 2011).

O enfoque, primeiramente, voltou-se ao homem como criador do Estado – este, à época, detentor de todos os meios de produção. Como dito, os fundamentos variavam de pensador para pensador. Para Locke, por exemplo, o estado do homem poderia ser classificado como estado de natureza e estado civil. O primeiro seria aquele intrínseco do homem, como sendo um ser social e racional, para quem o segundo estado (o civil), seria decorrência natural da racionalidade. Em decorrência do estado civil, defluiria o estado político, representado na “pessoa” do Estado, o qual teria como função a organização política e jurídica, mas como consequência natural da racionalidade humana, somente aplicando as leis, e não as criando. Por outro lado, Hobbes considerava que o estado de natureza do homem seria um estado primitivo, onde o instinto primário era o de disputa, de guerra, cabendo ao estado civil (e, portanto, racional), “apaziguar” os instintos primitivos do homem, por meio de normas e organização política (BELLO, 2011).

Com efeito, para Hobbes, a propriedade só poderia surgir através do Estado, já que, no estado de natureza, não haveria qualquer tipo de regramento que pudesse propiciar disciplina e regramento à conduta dos indivíduos. Por seu turno, Locke acreditava que a propriedade era um direito natural do ser humano, justamente por sua racionalidade intrínseca servindo como fundamento, inclusive, para criação de governos civis e atribuição de direitos políticos aos seus membros. Percebe-se que, para Locke, o direito de propriedade era o fundamento, a razão de ser para a criação do Estado, e, assim sendo, este deveria respeitar e garantir a existência e o exercício do referido direito.

Nota-se, também, o sentido econômico empregado por Locke, uma vez que, para ele, segundo Norberto Bobbio, citado por Bello (2011), “o fundamento da propriedade deveria ser procurado no trabalho, empregado para apropriar-se de uma coisa ou para transformá-la, valorizando-a economicamente”.

Assim, enquanto que, para Hobbes, o direito de propriedade era decorrente do Estado, já que o homem, em seu estado de natureza, não disporia de racionalidade suficiente para tal,

para Locke, a propriedade era um direito natural, assim como o estado civil, já que o homem era considerado, para ele, como ser naturalmente racional, e a propriedade seria mera consequência de tal racionalidade.

Em razão dessas e de outras teorias é que surgiram os mais diversos conceitos de propriedade. Em seu artigo 544, o Código de Napoleão definia a propriedade como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos” (PEREIRA, 2012, p. 90).

Contudo, surgiram, ao longo da história, correntes doutrinárias que dão ao domínio uma expressão mais “humanitária”, isto é, mais social e igualitária. Neste sentido encontram-se Marx, Engels e Duguit. Os primeiros pregavam o fim da sociedade dita burguesa pela insurreição do proletariado, e os frutos advindos do capital deveriam ser igualmente compartilhados, não havendo distinção de classes. Assim, tanto os meios de produção, quando a propriedade de móveis, imóveis, utensílios, etc., seriam de propriedade da comunidade, advindo, daí o sonho de uma sociedade comunista (ARAÚJO, 1998, p. 61).

Assim, para Marx, a propriedade não deveria ser analisada e embasada puramente nos lucros que dela viriam, mas sim na *função* que ela exerceria sobre a sociedade como um todo; já que, para o autor, os detentores do capital exploravam a *mais valia* dos trabalhadores, a fim de obter lucros. No socialismo e no comunismo, uma vez repartidos os lucros, deveria ocorrer a repartição dos bens de produção, não havendo mais propriedade de uns em detrimento da exploração de outros.

Por sua vez, a teoria de Duguit “não é fundamentada em Normas Jurídicas, mas em uma análise sociológica, que parte da concepção do Direito como resultado constante e espontâneo dos fatos e não como mera obra do legislador” (JELINEK, 2006). Sua teoria visa a afastar a noção de propriedade de direito absoluto, devendo, na verdade, figurar como o binômio propriedade-função. Para ele, a propriedade deveria ser lastreada na função, na atribuição que seu titular a conferiria, atribuição esta que não poderia se afastar das necessidades individuais e coletivas. Assim, a propriedade deveria ser fundamentada não na livre disposição do bem pelo titular do domínio, mas sim na disposição *limitada* aos limites sociais que dela defluem.

Percebe-se que, da teoria de Duguit, está a base para o direito fundamental da função social da propriedade, presente na grande maioria das Constituições democráticas, como Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar e a Brasileira, por exemplo (art. 5º, inciso

XXIII, Constituição Federal de 1988³⁵).

É possível denotar, como exposto anteriormente, que a concepção de propriedade, nos dias atuais, está voltada novamente ao bem comum, não necessariamente nos moldes do comunitarismo primitivo, mas no sentido de que somente seria legítima a propriedade que atendesse aos anseios sociais. Isso não implica em dizer que a propriedade privada – dotada de todos os elementos e características expostas acima – deva ser extirpada do ordenamento jurídico, porquanto um direito, *de regra*, absoluto e perpétuo e consagrado “como um direito natural, inalienável e sagrado ao ser humano” (BRAGA, 2009).

Assim, resta claro que a construção do direito de propriedade, mais do que um conjunto de fatores sociais, é consequência da época vivida pelo legislador, assim como pelos pensamentos dominantes, alterando-se constantemente. Sob a influência do estado democrático de direito, consolidado na Constituição de 1988, será feita a análise do tratamento constitucional do direito de propriedade.

3.3 Da ordem constitucional do domínio e sua função social

Como visto, para a existência do direito de propriedade como hoje se entende, foram necessários anos, séculos para que as teorias que o informam fossem aplicadas na prática, tornando sólida a base legal que compõe o domínio.

Entretanto, não somente por meio de leis o direito de propriedade regulamentado. Por trás dos dispositivos legais, encontram-se diversos princípios, todos presentes na Constituição Federal, que atuam como verdadeiros vetores para a melhor interpretação das normas referentes à aquisição da propriedade e a sua perda por motivos de interesse público, por exemplo.

A esse respeito, cabe salientar o que são considerados princípios. Derivada do latim, mais especificamente da palavra *principium*, princípio denota a ideia de origem, de fundamento para algo, dos mais variados são os conceitos de princípios para diversos doutrinadores, que levam em conta, para tanto, critérios como fundamentalidade, hierarquia, abstração, generalidade etc. (BORGES, 2010).

Assim, para Silva (2005, p. 92), são princípios “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, como são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Não obstante, afirma este mesmo autor que a palavra princípio é equivocada, uma vez que, como dito, dá a noção de início, começo, ao passo que, no que quer se referir o Título I da Constituição, princípio quer denotar a ideia de mandamento nuclear de um sistema (SILVA, 2005, p. 91).

Nesse sentido, de acordo com autores como Harger, Lucon, Carrazza, dentre outros, princípios podem ser considerados como normais gerais e abstratas que, embora muitas vezes não venham positivadas, ocupam posição de superioridade jurídica, vinculando o entendimento e a aplicação das normas que com ele se interligam (BORGES, 2010).

Contudo, não há como se falar de princípios sem mencionar a lição dada por Robert Alexy. Para o autor alemão, o critério utilizado para conceituar o que é um princípio é outro, de forma que aquele leva em consideração a estrutura da norma em seu aspecto qualitativo. Dessa forma, Alexy afirma que tanto regras como princípios são normas, uma vez que ambas demonstram um caminho a ser seguido, isto é, o que fazer em determinada situação, permitindo ou proibindo determinado comportamento. Contudo, aponta o autor que princípios são normas que ordenam que algo seja feito tão possível seja quanto, isto dependendo tanto de questões de fato como de direito, podendo ser aplicados quando este apresenta-se vago, por exemplo. Por sua vez, regras são normas que podem ou não serem cumpridas, a depender de sua existência e de sua validade. Se a regra é válida, cumpre-se sua determinação sem margens para ampliações, via de regra (ALEXY, 1993, p. 86).

Assim, os princípios, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais, nos dizeres do mestre mencionado, são verdadeiros mandatos de otimização, sendo o cumprimento dos preceitos determinados em vários graus de intensidade, ora mais, ora menos, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas para tanto.

Assim, nem sempre consegue o legislador suprir, através da lei, todas as necessidades oriundas das relações humanas. Nesse sentido, uma vez ausente a regra a ser aplicada ao determinado caso em concreto, cabe, então, aos princípios o regramento deste, assim como, de maneira contrária, quando existente a regra, mas, de seu texto, divergem as interpretações acerca de sua aplicabilidade, atuam os princípios como norteadores de sua aplicação, majorando-a na medida do possível (BORGES, 2010).

Da leitura do texto Carta Magna de 1988, percebe-se a existência de diversos princípios, previstos no artigo que, em consonância com os objetivos estabelecidos pela Constituição à República, deram ensejo aos direitos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais se aplicam ao regime jurídico do direito de propriedade. Passa-se à sua análise.

Primeiramente, importante se faz a menção dos objetivos fundamentais trazidos pela Carta Magna, em seu artigo 3º³⁶, de maneira absoluta, os demais dispositivos do mesmo diploma legal.

Diante disso, o primeiro princípio e direito fundamental é o da dignidade da pessoa humana. Contudo, não há como fazer qualquer análise deste princípio sem antes mencionar o direito à vida, consagrado como direito fundamental e elencado no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal.

Nos dizeres de Silva (2005, p. 197-202), o direito à vida consubstancia-se na prerrogativa de toda pessoa – pois é o homem sujeito de direitos e deveres – integra não somente o direito de existir, mas também de existir com sua integridade física, moral e jurídica resguardadas pelas garantias constitucionais.

Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana aduz que não basta, para as pessoas, apenas viver, mas sim viver de um modo digno, cuja existência seja plena e em total consonância com os primados elencados na declaração universal de direitos humanos. Em vista disso é que se impõe a proteção da integridade física (art. 5º. XLIX, da Constituição Federal³⁷), a proteção à moral e à honra (art. 5º, V³⁸ e X³⁹, da Constituição Federal), dentre outros.

Por conseguinte, surgem como corolários do princípio acima referido os princípios da igualdade e da liberdade. O primeiro pode ser dividido em várias facetas, dentre elas a igualdade material (tratar de maneira igual os iguais e desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade) e em igualdade formal, ou seja, aquela igualdade conferida perante a generalidade e a abstração das leis. O princípio da igualdade vem expressamente previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I⁴⁰, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que “todos serão iguais perante a lei sem qualquer distinção de qualquer natureza”. Assim, o próprio Estado, ao garantir a igualdade de todos perante a lei, também através desta garante o tratamento desigual quando este se fizer necessário em virtude das desigualdades entre os

³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁷ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

³⁸ V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

³⁹ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

sujeitos em envolvidos, citando-se, como exemplo, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, cuja exceção pode ser percebida no artigo 5º, L, da Constituição Federal⁴¹, que dispõe acerca das condições presidiárias, pois apenas elas podem permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BONAVIDES, 2004, p. 562-564).

O direito fundamental à liberdade, por sua vez, inclui não somente as liberdades subjetivas, citando-se como exemplo o livre arbítrio, mas também liberdades de cunho objetivo, consideradas estas as que importam no afastamento de obstáculos pelo homem de modo a viver livremente, claro, sempre dentro do que é permitido por lei. Assim, é garantida à pessoa humana, diante dos ditames constitucionais hodiernos, liberdades de crenças, de locomoção, de expressão coletiva, de ação profissional, assim como as liberdades públicas, importante numa verdadeira limitação à atuação arbitrária estatal (SILVA, 2005, p. 231-235).

Intimamente ligado aos princípios da igualdade e da liberdade vem o princípio da legalidade, presente no artigo 5º, II, da Constituição Federal⁴², que se consubstancia prerrogativa de que ninguém poderá ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei, sendo necessária, por óbvio, que sua elaboração se dê de acordo com o processo legislativo, assim como com a respectiva sanção, promulgação, publicação e, eventualmente, pelo crivo do Poder Judiciário, a fim de que este extirpe eventuais vícios presentes no texto legal ou, caso impossível, retire a lei do sistema jurídico.

Tal princípio possui desdobramentos, a depender da área jurídica a que se vincula, como, por exemplo, o princípio da legalidade administrativa, onde somente é conferido ao poder público atuar nos limites estabelecidos por lei. Assim, se o particular somente pode ser obrigado a fazer algo caso esteja legalmente previsto, a administração pública somente pode atuar caso a lei expressamente a autorize (ZAINAGHI, 2005).

Como corolário, pode-se citar o princípio da segurança jurídica, consistente no conjunto de condições que possibilitam às pessoas o conhecimento prévio das consequências dos seus atos e seus fatos em respeito à liberdade reconhecida pela lei. Assim, a segurança jurídica tem o fito de garantir que todos saibam que determinadas situações concretas terão resultados também concretamente determinados, por meio do texto legal ou simplesmente pela aplicação deste ao caso concreto pela ação jurisdicional do Estado-Juiz, afastando atuação temerária por parte de particulares e até mesmo do próprio Estado, garantindo a imutabilidade de decisões judiciais (regra) e o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito já

⁴¹ L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

⁴² II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

adquirido (SILVA, 2005, p. 433).

Têm-se ainda, como direitos fundamentais, os chamados de segunda geração ou direitos sociais, previstos no Capítulo II do Título II da Constituição Federal, oriundos de longos entraves da sociedade a fim de que tivessem reconhecidos nos mais diversos ordenamentos jurídicos, direitos como à livre iniciativa e proteção do trabalho, direito à moradia, etc., todos os quais se relacionam intimamente com o direito de propriedade.

Previstos no artigo 1º, inciso IV⁴³, assim como no artigo 7º⁴⁴, ambos da Constituição Federal, os direitos sociais relativos ao trabalhador abarcam não somente um rol de condições mínimas à realização de atividades laborais, mas também garantias de que abusos, tanto por parte dos empregadores, quanto por parte do próprio Estado não ocorrerão. Assim é que se encontram previstos, no dispositivo alhures mencionado, direitos como salário mínimo, férias anuais remuneradas, repouso semanal remunerados etc.

Mas não somente no artigo 7º da Constituição Federal estão previstos direitos fundamentais do trabalhador. Na verdade, muito em função do princípio da proteção, consideram-se como fundamentais todos os outros direitos que visem à melhoria da condição social dos empregados. Nesse sentido, percebe-se que há clara relação dos direitos sociais relativos ao trabalhador com o regime jurídico do direito de propriedade, sobretudo a propriedade rural, uma vez que se tem muitas vezes, na propriedade familiar, a principal ou única fonte de sustento, de modo que se torna imprescindível uma efetiva proteção legal ao trabalho realizado, a fim de garantir sua realização de maneira digna, tal qual como a existência dos que laboram em tais condições (SILVA, 2005, p.289-292).

Com relação à livre iniciativa, expressamente prevista no artigo 170 da Constituição Federal⁴⁵, tem-se como principal alicerce “valorização do trabalho humano”, como pode-se perceber da leitura do *caput* do referido dispositivo. Pretende o referido princípio regular como o Estado, de acordo com seu modelo de produção, atuará frente à população para atingir suas metas na economia.

Atualmente, pode-se dizer que o Brasil adota um modelo Constitucional de produção, onde não basta somente o acúmulo de capital e crescimento econômico, sendo necessário que se leve em consideração a plena efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Novamente, há clara relação dos princípios gerais da atividade econômica, dentre os

⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁴⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

⁴⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

quais se faz presente, como escopo, a proteção à livre iniciativa, com o direito de propriedade, uma vez que, como se verá mais adiante, não se admite que alguém seja proprietário de determinado bem e não dê a este uma atuação condizente com o que determina a Constituição, sendo garantido ao Estado intervir quando o domínio de um particular vá de encontro aos direitos fundamentais, assim como aos princípios constitucionais (SILVEIRA, 2011).

Por sua vez, outro direito social, reconhecido também como fundamental, é o direito à moradia, expressamente previsto não só no artigo 6º da Carta Magna⁴⁶, como também em diversos outros tratados e protocolos internacionais, a citar: Pacto Internacional dos direitos sócias, econômicos e culturais de 1966, carta social europeia, carta de direitos fundamentais da União Europeia, entre outros.

Alude o referido direito à prerrogativa de que a todos os seres humanos, sem qualquer distinção, é conferido o direito de dispor de uma unidade residencial que atenda os mínimos parâmetros para uma existência digna, assim como manutenção da unidade familiar. Nota-se, destarte, a existência de íntima relação deste direito com diversos outros dispositivos previstos na Constituição, como o artigo 24, inciso IX⁴⁷, que dispõe sobre a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para promover programas de construção de moradia e melhoria de condições habitacionais e de saneamento básico; o artigo 7º, IV⁴⁸, quando afirma que o salário mínimo deve ser suficiente para atender as necessidades básicas do trabalhador, de sua família e para sua moradia; e outros mais especificamente relativos ao regime jurídico do domínio, entre eles o artigo 5º, inciso XXIII⁴⁹, artigo 170, inciso II⁵⁰ e 182, parágrafo 2º, relativos à vinculação social da propriedade (SARLET, 2008).

Por fim, após visto diversos direitos e princípios fundamentais que intimamente se relacionam com o direito de propriedade, percebe-se, da leitura do inciso XXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que o próprio direito de propriedade é considerado como direito fundamental, ao afirmar a garantia do direito de propriedade. Não obstante, complementa o inciso XXIII, do mesmo artigo, que “a propriedade atenderá à sua função social”. Dessa forma, ao mesmo tempo que quis o legislador constituinte proteger o domínio, implementou

⁴⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴⁷ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

⁴⁸ IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

⁴⁹ XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁵⁰ § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

uma condição *sine qua non* para a manutenção do seu exercício: a função social da propriedade.

O fundamento para tal proteção ao direito de propriedade, desde que em consonância com sua função social, refere-se à necessidade que têm os seres humanos de prover a sua subsistência pelas coisas a que se apropriam. E, sendo assim, condicionar o exercício do domínio aos fundamentos da República, descritos no artigo 1º, aos objetivos da República, previstos no artigo 3º, assim como aos princípios básicos constitucionais, previstos mormente nos artigos 4º e 170, incisos II e III, todos da Constituição Federal, significa permear o direito de propriedade com os primados da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da proteção ao trabalho e mais, dar validade ética ao exercício do domínio (MATTOS NETO, 2002).

Assim, a função social da propriedade pode ser entendida como um princípio ordenador do exercício do domínio, constituindo garantia da existência nos moldes constitucionais, atendendo aos fundamentos da dignidade da pessoa humana. Contudo, tal conceito pode ser entendido nos moldes atuais, denotando-se grande influência dos pensamentos de Duguit acerca da destinação social do direito de propriedade. A função social, insta destacar, é tão dinâmica quanto é o direito em si, uma vez que aquela variou, no passar dos anos, de acordo com a mudança nas relações de produção (SILVA, 2005, p. 281-283).

Assim, conforme visto no tópico anterior, o que foi tratado acerca das teorias que informaram o regramento jurídico do domínio, em um primeiro momento, o foco era a proteção dos direitos individuais – sobretudo quando da Revolução Francesa, marcando o fim do regime absolutista –, neles se incluindo o direito de propriedade. Naquele momento, era de suma importância que fosse conferido o caráter de extremo absolutismo ao direito de propriedade, a fim de mudar o quadro anterior, em que o domínio era de grande volatilidade frente aos desígnios do Monarca. Posteriormente, o direito de propriedade passou a ter um enfoque mais social, mormente sob a influência das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), reconhecendo a proteção ao direito de propriedade, desde que em consonância com o bem comum.

Sendo assim, a função social da propriedade vincula o proprietário a obrigações de cunho positivo, como, por exemplo, o uso racional dos recursos ambientais e dar utilidade econômica para o imóvel, como também de cunho negativo, devendo abster-se o proprietário de praticar determinadas condutas, como a contaminação do solo, por exemplo. O exercício do domínio, mister se faz a menção, ultrapassou os limites apenas individuais, abrangendo a coletividade em geral, sendo de vital importância a defesa dos interesses difusos (JELINEK,

2006).

Especificamente falando, a função social da propriedade, com absoluta certeza, foi fonte inspiradora para a existência de institutos como a usucapião constitucional, tanto urbana quanto rural. Ainda, ao ter-se como exemplo os artigos 182, § 2º, e 186⁵¹, ambos da Constituição Federal, verifica-se que a função social da propriedade revela-se quando da adequação ao plano diretor dos Municípios (quando existente), em se tratando de propriedade urbana, assim como o proprietário dispõe de seu direito com prudência ao usar os recursos naturais e promover boas relações de trabalho. A sanção para a inobservância de tal primado pode implicar na já mencionada usucapião, assim como dar ensejo à desapropriação do bem pelo Estado, tema do qual tratar-se-á mais à frente (MATTOS NETO, 2002).

Do coletivo ao individual, do individualismo ao bem comum, o direito de propriedade é expressão viva do direito em si, manifestando seu caráter de fato social, adequando-se aos ideais da sociedade em cada período histórico, implementando, alterando ou revogando disposições normativas, tudo com o fito de reger este direito, tão vital e, ao mesmo tempo, tão controverso e polêmico para diversos grupos sociais e etnias existente no país. Assim, analisadas as premissas legais do domínio, passar-se-á à análise do ponto nodal da presente pesquisa, que, atualmente, se encontra altamente em voga: como conciliar o direito indígena à propriedade com aquelas consolidadas por títulos, por vezes, centenários.

⁵¹ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

4 O CONFLITO E O INTERESSE DA FIXAÇÃO DO ÍNDIO NAS TERRAS BRASILEIRAS

O direito de propriedade, como visto, tem suas bases firmemente alicerçadas no ordenamento jurídico pátrio, inclusive, sob forte influência do conteúdo jurídico da Constituição Federal de 1988, mormente com relação a auto aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, garante-se a propriedade a todos, desde que esta seja exercida em consonância com o que preleciona a sua função, conforme alhures exposto. Contudo, o legislador constituinte não se preocupou somente com os direitos individuais, mas também com o direito daqueles grupos sociais não inteiramente inseridos no modelo de sociedade ocidental, como é o caso dos indígenas, por exemplo. Desse modo, a Constituição Cidadã tratou de dedicar um capítulo unicamente para tratar dos direitos e garantias conferidos aos povos indígenas, assim como diversos são os institutos e instituições que visam proteger esta minoria social, a fim de que possam viver com dignidade e mais: de acordo com a sua cultura, crença, idioma, hábitos e, principalmente, o direito à terra.

Acerca disso, far-se-á, neste capítulo, uma análise acerca do interesse e do direito do índio à terra, à sua cultura e às suas crenças, em conjunto com o direito dos agricultores de continuarem como proprietários das terras por vezes demarcadas e desapropriadas.

4.1 A proteção jurídica dos direitos tradicionais do índio com relação à ocupação da terra

A Constituição Federal situa o atual panorama jurídico brasileiro em valores como a dignidade da pessoa humana, assim como em defesa da igualdade material e pelo primado do Estado Democrático de Direito.

Assim, é expressa a Lei Maior, nos artigos 231⁵² e 232⁵³, ao reconhecer aos povos indígenas garantias referentes aos seus modos de vida, cultura, crenças, linguagens e, sobretudo, sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas, demonstrando um maior grau de proteção aos índios não apenas para sua paulatina integração aos moldes socioeconômicos

⁵² Art. 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.

⁵³ Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

da sociedade brasileira, mas também para a garantia de que poderão viver de acordo com a milenar tradição passada por seus ancestrais.

Além disso, em decorrência de tal proteção nunca antes vista no ordenamento jurídico pátrio, diversos outros instrumentos de proteção aos direitos dos povos indígenas foram criados, a citar, por exemplo, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73). Logo em seu artigo 2º⁵⁴, tal diploma dispõe acerca do dever da União, dos Estados, dos Municípios e dos demais órgãos da administração indireta a proteção das comunidades indígenas e a preservação de seus direitos, assim como a criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), por meio da Lei nº. 5.971/67, cujas funções abrangem a tutela cultural dos índios, e sua progressiva integração com a sociedade, a fim de possibilitar uma evolução cultural e socioeconômica plena (SOUZA; BARBOSA, 2011).

Contudo, ressurge a história de proteção aos silvícolas no direito brasileiro.

Inicialmente, como visto, quando da colonização do Brasil, os povos indígenas foram tratados como uma “econômica mão de obra” para extração de vegetação, minerais, povoamento, enfim, para atender aos anseios da Coroa Portuguesa, assim como no Regimento do Governador Geral Tomé de Souza. Tal política podia ser observada nas chamadas Cartas de doação e forais, expedidas pelos Monarcas Portugueses, que estabeleciam um protocolo de ação dos colonizadores para com os índios, em quem, embora tivessem como emblema a sua liberdade e pacificação, o fim precípua era justamente estabelecer condições que favorecessem sua escravidão e apropriar-se de suas terras, com o ensejo de promover ainda mais a busca por especiarias tupiniquins (SOUZA; BARBOSA, 2011).

Continuam Souza e Barbosa afirmando que, após, os colonizadores perceberem que a política de escravidão indígena já não trazia os resultados outrora obtidos, e o panorama jurídico concernente aos indígenas começou, gradativamente, a se modificar, cujo foco, aos poucos, alterou-se da dominação para a integração das comunidades indígenas (2011).

Não obstante terem restado silentes as Constituições de 1824 e 1891, foi na Carta Magna de 1934 que se iniciou, de maneira veemente, a proteção dos povos indígenas, especialmente com relação às terras que, em caráter permanente, se encontrassem os índios, destacando-se o artigo 129⁵⁵, que garantia o respeito à posse das terras permanentemente ocupadas, vendando, de igual forma, sua alienação. Tal política protecionista fora mantida nas demais Constituições, bem como incorporada em diversas outras leis, como o Código Civil de

⁵⁴ Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos.

⁵⁵ Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

1916, assim como o já citado Estatuto do Índio, até, culminar na proteção atual, da Constituição Federal de 1988, principalmente em seu artigo 231 (LAGRASTA NETO, 1989).

De igual forma, o também citado artigo 2º do Estatuto do Índio, dentre outros direitos, garante, em seu inciso IX⁵⁶, a “posse permanente de terras que habitam, reconhecendo-lhe o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”.

Percebe-se a clara preocupação do legislador brasileiro, sobretudo os constituintes desde 1934 até o de 1988, em garantir o direito sobre as terras ocupadas pelos indígenas, a fim de que estes possam viver de acordo com as suas crenças, hábitos etc.

O ponto chave definido pela Constituição de 1988 foi delimitar sobre quais terras os povos indígenas têm direito à posse e à sua ocupação tradicional. Nesse sentido é que dispõe o §1º do artigo 231 da Constituição Federal⁵⁷, explicando que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas habitadas em caráter permanente, cujo fim deve estar voltado à preservação dos recursos ambientais, aos seus costumes, tradições e usos. Continua o referido dispositivo, em seu §4º⁵⁸, que tais terras, por serem bens da União, são inalienáveis e indisponíveis, assim como imprescritíveis os direitos sobre elas, considerados nulos e extintos, segundo o § 6º⁵⁹ do mesmo artigo, sem produzir qualquer efeito jurídico, qualquer ato que tenha por objeto a ocupação, o domínio, a posse e a exploração de riquezas das terras referidas anteriormente, cuja consequência é a extinção do direito à indenização ou ações contra a União (FRANCO, 2009).

Contudo, comporta analisar no que consiste serem as terras “tradicionalmente ocupadas” Segundo Silva, a tradição da ocupação das terras “refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao *modo tradicional* de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra [...]” (2005, p. 856).

Ainda, outro requisito presente no §1º do artigo 231 da Constituição é estarem as terras tradicionalmente ocupadas em caráter permanente, ou seja, somente aquelas que foram e que

⁵⁶ IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

⁵⁷ § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles 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.

⁵⁸ § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

⁵⁹ § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

continuam sendo ocupadas pelos povos indígenas, e não as que outrora foram, mas não mais o são (FRANCO, 2009).

Neste sentido, complementa Bastos, ao afirmar que “o §1º do artigo 231 define o que sejam terras tradicionalmente ocupadas. São as habitadas pelo índios em caráter permanente, as por eles utilizadas **para suas atividades produtivas e as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar** (grifou-se)” (2001, p. 514).

De forma mais específica, o Estatuto do Índio diferencia as terras indígenas em quatro tipos, as quais, segundo Candeia, podem ser classificadas em:

a) Terras ocupadas – são aquelas com posse efetiva e permanente – são aquelas com posse efetiva e permanente por índios que as habitam, independentemente de demarcação, definindo como bens inalienáveis da União. Essas são as terras a que se refere o *caput* do art. 231 da CF; **b) Áreas Reservadas** - o Estatuto do Índio define que a União pode estabelecer áreas reservadas através de compra ou desapropriação. Não se confunde esse tipo com as de posse imemorial, tradicionalmente ocupadas. As áreas reservadas podem ser: b.1) reserva indígena - é o habitat com meios para subsistência; b.2) parque indígena – é a área contida na posse de índios integrados e para preservação ambiental, como o Parque do Xingu; b.3) colônia agrícola indígena – área para exploração agropecuária, administrada pela Funai, onde convivam índios aculturados e membros da comunidade nacional; **c) Território Federal indígena** – entende-se que não foi recepcionado pela CF/88; **d) Terras de domínio Indígena** – aquelas adquiridas na forma da lei civil. Equivale à propriedade civil comum (2013, grifou-se).

À luz do acima exposto, tradicionalmente ocupadas são as terras onde os povos indígenas exercem efetivamente suas atividades de cultivo, convivência, crenças e demais atividades cotidianas que propiciem o bem-estar da comunidade e que confirmam o grau de unicidade étnica, além de serem aquelas em que os povos realizem suas atividades de subsistência ou economicamente útil, sendo a referência expressa do constituinte de 1988 para que se exerça uma especial tutela, a fim de que se possa garantir a proteção à cultura indígena e a proporcional integração com a sociedade, se assim desejarem (SOUTO, 1994).

Demonstrado, portanto, o interesse e as prerrogativas dos povos indígenas com relação à posse de terras na ótica da legislação aplicável, assim como da abalizada doutrina, não há como deixar de se proceder à análise ao emblemático caso Raposa Serra do Sol, onde foram fixados os critérios para que fosse reconhecido o direito dos índios às terras futuramente demarcadas ou em vias de demarcação.

Dessa forma, é evidente que o Estado tem um dever com relação aos povos indígenas, não só para garantir sua existência nos moldes de seus antepassados, mas também para, se assim desejarem, integrar-se paulatinamente com a sociedade “não-indígena”. E mais, para que se protejam os usos, costumes e crenças dos indígenas, é necessário que se garanta acesso

à terra. Muito embora delineado pareça os contornos da doutrina e jurisprudência acerca do tema, o dia a dia, contudo, se mostra de outra forma.

Portanto, uma vez evidenciado o cerne jurídico acerca dos direitos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, passa-se a uma análise do outro lado da moeda, isto é, que papel detêm as propriedades que possam ser caracterizadas como tradicionalmente ocupadas, assim como qual o direito aplicável para sua tutela específica, caso a caso.

4.2 A propriedade rural vinculada à produção primária

O Brasil, pode-se dizer, tem privilégios quanto à extensão territorial e à produtividade de suas terras. É inegável que as atividades agropecuária e agroindustrial têm grande importância no desenvolvimento econômico e social do país.

Em vista disso, pode-se dizer que a propriedade rural tem papel fundamental no desenvolvimento do ser humano que nela reside, trabalha e cultiva, uma vez que desta atividade resultam diversos benefícios, como emprego, renda para o rurícola e para o Estado – através de tributação, assim como possibilita a acessão social dos produtores rurais (GUILHOTO et al., 2006).

Entretanto, se atualmente o ordenamento jurídico pátrio encontra-se voltado à justiça social, com atendimento integral dos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e em diversos outros textos legais, em momentos não muito distantes, o tratamento dado à gerência de terras no Brasil era diferente.

Como visto no primeiro capítulo da presente pesquisa, com o início da colonização lusa no Brasil, era necessário que o vasto e novo território fosse explorado, descoberto e suas riquezas extraídas. Entretanto, em virtude da “concorrência” com a Espanha, quanto à exploração das terras sul-americanas, o marco histórico que deu início à propriedade rural no Brasil foi o Tratado de Tordesilhas, datado de 7 de junho de 1494, onde restou definido que, à esquerda da linha imaginária que dividia o continente, seria área explorável de Portugal, ao passo que à direita seria da Espanha. Com isso, iniciou-se o já mencionado processo de distribuição de terras aos capitães donatários (BARROS, 2009, p. 48).

Por conseguinte, pode-se dizer que a propriedade rural privada teve seu nascedouro a partir da Constituição do Império de 1824, em seu artigo 179, inciso XXII⁶⁰, assim como pela

⁶⁰ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

Lei ° 601 de 18 de setembro de 1850 – Lei de Terras -, a qual introduziu, em seu artigo 3^{o61}, o instituto das terras devolutas, existente até os dias atuais, como alhures explanado (BARROS, 2009, p. 50).

A partir de então, o número de terras devolutas passou a se reduzir, pela natural aquisição privada de terras por barões, discriminando o público do privado, onde a regra era latifúndio, ou seja, grandes extensões de terras concentradas em um só proprietário. Contudo, com o passar dos anos, percebeu-se que este modelo de política agrária não atendia à sociedade como deveria e que seria imperioso seria uma mudança no cenário agrícola do país. Em vista disso, surgiu a Lei. 4.504/64, conhecida como o Estatuto da Terra, cuja função é regulamentar os fundamentos e execução da Reforma Agrária, assim como determinar políticas públicas que possibilitem o fomento socioeconômico de proprietários rurais, através de institutos como a propriedade familiar, a empresa rural, o módulo rural, entre outros (BARROS, 2007).

Desta forma, a referida Lei, nos termos de seu artigo 4^o, inciso I⁶², é aplicada a todos os imóveis rurais, sendo por esta considerado como todo prédio rústico, que, independentemente de sua localização, destinado à exploração agrícola, pecuária ou agro-industrial, através de incentivo do poder público ou de iniciativa privada. Assim, nota-se que o critério utilizado pelo Estatuto da Terra (Lei n° 4.504/64).

Lima dispõe que o Estatuto, em seus artigos 1^o e 16, define a reforma agrária como o conjunto de medidas que visam efetuar a melhor distribuição de terras, modificando o regime de sua posse e possibilitando a promoção da justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural, assim como o desenvolvimento da economia do país. Continua o autor ao afirmar que o Título III, do mesmo diploma legal, define a política de desenvolvimento rural, dividindo-se em quatro capítulos, versando desde à distribuição de terras à assistência e proteção à economia rural, demonstrando a preocupação não apenas com o caráter social da propriedade agrícola em relação ao alcance da justiça social, mas também com o justo

⁶¹ Art. 3^o São terras devolutas:

§ 1^o As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2^o As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3^o As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4^o As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

⁶² Art. 4^o Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

desenvolvimento econômico do rurícola e do País (1997, p. 31-35).

Dessa forma, constam como princípios no Estatuto da Terra a justiça social, que tem como fundamento justamente a consequência da aplicação das regras presentes na Lei, tendo como fito a instituição de inovações que permitam uma efetiva alteração no panorama social e agrário; a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, consubstanciada em verdadeiro meio para se atingir a citada justiça social, devendo-se sopesar, sempre em vista do caso concreto, os interesses privados e públicos, e decidir conforme demanda a justiça social; a reformulação da estrutura fundiária, que demonstra a intenção do legislador em modificar as bases da agricultura no Brasil, reformulando-a quanto ao parco acesso à terra; o progresso econômico e social, em que se busca, por meio das ações e princípio até então previstos, uma maior produtividade das glebas, através de políticas públicas de fomento e proteção à atividade agropecuária, acarretando em benefícios sociais; além, é claro, da função social da propriedade, já explanada anteriormente (BARROS, 2009, p. 19-20).

Como instrumentos concretos de proteção à agricultura e ao acesso à terra, a Lei. 4.504/64 elenca o módulo rural, a propriedade familiar e a empresa rural.

O módulo rural, segundo lição de Barros, é a quantidade mínima de terras em que se faça viável o alcance da justiça social, do desenvolvimento socioeconômico pleno do produtor rural, assim como o respeito à sua dignidade enquanto pessoa humana. Continua o autor referindo que, segundo essa medida, o legislador agrário buscou combater os chamados latifúndios, tanto por extensão (grandes quantidades de terras pertencentes a uma só pessoa), quanto por exploração (propriedade que não atenda à função social), assim como os minifúndios, consistentes em porções ínfimas de terras que mal possibilitam o próprio sustento do rurícola. Por fim, afirma que sua medida pode variar de acordo com o território em que se enquadra o imóvel rural, assim como pela espécie de cultura nele cultivada (2009, p. 30-31).

A segunda, descrita no artigo 4º, inciso II⁶³, é o modelo de propriedade rural destinada à exploração direta pelo proprietário e sua família, aqui, devendo ser entendida no mais amplo sentido, não se limitando somente à mulher e seus filhos, mas sim como um conjunto familiar, havendo ou não laços sanguíneos, que a força de trabalho possa proporcionar o progresso econômico e social da família. Por exploração direta, deve-se entender o requisito de total absorção da força e trabalho, não se permitindo a existência de uma segunda atividade

⁶³ II - "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros;

profissional e somente se admitindo auxílio de terceiros para atividades que demandem mão de obra extraordinária, como plantio e colheita. Por fim, sua área não deve ser inferior a um módulo rural (BARBOSA; OPTIZ, 2013, p. 65-69).

Por conseguinte, identifica-se a empresa rural, à luz do art. 4º, VI, do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64)⁶⁴, como “o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente o imóvel rural [...]”.

Assim, é o modo de propriedade rural que se caracteriza por elementos profissionalizados e otimizados à produção em larga escala, visando o comércio e a obtenção de lucros, tal como as empresas previstas na legislação civil. Se, na propriedade familiar, a regra é que a produção se dê através da família, aqui a regra é a tecnicidade da produção e da exploração, através da geração de empregos e sempre por força profissional, visando o atendimento conjunto à função social da propriedade. Sua área deve-se restringir ao limite mínimo de um módulo rural e ao máximo de seiscentas vezes o seu valor (LIMA, 1997, p. 24).

Nessa senda, aliando-se os institutos protecionistas acima retratados com a política nacional agrária, não há como negar o papel fundamental da propriedade privada agrária para o desenvolvimento não apenas do país, mas também da sociedade em geral, mormente aos agricultores familiares. E isto pode ser demonstrado claramente pela quantidade produtiva dos agricultores, uma vez que tanto em 2011, quanto em 2012, a agricultura familiar produziu cerca de 70% dos alimentos do Brasil, denotando a importantíssima função que estes proprietários exercem relativamente ao desenvolvimento da agroindústria e da comercialização de gêneros alimentícios, muito embora esta, para eles, seja de maior dificuldade (PORTAL BRASIL, 2011).

De igual sorte, se concretamente demonstrada a importância da propriedade privada agrária ao desenvolvimento nacional, o mesmo se pode dizer acerca do atendimento dos ditames constitucionais, quando de sua proteção, uma vez que, respeitando o agricultor enquanto proprietário e produtor rural, bem como aplicando-se políticas públicas que visem fomentar a produção e melhorar a qualidade de vida da população rural, pode-se dizer que não só o princípio da dignidade da pessoa humana resta alcançado, mas, sobretudo, os princípios da Ordem Econômica, previstos no artigo 170 da Constituição Federal, especialmente nos

⁶⁴ VI - "Empresa Rural" é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico ...Vetado... da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias;

incisos II (propriedade privada), III (função social da propriedade) e VII (redução das desigualdades regionais e sociais). Se é certo que há níveis satisfatórios de produção, é certo que já se vê, via de regra, cumprida a função social, a qual, diretamente, acaba auxiliando na redução das desigualdades sociais (BARROS, 2007).

Assim, sendo a terra um instrumento de alcance da justiça social, dotado de proteção legal tanto pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), quanto pela Constituição Federal, mister se faz a integral proteção dos direitos dos rurícolas, pois não apenas seus interesses são agredidos quando de violações aos seus direitos, mas também da coletividade como um todo.

Se fundamentais são seus direitos, tal como os princípios que os informam, intervenções e supressões somente podem ocorrer em ocasiões excepcionais. Este é o objeto do próximo item.

4.3 Os instrumentos jurídicos viáveis para a demarcação de terras indígenas

Conforme exposto durante a presente pesquisa, o direito de propriedade talvez seja um dos direitos (fundamentais) que mais sofreu alterações decorrentes do momento histórico, político e socioeconômico em que se encontrava. Passando de coletivo à individual, assim como exclusivo às mãos dos monarcas para a superproteção estatal para, então, estar englobado pelas prerrogativas dos direitos humanos, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, são exemplos das diversas alterações sofridas pelo direito em comento.

É cediço que, no atual panorama jurídico pátrio – quiçá internacional – não basta somente a existência nua do direito, garantido pela norma geral e abstrata. É necessário que esta seja abrangida pela cogência interpretativa dos princípios constitucionais, elemento de integração mor na norma jurídica em sua aplicação aos casos concretos, polêmicos ou não, como os que aqui se retratam ou não.

Em suma, no Estado Democrático de Direito, modelo atual, não basta o exercício privado e absoluto do domínio. É necessário que haja consonância com os ditames do respeito às minorias, do fundamento de uma sociedade igualitária e justa e do bem comum.

Com isso, é certo que não se pode fechar os olhos para a questão indígena, pois, como alhures exposto, tal sociedade autóctone tem direitos originários - garantidos pela Lei Maior - sobre terras em que tradicionalmente ocupam, a fim de perpetuar seus modos de vida, crenças e costumes. Não obstante, também é certo afirmar que há de se levar em consideração que a Constituição também garante o direito de propriedade como um direito fundamental, fazendo-se ressalva quanto ao dever de observância de seu caráter social (art. 5º, XXII e XXIII,

CF/88).

Desse modo, a questão volta-se à discussão acerca de quais instrumentos jurídicos possibilitam a demarcação justa de terras para criação de reservas indígenas, de modo que atendam aos elementos mencionados no artigo 231 da Constituição Federal, assim como não haja lesão aos direitos já constituídos por meio de justos títulos, por vezes seculares? Passa-se, então, a essa análise.

Primeiramente, mister se faz a menção dos fundamentos e institutos jurídicos acerca da limitação do direito de propriedade, materializando a já explanada função social, expressamente prevista na Carta Magna como requisito à proteção constitucional dada ao domínio.

Conceitua-se como limitação ao direito de propriedade, segundo lição de Silva, como “tudo que afete qualquer dos caracteres do direito de propriedade, o que pode verificar-se com fundamento no Direito Público ou no Direito Privado” (2005, p. 279).

Por sua vez, a limitação à titularidade e ao gozo do direito de propriedade tem natureza jurídica controversa na doutrina, figurando ora como servidões, posição adotada, dentre outros, por Ludovico Arndts, ora como obrigações legais, segundo entendimento de Louis Jasserand. Contudo, conforme leciona Carlos Alberto Dabus Maluf, as limitações ao direito de propriedade podem ser enquadradas como adaptações da do domínio particular às finalidades públicas, a exemplo do defendido por autores como Laurent e Eugenio Cammelli (MALUF, 1997, p. 45).

Nessa senda, ser as limitações ao direito de propriedade podem classificadas quanto às suas origens ou quanto aos interesses cuja tutela visam. Quanto às origens, citam-se as limitações legais, como as impostas pelo Estatuto da Terra, ao limitar o fracionamento de terras no mínimo de um módulo rural (art. 65 da Lei nº 4.504/64). Com relação aos interesses, assim classificam-se as limitações: a) de interesse público, onde o fito é evitar a desigualdade decorrente da arbitrariedade de um indivíduo perante uma maioria, afrontando os interesses coletivos e b) de interesse privado, como, por exemplo, as decorrentes do direito de vizinhança (MALUF, 1997. p. 46 e 154).

Assim, especificamente com relação às limitações de interesse público, afirma-se que estas são a concretização do exercício do poder de policiado Estado, impondo não só obrigações negativas, onde os proprietários devem se abster de fruir de sua propriedade de modo que a ordem pública seja atentada, como também obrigações positivas, importando em verdadeiros deveres, vinculado ao exercício do direito (PIETRO, 2012, p. 134).

Em vista disso, pode-se dizer que a função social da propriedade é materializada por

meio das referidas limitações, uma vez que, ao vincular o gozo do direito, quis o constituinte de 1988 dar plena eficácia ao dispositivo já comentado neste trabalho, a saber o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, a propriedade pode ser limitada administrativamente – pelo interesse público – por institutos como a ocupação temporária, consistente na limitação temporária do exercício do bem, onde o Estado o utiliza, gratuita ou onerosamente, a fim de atender interesse público (para que sejam realizadas obras públicas, por exemplo); o tombamento, utilizado para a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional; e a servidão administrativa, sendo esta considerada como o direito real de gozo, de natureza pública, incidente sobre propriedade privada e tendo como alicerce os termos da lei, cujo exercício deve ocorrer por entidade pública ou por seus delegados, para a realização de serviço público, de um bem afetado ou para atendimento de utilidade pública (PIETRO, 2012, p. 140, 145 e 157).

Entretanto, a espécie de limitação administrativa ao direito de propriedade mais aplicada ao tema da presente pesquisa, sem dúvida, é a desapropriação. Segundo a abalizada lição de Mazza, a desapropriação consiste no procedimento aplicado excepcionalmente, onde converte-se bem privado em bem público, mediante pagamento de indenização (2014, p. 633).

Complementa, nesse sentido, Meirelles, ao afirmar que

A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, porque não provem de nenhum título anterior [...] é o moderno e eficaz instrumento que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade (1998, p.486-487).

Contudo, antes da consumação do ato expropriatório, ou seja, ante que ocorra a efetiva transferência do domínio particular ao público, é necessário que ocorram duas fases: a primeira, declaratória, consistente na declaração pela Administração de que presente, no caso, a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social; e a segunda, de natureza executória, onde compreende-se a estimativa de justa indenização e o traslado do domínio do desapropriado ao Estado (MEIRELLES, 1998, p. 486).

Assim, percebe-se que a desapropriação somente é lícita quando presentes ao menos um dos seguintes pressupostos: a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social.

A primeira (necessidade pública) afigura-se quando a Administração se vê diante de

questões emergenciais e que, por consequência, é necessário que haja a transferência de bens de particulares ao Estado, para seu uso imediato, a fim de que ocorra a efetiva resolução do caso. Por sua vez, a utilidade pública não detém tal urgência, uma vez que a transferência dos bens à Administração se mostra útil, mas não imprescindível. Por fim, o interesse social demonstra-se quando as circunstâncias do caso tornarem a redistribuição dos bens imperativa, de modo a alcançar justas soluções a casos que demandem maior atenção do Poder Público. Questão relevante quanto ao interesse social é que, diferentemente dos pressupostos anteriores – necessidade pública e utilidade pública –, o bem expropriado não tem como destino a Administração, mas sim a coletividade ou demais beneficiados em que a lei entende como justos destinatários e utilizadores (MEIRELLES, 1998, p. 492-493).

Ainda, consta como requisito da desapropriação, o pagamento, pelo expropriante ao expropriado, justa indenização, que, nos termos do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, deve comportar o valor real do bem, que compense integralmente os danos particulares provenientes da ação do Estado quando da desapropriação. Também, deve estar integrada a indenização dos respectivos juros moratórios, juros compensatórios, correção monetária, honorários advocatícios e outras despesas que se verifiquem no caso concreto em função da perda antecipada do domínio, se adentrar na esfera judicial.

A indenização deve ser paga, quando o fundamento for o constante no artigo 184 da Constituição Federal⁶⁵, em títulos da dívida agrária, salvo com relação às benfeitorias úteis e necessárias, as quais serão pagas em dinheiro (MELLO, 2008, p. 871).

Deste modo, uma vez verificado que o titular do domínio de determinado bem não o está explorando de acordo com os fundamentos constitucionais, proceder-se-á à retirada da coisa de sua esfera de disponibilidade. Por meio de tal ato, pode o Estado enfrentar desigualdades patrimoniais históricas, promovendo a justa disposição da terra aos que não a possuem (ARAÚJO, 1998, p. 47).

Nesse sentido, a inobservância da função social da propriedade acarreta uma das

⁶⁵ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

espécies de desapropriação: a por interesse social. Como visto, este se verifica quando o Estado está diante de situações relacionadas diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria das condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade (PIETRO, 2012, p. 169).

Assim, em imóveis urbanos, considera-se ausente a função social da propriedade quando exercida em desacordo com os dispositivos do plano diretor do Município, devendo o imóvel estar sendo subutilizado, com aproveitamento inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação decorrente, nos termos dos artigos 182⁶⁶ e 183⁶⁷ da Constituição Federal, estes regulados pela Lei n. nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Por sua vez, não supre a função social a propriedade exercida, sobre imóvel rural, quando de encontro aos elementos previstos no artigo 186 da Constituição Federal⁶⁸, previstos em seus incisos

A esse respeito, a Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), em seus artigos 12⁶⁹, 18⁷⁰ e 19⁷¹,

⁶⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁶⁷ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁶⁸ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁶⁹ Art. 12. À propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta Lei.

⁷⁰ Art. 18. À desapropriação por interesse social tem por fim:

a) condicionar o uso da terra à sua função social;

b) promover a justa e adequada distribuição da propriedade;

c) obrigar a exploração racional da terra;

d) permitir a recuperação social e econômica de regiões;

e) estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração e assistência técnica;

f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais;

g) incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural;

complementam o sentido do artigo 186 da Constituição Federal, ao dispor que a desapropriação por interesse social deverá permitir a justa distribuição de terras, sua exploração racional, facultar a criação de áreas destinada à proteção da fauna, flora, ou outros recursos naturais, com o fito de preservá-lo de atividades predatórias, entre outros (BARBOSA; OPTIZ, 2013, p. 209).

Como explanado, ocorrendo a desapropriação, por qualquer um dos pressupostos, deverá, como requisito, haver autorização por meio de Decreto, delimitando qual a área a ser expropriada, delineando sua composição, características, enfim, especificando qual será o bem. Cada espécie de imóvel (urbano e rural) detém procedimento de desapropriação próprio, previstos no Estatuto da Cidade, para os imóveis urbanos - cuja competência recai sobre o Município da situação do imóvel – e na Lei Complementar nº 76/1993, para imóveis rurais, aqui, de competência da União. Assim o é pela existência de relação jurídica especial existente entre o particular e a Administração Pública, onde deve-se verificar, de forma cogente, mas atento ao princípio da proporcionalidade e a licitude da vigência do ato expropriatório. Caso positivo, uma vez publicado o decreto, este adquire vigência imediata, surtindo desde já os efeitos (OLIVEIRA; FRANCO SOBRINHO, 1996, p. 20).

Denota-se, do exposto até então, que sendo a desapropriação o instituto destinado à

h) facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias.

⁷¹ Art. 19. A desapropriação far-se-á na forma prevista na Constituição Federal, obedecidas as normas constantes da presente Lei.

§ 1º Se for intentada desapropriação parcial, o proprietário poderá optar pela desapropriação de todo o imóvel que lhe pertence, quando a área agricultável remanescente, inferior a cinquenta por cento da área original, ficar:

- a) reduzida a superfície inferior a três vezes a dimensão do módulo de propriedade; ou
- b) prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica, caso seja o seu valor inferior ao da parte desapropriada.

§ 2º Para efeito de desapropriação observar-se-ão os seguintes princípios:

- a) para a fixação da justa indenização, na forma do artigo 147, § 1º, da Constituição Federal, levar-se-ão em conta o valor declarado do imóvel para efeito do Imposto Territorial Rural, o valor constante do cadastro acrescido das benfeitorias com a correção monetária porventura cabível, apurada na forma da legislação específica, e o valor venal do mesmo;
- b) o poder expropriante não será obrigado a consignar, para fins de imissão de posse dos bens, quantia superior à que lhes tiver sido atribuída pelo proprietário na sua última declaração, exigida pela Lei do Imposto de Renda, a partir de 1965, se se tratar de pessoa física ou o valor constante do ativo, se se tratar de pessoa jurídica, num e noutro caso com a correção monetária cabível;
- c) efetuada a imissão de posse, fica assegurado ao expropriado o levantamento de oitenta por cento da quantia depositada para obtenção da medida possessória.

§ 3º Salvo por motivo de necessidade ou utilidade pública, estão isentos da desapropriação:

- a) os imóveis rurais que, em cada zona, não excederem de três vezes o módulo de produto de propriedade, fixado nos termos do artigo 4º, inciso III;
- b) os imóveis que satisfizerem os requisitos pertinentes à empresa rural, enunciados no artigo 4º, inciso VI;
- c) os imóveis que, embora não classificados como empresas rurais, situados fora da área prioritária de Reforma Agrária, tiverem aprovados pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e em execução projetos que em prazo determinado, os elevem àquela categoria.

§ 4º O foro competente para desapropriação é o da situação do imóvel.

§ 5º De toda decisão que fixar o preço em quantia superior à oferta formulada pelo órgão expropriante, haverá, obrigatoriamente, recurso de ofício para o Tribunal Federal de Recursos. Verificado, em ação expropriatória, ter o imóvel valor superior ao declarado pelo expropriado, e apurada a má-fé ou o dolo deste, poderá a sentença condená-lo à penalidade prevista no artigo 49, § 3º, desta Lei, deduzindo-se do valor da indenização o montante da penalidade.

redução de desigualdades sociais, conclui-se que, especificamente quanto ao tema da presente pesquisa, este é o instituto aplicado quando da demarcação de terras indígenas, como uma tentativa de compensar os danos históricos e dar aplicabilidade fática à proteção conferida pelo artigo 231 e seguintes da Constituição Federal.

Nesse sentido, o Decreto nº 1.775/96, ato normativo que dispõe acerca do procedimento de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, afirma que, anteriormente à delimitação da área a ser demarcada, , pelo órgão federal de assistência ao índio (FUNAI), será efetuada elaboração de laudo antropológico e estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e os levantamentos fundiários necessários à delimitação, efetuados por grupo técnico especializado, composto, preferencialmente, por funcionários do próprio quadro funcional (ou seja, da FUNAI), coordenados por antropólogo, com a participação da comunidade indígena interessada, em todas as fases do procedimento, conforme prelecionam os artigos 1º⁷² e 2º, §2º e §4º⁷³, do Decreto 1.775/96.

Por conseguinte, uma vez finalizados os estudos ora apontados, deverá a equipe multidisciplinar encaminhá-los à FUNAI, a qual, aprovando-os, no prazo de quinze dias contados da data que receber os estudos, publicará resumo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do estado membro da situação do imóvel demarcado, assim como sendo necessária a fixação da publicação na sede do Município, também da situação do imóvel (§§ 6º e 7º, do artigo 2º, do Decreto 1.775/96⁷⁴)

Os parágrafo 8º e 10º⁷⁵, também do artigo 2º, do mesmo diploma legal, dispõem que

⁷² Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

⁷³ Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. [...]

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

[...] § 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

⁷⁴ § 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

⁷⁵ § 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

poderão os Estados, os Municípios e os demais interessados manifestarem-se, em trinta dias, instruindo seus desígnios com todas as provas pertinentes ao caso, como testemunhas, documentos etc. Tal impugnação deve ser encaminhada ao Ministro de Estado da Justiça, o qual decidirá ratificando a demarcação, declarando os limites da área demarcada mediante portaria; prescrevendo diligências que julgar necessário, para cumprimento em noventa dias; ou retornando os autos à FUNAI, mediante decisão motivada, indicando o não atendimento ao disposto no artigo 231, §1º, da Constituição Federal. Finalmente, não havendo manifestações ou sendo indeferidas, a demarcação será homologada mediante decreto, à luz do artigo 5º do Decreto nº 1.775/96, procedendo-se a desapropriação.

Esta, como dito, é composta por duas fases: uma declaratória e outra executória. Na primeira, declara o Poder Público a utilidade pública ou o interesse social que justifique a ingerência do Estado, dependente de autorização do Presidente da República. A segunda fase, a executória, pode se dar via administrativa ou judicial, competindo ao Poder Público promover a desapropriação – no caso, a União. Será administrativa quando houver concordância entre expropriante e expropriado, ao passo que será judicial quando do contrário, observando-se o procedimento elencado dos artigos 11 a 30, do Decreto-Lei nº 3.365/41, limitando-se a contestação a questões relativas ao preço ou à existência de vício processual. Findo o processo ou expedido o decreto, o prazo de caducidade para a desapropriação será de cinco anos, reduzidos para dois quando este ocorrer por interesse social, como é o caso (PIETRO, 2012, p. 170-175).

Entretanto, em virtude do elencado no §6º do artigo 231 da Constituição Federal, as terras tradicionalmente ocupadas consistem em bens da União, sendo, portanto, imprescritíveis e inalienáveis. Neste sentido, uma demarcada determinada área de terras foi objeto de desapropriação, somente será pago ao expropriado o valor das benfeitorias necessárias, uma vez que sequer poderia estar na posse da terra, excepcionando a regra geral acerca da indenização prévia à desapropriação (CANDEIA, 2013).

Se, contudo, a legislação aplicável ao caso, parece clara, o mesmo não se pode falar da prática. Questões como o fato da demarcação ser efetuada pela FUNAI, somente sendo possível a manifestação dos interessados após publicado o estudo atinente à área, sobretudo em sede administrativa, assim como dos critérios concretos que determinam quais sejam as terras tradicionalmente ocupadas, mencionadas no artigo 231, §1º, da Constituição,

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

culminaram na polêmica atual (CANDEIA, 2013).

Dessa forma, não há como se falar em demarcação de terras indígenas sem falar no emblemático caso Raposa Serra do Sol.

Neste caso, após longa disputa decorrente de processo de demarcação das terras onde hoje se encontra a reserva Raposa Terra do Sol, o Supremo Tribunal Federal, em 2007, ao julgar a Ação Popular nº 3388, decidiu pela constitucionalidade da Portaria nº 534, expedida pelo Poder Executivo da União, determinado que ocorresse a imediata desocupação dos “não-índios”, julgando lícita a demarcação efetuada, a fim de instituir a reserva. Posteriormente, em março de 2009, o STF julgou definitivamente o caso, mantendo a decisão anterior e, posteriormente, em 2013, negou provimento aos embargos de declaração, sedimentando o entendimento atual acerca de quando é cabível a demarcação de terras, assim como quando estas podem ser consideradas como tradicionalmente ocupadas.

Assim, à luz do disposto no voto do Relator do caso, em 2009 do ex-Ministro Ayres Britto, entendeu o Pretório Excelso que, para que sejam reconhecidos os direitos às terras tradicionalmente ocupadas – citadas no artigo 231 da Constituição Federal – devem ser levados em consideração e atendidos, cumulativamente, cinco requisitos:

O marco temporal da ocupação: aqui, leva-se em consideração a data exata da promulgação da Constituição Federal (cinco de outubro de 1988), a fim de que possa se verificar se a continuidade da posse, isto é, se ocorreu a partir da data da promulgação da Lei Maior e se, anterior a ela, continuou por ocorrer, demonstrando certa permanência que justificasse a tutela desejado, com o fito de evitar fraudes em proliferações de aldeias para tão somente terem áreas demarcadas e expropriadas de seus proprietários em favor próprio; *b) o marco da tradicionalidade da ocupação:* não basta somente o caráter contínuo da ocupação ou coincidência desta com a data de promulgação da Constituição, mas sim que se verifique, no âmbito da comunidade indígena, o desejo de manutenção da ocupação, revelando um estado de simbiose do índio com a terra – de que um não pode ser sem o outro -, e não meramente de sujeição coisa/possuidor; *c) o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional:* aqui, mostra-se necessário o atendimento literal ao disposto no *caput* do artigo 231 da Constituição Federal, materializando a finalidade prática e fatural da demarcação, no tocante à demonstração de que as terras ocupadas servem de moradia permanente dos índios, além de dever ser comprovado de que delas efetuam os membros da comunidade as respectivas atividades produtivas (a depender do modo de vida de cada grupo), bem como de que os recursos naturais estão sendo preservados; *d) o marco conceito fundiariamente extensivo chamado princípio da proporcionalidade:* neste caso, deve-se contrapor se a demarcação das terras em questão atingem o fim de garantir não só a estrutural de vida material atual e dos antepassados, mas também de proporcionar a reprodução e continuidade da estrutura social primitiva do grupo, em consonância com a garantia conferida pela Constituição Federal à manutenção dos costumes, crenças e tradições dos índios. O princípio da proporcionalidade, aqui, é aplicável justamente pelo fato de verificar, no caso concreto, se a expropriação do proprietário é meio eficaz para o atendimento do acima exposto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, grifou-se).

Em vista disso, Marinoni (2011) afirma que “em face do precedente firmado no caso Raposa erra do Sol, o Juízo Federal está obrigado a atentar para a existência de ocupação indígena em 05.10.1988 [...]”.

Desta maneira, não restam dúvidas que, no atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, aquelas terras outrora ocupadas por aldeias indígenas, mas sem a continuidade acima referida, atinente ao marco objetivo definido pelo caso, ou seja, a data da promulgação da Constituição Federal – 5 de outubro de 1988 -, não podem ser caracterizadas como de ocupação tradicional, vedando-se, portanto, a demarcação. Tudo para, conforme posicionamento do Pretório Excelso, que seja efetivado o princípio da proporcionalidade, o qual também consta como requisito para a demarcação lícita.

Não obstante o esforço da Suprema Corte em tentar conferir à solução dos casos relativos a demarcações de terras, a fim de proporcionar maior segurança e fixar os critérios de interpretação e aplicação dos dispositivos acima mencionados, a realidade vivida por quem é parte na questão não se amolda perfeitamente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o conflito existente pode ser representado de maneira tríplice: agricultores *versus* indígenas *versus* Estado.

A grande resistência por parte dos agricultores encontra-se na nulidade originária dos títulos de propriedade, consoante o elencado no já referido parágrafo 6º, do artigo 231, da Constituição Federal, que, desta forma, lhes daria o direito de serem indenizados somente pelas benfeitorias existentes, e não pelo imóvel totalmente considerado (benfeitorias e valor das terras). Os argumentos (legítimos) encontram guarida na citada proteção constitucional do direito de propriedade, assim como na segurança jurídica dos títulos de domínio das terras, o que não abrangeria a justa indenização, segundo dispõe o artigo 184 da Constituição Federal.

Por outro lado, a pretensão (também legítima) dos indígenas em terem suas terras demarcadas e, conseqüentemente, expropriadas de quem indevidamente seja proprietário ou possuidor, encontra respaldo no direito, também previsto na Constituição Federal, em ter seus costumes, hábitos, crenças, linguagem preservados, sendo necessário, para tanto, a posse de terras que possibilitem a manutenção dos seus meios de vida, bem como pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, haja vista o interesse social na desapropriação das terras.

E, por fim, na tentativa de aplicar corretamente as disposições legais que regulam o tema e mediar os conflitos, encontra-se o Estado que, como visto, ainda não encontrou a forma adequada à solução da controvérsia, com casos de violência crescente entre indígenas e

agricultores, citando-se, como exemplo, o ocorrido em Faxinalzinho, Rio Grande do Sul (ZERO HORA, 2014).

Resta claro, portanto, que há, no tema da presente pesquisa, um flagrante conflito de direitos fundamentais.

Assim, conforme precisa lição de Alexy, normas de direitos fundamentais só podem ser restringidas, primeiramente, por normas constitucionais, sendo necessário, ainda, que estas sejam normas de caráter de mandamento e proibição, visto que as normas delimitadoras de competência somente afirmam, dentro de suas possibilidades, constitucionais, que determinados direitos podem ser suprimidos. Contudo, não basta a autorização de outra norma constitucional para que se suprimam ou se restrinjam direitos fundamentais em detrimento de outros. É necessário, sobretudo, que haja um filtro normativo, através da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que esta supressão temporária de direitos fundamentais seja válida, sem que afete o sistema jurídico sob um todo (1993, p. 272-274).

Portanto, como se percebe, a disputa está longe de um fim. O número crescente de conflitos e disputas por terras e a hipossuficiência do Estado na tentativa de solucionar tais conflitos demonstram a necessidade de alternativas diversas para o efetivo cumprimento da lei, considerada principalmente no viés democrático conferido pela Carta Magna, observando-se, sempre, o respeito aos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo da pesquisa, a construção do direito de propriedade, ao longo da história, é fruto da ideologia correspondente ao momento vivido pelo legislador, passando do domínio absolutamente coletivo dos bens das tribos primitivas, até a absoluta individualização da propriedade em seu titular, citando-se, como exemplo, o período do iluminismo, sob o bojo das teorias de Locke e Rousseau.

Posteriormente, com a socialização do direito de propriedade, com fundamental influência das teorias de Duguit, Marx e Engels, a atenção do domínio mudou de foco, passando da propriedade totalmente individualizada para a possibilidade de ingerência do Estado quando o proprietário não exercesse seu direito de acordo com os ditames do interesse social e do bem comum, tal como possibilitando o maior acesso de camadas da sociedade que antes eram alienadas à propriedade de bens.

Como consequência, denota-se que a atual ordem constitucional brasileira, sobretudo quanto ao direito de propriedade, está fundamentada no ideário preconizado por Duguit, qual seja, a função social da propriedade, prevista expressamente no art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal.

Como corolário, pôde-se perceber que, sob a influência da função social da propriedade, assim como pelo dever de respeito e proteção aos direitos das minorias raciais e sociais, incluindo-se nestas os povos indígenas, em decorrência do princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, da Constituição Federal, bem como por disposição expressa do art. 231 e seguintes, do mesmo diploma legal, o procedimento demarcatório é legítimo, uma vez que exposto na Constituição, merecendo total guarida por guardar relação às questões de direitos fundamentais, indisponíveis a todos, e programáticos, vinculando o poder público a promover o seu atendimento, sem distinção.

Por outro lado – e aqui se instaura a celeuma – verifica-se que o direito de propriedade é tão protegido quanto o direito de igualdade e proteção aos direitos indígenas, não só pelos dispositivos acima elencados, mas também sob a égide do princípio da segurança jurídica, da proteção à família e à livre iniciativa, estes também elevados ao patamar de direitos fundamentais e, com idêntica consequência, indisponíveis e de caráter programáticos.

Se, de um lado, alega a FUNAI a necessidade de demarcação para o integral atendimento ao disposto no artigo 231, parágrafos 1º e 6º, da Constituição Federal, de outro, aduzem os proprietários de terras demarcadas, sobretudo os produtores rurais, a exemplo dos

expropriados no caso Raposa Terra do Sol, que um justo título de propriedade não pode ser desconstituído nos moldes do Decreto nº 1.775/96, uma vez que seus títulos encontram-se protegidos pela segurança jurídica, assim como aduzem não estarem utilizando os imóveis em discordância da função social da propriedade, impossibilitando, portanto, a desapropriação.

O que resta claro é que há, neste caso, um flagrante conflito de princípios fundamentais, em que, de um lado se encontra o direito de igualdade e, em decorrência, da proteção aos direitos indígenas, e, de outro, o direito de propriedade em conjunto, principalmente, com o princípio da segurança jurídica.

Dessa forma, aplicando-se os ditames acima à presente pesquisa, verifica-se que a solução não pode ser una. Isto é, não se pode tratar objetivamente uma questão que tem como cerne questões eminentemente subjetivas. É bem verdade que há casos em que a demarcação e a desapropriação são necessárias e plenamente legítimas, por integral desatendimento à função social da propriedade, mas também é verdade que, em outros casos, tal restrição, por parte do Estado, não se mostra como melhor caminho.

Não obstante ser de grande importância para o conflito o posicionamento adotado pelo STF, no caso Raposa Serra do Sol, o qual delineou os critérios interpretativos do que sejam as terras tradicionalmente ocupadas e qual o marco inicial para a verificação da tradicionalidade da ocupação, a real resolução tem de ser dada caso a caso. Como dito, é necessário que as decisões, tanto judiciais quanto administrativas, tenham sempre em observância os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, verificando, no caso concreto, se a drástica medida da desapropriação é a mais adequada para a proteção dos direitos indígenas e a promoção de sua igualdade material, nos termos definidos pela Constituição.

Portanto, conclui-se a presente pesquisa não com uma solução ao problema, mas com uma constatação: o tratamento a uma questão tão delicada quanto à proteção indígena e a proteção aos agricultores, sob o prisma de direito de propriedade, não pode ser objetiva, mas sim subjetiva. Somente desse modo é que se possibilita uma justa restrição de direitos, tanto para os indígenas quanto para os agricultores. Se diverso for o tratamento, certamente os conflitos – que se agravam dia após dia –, tendem a aumentar, indo na mesma direção a dificuldade de soluções e de justa interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no estado democrático de direito*. Frederico Westphalen: URI, 1998.
- ARCANJO DOS SANTOS, Jorge. *Desapropriação indireta e demarcação de terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,desapropriacao-indireta-e-demarcacao-de-terras-indigenas,35519.html>>. Acesso em: 04 abr. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA OPTIZ, Sílvia Carlinda; OPTIZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROS, Lucas Abreu. Fundamentos constitucionais da política agrária no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 61, p. 137, Out. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d496006cb51564ac3&docguid=I863f7fc0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I863f7fc0f25311dfab6f010000000000&spos=6&epos=6&td=13&context=128&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 mar. 2015.
- BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Agrário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BELLO, Enzo. *A teoria política da propriedade em Locke e Rousseau: uma análise à luz da modernidade tardia*. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25367-25369-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os princípios na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. *Revista de Processo*, vol. 182, p. 331-361, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d491c391f9d2a19ff&docguid=Ia3991ee0f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ia3991ee0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=24&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 jan. 2015.
- BRAGA, Roberta Chaves. *Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. 2009. Disponível em: <<http://www.bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia%20Roberta%20Chaves%20Braga.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em:

2014.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2014.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 2014.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 2014.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2014.

_____. Decreto nº. 1.775, publicado em 8 de janeiro de 1996. *Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 2014.

_____. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. *Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm>. Acesso em: 2014.

_____. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2003. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 2014.

_____. Portal. *Agricultura familiar produz 70% de alimentos do País mas ainda sofre na comercialização*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2011/07/agricultura-familiar-precisa-aumentar-vendas-e-se-organizar-melhor-diz-secretario>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Popular n.3388/RR. Relator: BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Publicado no DJ de 25/09/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ac%F3rd%E3o+a%E7%E3o+popular+n%BA+3388%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

CANDEIA, Rodinei. *Há solução jurídica para a demarcação das áreas indígenas*. 2013.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-04/rodinei-candeia-solucao-juridica-demarcacao-areas-indigenas>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

CURTIS, Helena. *Biologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1977.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Simone Nunes. *Direito de propriedade nas Constituições Brasileiras e do Mercosul*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32614-39895-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANCO, Tiago Bana. Terras tradicionalmente indígenas (?). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 66, p. 311. Jan. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d493fc760a97f6e0c&docguid=Ia3741540f25511dfab6f010000000000&hitguid=Ia3741540f25511dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=5&context=81&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

GOMES, Mércio Pereira. *Antropologia: ciência do homem e filosofia da cultura*. São Paulo: Contexto, 2012.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRIMALL, Pierre. *O Império Romano*. São Paulo: Edições 70, 1993.

GUILHOTO, Joaquim, J.M. SILVEIRA, Fernando G. ICHIHARA, Silvio M. AZZONI, Carlos R. A importância do agronegócio familiar no Brasil. *Rev. Econ. Sociol. Rural*, vol.44, n.3, Brasília, Jul./Set. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032006000300002>. Acesso em: 1º abr. 2015.

JELINEK, Rochelle. *O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o Sistema do Código Civil*. 2006. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2014.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Breves anotações à Constituição sobre o Direito Indígena*. *Revista dos Tribunais*, vol. 648, p. 46-54, Out. 1989. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d493c18ade57bf1a1&docguid=I499db3c0f25811dfab6f010000000000&hitguid=I499db3c0f25811dfab6f010000000000&spos=6&epos=6&td=16&context=73&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. Brasília: ESAF, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Autoridade de precedente do Supremo Tribunal Federal e critério para identificação de terra indígena no Brasil. O caso "Raposa do Sol". *Soluções Práticas - Marinoni*, vol. 2, p. 165, Out. 2011. Disponível em:

<<http://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014dfea90a55c2aab0d7&docguid=Iee4c05005eb011e188de00008517971a&hitguid=Iee4c05005eb011e188de00008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=39&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

MATTOS NETO, Antônio José de. Função ética da propriedade imóvel no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 11, p. 18, Jul. 2002. Disponível em: <

<http://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d492f139551563f97&docguid=I869ef2f0f25511dfab6f010000000000&hitguid=I869ef2f0f25511dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=8&context=59&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

McNEILL, William Hardy. *História universal: um estudo comparado das civilizações*. Trad. VALLANDRO, Leonel. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, Malheiros: 1998.

MENDONÇA, Rafael Augusto de. *Direito agrário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Dennison de. *História do Brasil: política e economia*. Curitiba: InterSaberes, 2012.

PEIXOTO, Afrânio. *História do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RAMOS, Fábio Pestana. *Por mares nunca navegados: a aventura dos descobrimentos*. São Paulo: Contexto, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: Notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2015.

SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. *História Geral: Teoria e Prática*. São Paulo: Rideel, 2006.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do direito. *Revista dos Tribunais*, vol. 912, p. 171 – 209, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d49273a2b0703f66e&docguid=I51ec5400fa1311e0a72c00008558bb68&hitguid=I51ec5400fa1311e0a72c00008558bb68&spos=3&epos=3&td=4&context=47&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. O controle jurisdicional de atos demarcatórios de terras indígenas. *Revista dos Tribunais*. vol. 706, p. 262-267, Ago.1994. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d49513382d43a45ad&docguid=I44a936d0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I44a936d0f25011dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=12&context=106&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9>. Acesso em: 26 fev. 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2011.

UZUNIAN, Armênio; BIRNER, Ernesto. *Biologia*. São Paulo: Harbra, 2008.

WALD, Arnold. *Direito civil brasileiro – direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

WOLKOMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. Princípio da legalidade e segurança jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 53, p. 114, Out. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d49246fe10361f682&docguid=I733191c0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I733191c0f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=36&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

ZERO HORA. *Índios são presos pela morte de agricultores em Faxinalzinho*. Porto Alegre, 9 de maio de 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/05/indios-sao-presos-pela-morte-de-agricultores-em-faxinalzinho-4496320.html>>. Acesso em: 17 maio 2015.