

PROPRIEDADE COMUNAL: A ESSENCIALIDADE ENQUANTO CRITÉRIO DECISÓRIO À LUZ DAS PARTICULARIDADES DO INSTITUTO E DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

COMMUNAL PROPERTY: ESSENTIALITY AS A DECISIONAL CRITERION IN LIGHT OF THE PARTICULARITIES OF THE INSTITUTE AND BRAZILIAN JURISPRUDENCE AND THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

RAFAEL EINSTEIN CARVALHO AMORIM ALCÂNTARA¹

Universidade Federal do Maranhão. (UFMA). São Luís (Maranhão). Brasil.

PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA²

Universidade Federal do Maranhão. (UFMA). São Luís (Maranhão). Brasil.

RESUMO: O artigo tem por objeto o instituto da propriedade comunal, seu tratamento pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a possibilidade de utilização do paradigma da essencialidade como critério decisório em casos que envolvam esta temática. O problema indaga se é possível a adoção da essencialidade como critério decisório judicial em causas que envolvam a propriedade comunal, notadamente pelas particularidades do instituto quando comparado às concepções tradicionais de propriedade e patrimônio. Tem-se por objetivo demonstrar como o maior peso existencial da propriedade comunal autoriza a aplicação do paradigma da essencialidade como critério decisório. Metodologicamente, utiliza-se o método hipotético-dedutivo; a pesquisa documental, jurisprudencial e bibliográfica; a abordagem qualitativa; e a técnica do estudo de caso. Entre os resultados estão: a demonstração das similitudes e diferenças entre a propriedade tradicional e a comunal; o levantamento do tratamento conferido pela Corte Interamericana à propriedade comunal; e a ilustração de diferentes posicionamentos adotados pelo Judiciário brasileiro ao tratar da matéria, ora se aproximando, ora se distanciando dos *standards* interamericanos. Conclui-se que a propriedade comunal merece tratamento mais cuidadoso quando se fizer objeto de litígio, ponderando-se o maior peso existencial que apresenta, sendo recomendada a aplicação do paradigma da essencialidade como critério decisório pelo Judiciário brasileiro em casos inerentes à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade comunal; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Povos e Comunidades Tradicionais; Essencialidade.

ABSTRACT: The article focuses on the institute of communal property, its treatment by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the possibility of using the paradigm of essentiality as a decision-making criterion in cases involving this issue. The problem asks whether it is possible to adopt essentiality as a judicial decision-making criterion in cases involving communal property, notably due to the particularities of the institute when compared to traditional conceptions of property and patrimony. The objective is to demonstrate how the greater existential weight of communal property authorizes the application of the essentiality paradigm as a decision-making criterion. Methodologically, the hypothetical-deductive method is used; documentary, jurisprudential and bibliographical research; the qualitative approach; and the case study technique. Among the results are: the demonstration of the similarities and differences between traditional and communal property; the

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0207-0606>.

² Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-0235-639X>

survey of the treatment given by the Inter-American Court to communal property; and the illustration of different positions adopted by the Brazilian judiciary when dealing with the matter, sometimes approaching, sometimes distancing themselves from the inter-American standards. It is concluded that communal property deserves more careful treatment when it becomes the subject of litigation, weighing the greater existential weight it presents, and the application of the essentiality paradigm as a decision-making criterion by the Brazilian Judiciary in cases inherent to the matter is recommended.

KEYWORDS: Communal Property; Inter-American Court of Human Rights; Traditional Peoples and Communities; Essentiality.

INTRODUÇÃO

As formas de vida e produção hegemônicas erigidas pelo mundo capitalista condicionaram, em muitos aspectos, a evolução de diversos institutos jurídicos, uma vez que o Direito é superestrutura voltada à possibilitação do funcionamento e regulamentação das infraestruturas sociais, como, por exemplo, a Economia. Sempre que o mundo dos fatos sofre importantes movimentações há repercussão no mundo das normas, pois o Direito dissociado da realidade que busca regular perde totalmente sua razão de ser.

Dessa forma, os diversos arranjos sociais e as diferentes formas de viver e produzir dos mais distintos grupos humanos são terreno fértil para o surgimento de uma variedade de institutos jurídicos que, embora pertencentes a um tronco comum, ostentam particularidades forjadas pelas necessidades das sociedades que lhes engendraram.

Ao se tratar do instituto jurídico do patrimônio, figura central do Direito Civil e de todo o Direito Privado, as observações anteriores se fazem plenamente sentidas, já que as modalidades de produção, acumulação e distribuição de riquezas são modificadas de tempos em tempos, ao sabor dos ventos das ideias e ideologias dominantes.

Em que pesem estas considerações, existem determinados grupos humanos que fazem questão de manter preservados seus estilos de vida, produção e distribuição de riquezas, conservando conhecimentos, métodos e institutos jurídicos tradicionais. Esse é o caso dos Povos e Comunidades Tradicionais e de sua propriedade comunal.

O problema de pesquisa do presente artigo consiste em identificar o conceito de propriedade comunal, apontando seus elementos de aproximação e afastamento das concepções tradicionais de propriedade e patrimônio, e inquirindo se estas particularidades são suficientes para garantir um tratamento diferenciado ao instituto da propriedade comunal pelo Estado, em especial pelo Judiciário, à luz do paradigma da essencialidade.

É empregado o método de abordagem hipotético-dedutivo, sob uma perspectiva jurídico-compreensiva e jurídico-comparativa, aplicadas a modalidade jurídico-sociológica, a abordagem qualitativa e as técnicas de análise bibliográfica, jurisprudencial e documental, além do estudo de caso.

O texto foi dividido em três seções que correspondem aos seus objetivos. Inicialmente, são apresentadas concepções tradicionais de propriedade e patrimônio, ressaltando-se a distinção feita por Alexandre dos Santos Cunha (2001) quanto à personalidade enquanto categoria existencial e os reflexos desta distinção para a aplicação do paradigma da essencialidade de Teresa Negreiros (2006).

O segundo tópico discorre sobre o conceito de propriedade comunal e sobre a disciplina conferida pelo ordenamento jurídico nacional e internacional ao instituto, destacando-se julgados que conformaram os *standards* da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) a respeito desta temática.

Por fim, o terceiro tópico trata das peculiaridades da propriedade comunal propriamente ditas, comparando-a com a propriedade privada clássica e apontando como as diferenças existentes conferem à primeira um peso existencial acentuado que deve ser sempre ponderado pelo Poder Judiciário, à luz do paradigma da essencialidade. Faz-se, ainda, estudo de alguns julgados nacionais considerados pertinentes à demonstração do (des)alinhamento nacional aos *standards* da Corte Interamericana e da (in)sensibilidade judicial à essencialidade que adorna esta espécie do gênero propriedade.

1 AS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DE PROPRIEDADE E PATRIMÔNIO E O ELEMENTO DA ESSENCIALIDADE

As noções de pessoa e de patrimônio sofreram drásticas variações no decorrer da história humana. O mesmo ocorreu com o direito de propriedade, principal elo entre as duas noções anteriores. Todos estes se modificaram conforme os ideais e referenciais teóricos e jurídicos de cada época.

Faz-se oportuno, neste momento, tecer considerações acerca da relação entre estes três conceitos, de modo a pontuar, no terceiro capítulo, as particularidades da propriedade comunal

e os pontos de confluência e divergência existentes entre esta e as concepções clássicas de propriedade e patrimônio.

1.1 A concepção tradicional de propriedade e seus elementos caracterizadores

A propriedade é tida como o direito real por excelência, mas sua compreensão sofreu e ainda vem sofrendo diversas modificações no decorrer dos anos, variando conforme as mudanças na maneira como os seres humanos compreendiam e compreendem a si mesmos e à sua relação com o meio ao seu redor.

Fábio Konder Comparato (1998) explica que, no mundo romano antigo, havia um tripé que esteava toda a constituição social, composto pela família, pelo culto religioso doméstico (deus-lar) e pela propriedade privada. Estes três elementos eram intrínsecos à formação institucional da sociedade, que não poderia ser alterada pelos governantes ou por deliberações populares.

No Direito romano antigo, seria absurdo aventar a existência de deveres para com a coletividade que fossem decorrentes da condição de proprietário, condição que conferia poder soberano e absoluto ao chefe de família sobre seus bens. Tal poder contava, ainda, com o ornamento sagrado da vinculação do deus-lar, deixando o proprietário imune a qualquer encargo público ou privado *propter rem* (Comparato, 1998).

Com o passar do tempo, embora tenha havido a secularização do direito de propriedade, este foi mantido no rol de direitos naturais inerentes a toda pessoa, o que veio a ser consagrado em diversos documentos jurídicos, como o *Bill of Rights* americano, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa, de 1789 (Comparato, 1998). O autor aponta, ainda, que “o núcleo essencial da propriedade, em toda a evolução do direito privado ocidental, sempre foi o de um poder jurídico soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada” (Comparato, 1998, p. 74).

A partir da gradual superação da ótica liberal clássica e da instalação do Estado Social, a figura da propriedade ganhou novos adornos, como a necessidade de que se observe uma função social e a possibilidade de responsabilização do proprietário pelo descumprimento de deveres fundamentais inerentes à coisa, como a utilização da propriedade para fins ilícitos, ocasionando até mesmo a desapropriação como sanção.

Apesar destes temperamentos, que desconstituíram o caráter ilimitado presente anteriormente, o direito de propriedade privada continua contando com um núcleo essencial de elementos característicos, consagrados no artigo 1.228 do Código Civil brasileiro, em cujo *caput* se estabelece que *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*. Assim, diz-se que possui a propriedade plena de um bem aquele que possa dele usar, gozar e dispor, bem como possa reavê-lo quando for dele injustamente privado (Gagliano; Pamplona Filho, 2017).

Orlando Gomes (2012), elencando as características do direito de propriedade, diz que este é: complexo, por ser formado por um conjunto de poderes ou faculdades; absoluto, por ser oponível *erga omnes*; perpétuo, tendo duração ilimitada e não sendo extinto pela falta de uso, transmitindo-se de modo intergeracional (ressalvas por conta da função social e da usucapião); exclusivo, pois, via de regra, o poder dominial de um indivíduo exclui o de outrem sobre o mesmo bem; e elástico, pois a propriedade pode ser ampliada ou restringida na formação de novos direitos reais, sem que haja perda de sua natureza.

A respeito da elasticidade, explica-se que esta decorre do fato de que é possível transferir certas parcelas do direito de propriedade para terceiros, o que cria um direito novo para este terceiro, mas não faz com que o proprietário deixe de ostentar esta qualidade. Como exemplo, pode-se citar a constituição de usufruto: o usufrutuário poderá usar e gozar do bem, mas permanecerá a nua-propriedade, que poderá voltar a ser plena em caso de extinção do usufruto.

Estabelecidos estes conceitos, especialmente os de exclusividade e elasticidade, particularmente relevantes para a discussão a ser feita no decorrer do trabalho, passa-se à elaboração de algumas considerações acerca do conceito de patrimônio e de sua teoria clássica, a fim de pontuar seus pontos de convergência e divergência quanto à propriedade comunal.

1.2 A teoria clássica do patrimônio e os conceitos de pessoalidade e essencialidade

Charles Aubry e Charles Rau, debruçando-se sobre as ideias de Karl Salomo Zachariae, foram os responsáveis por desenvolver a primeira teoria jurídico-científica acerca do patrimônio, elencando um conjunto de propriedades elementares deste instituto e conformando aquela que veio a ser conhecida como a *teoria clássica*. Tais autores afirmam que:

Qualquer que seja a variedade de objetos sobre os quais o homem possa ter direitos a exercer, qualquer que seja a diversidade de sua natureza constitutiva, esses objetos, enquanto formadores da matéria dos direitos de uma pessoa determinada, não são menos submissos ao livre arbítrio de uma só e mesma vontade, à ação de um mesmo poder jurídico; eles constituem, por isso mesmo, um todo jurídico (*universum jus*). (...) Do patrimônio, sendo a emanção da personalidade e a expressão do poder jurídico de que uma pessoa se encontra revestida como tal, resulta: que apenas as pessoas físicas ou morais podem ter um patrimônio; que toda pessoa tem necessariamente um patrimônio, mesmo que não possua atualmente nenhum bem; que a mesma pessoa não pode ter mais de um patrimônio, no sentido exato da palavra (Aubry; Rau, 1917, p. 333-336)³.

Destarte, para a teoria do patrimônio de Aubry e Rau, patrimônio é a ficção jurídica que comporta a totalidade dos bens, direitos e obrigações que estão sujeitos ao arbítrio de uma pessoa, detentora de personalidade. O patrimônio, para eles, é uma emanção da personalidade, uma expressão do poder jurídico de uma pessoa, tanto em ato quanto em potência, o que implica que: apenas pessoas físicas ou jurídicas podem ter patrimônio; toda pessoa tem um patrimônio, mesmo que neste ainda não haja nenhum bem, direito ou obrigação, nem venha a haver; e a cada pessoa corresponde apenas um patrimônio, já que é a totalidade de seus bens.

Partindo desta teoria, Alexandre dos Santos Cunha (2001) defende que o pensamento jurídico oitocentista, no qual se inclui a obra de Aubry e Rau, incorreu em uma confusão conceitual entre personalidade e pessoalidade. A pessoalidade diz respeito à existência de um ser enquanto pessoa, com os atributos que decorrem desta simples característica: existir enquanto pessoa dentro de um determinado sistema.

A personalidade, por sua vez, tem a ver com o livre desenvolvimento do indivíduo, com seu crescimento e com o atingimento de suas capacidades. A tutela da personalidade, assim, se relaciona ao mínimo que uma pessoa precisa ter garantido para que possa ter uma vida digna, na qual seja respeitada e tenha condições de alcançar a plenitude de suas potencialidades individuais (Cunha, 2001).

À luz desta distinção, Cunha (2001) assinala que, a partir do momento em que o legislador passou a se preocupar com a intimidade, a honra, a vida privada, a saúde e a

³ Tradução livre. No original, tem-se: L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Quelle que soit la diversité de leur matière constitutive, ces objets, en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée, n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique; ils constituent, par cela même, un tout juridique (*universum jus*). (...) Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte: que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien; que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot .

integridade física dos indivíduos, o paradigma da pessoalidade decaiu para que ascendesse o da personalidade propriamente dita. O patrimônio, neste cenário, não integra os direitos de personalidade, pois não diz respeito àquilo que há de mais essencial na pessoa, nem dialoga necessariamente com seu livre desenvolvimento, havendo que se separar aspectos meramente patrimoniais de aspectos existenciais, próprios da individualidade (Cunha, 2001).

Há situações, contudo, em que um determinado bem ou direito integrante de um patrimônio possui um peso existencial extraordinário, relacionando-se com os aspectos mais elementares da vida e do modo de ser de um indivíduo ou de uma coletividade, o que dificulta o estabelecimento de um limite mais nítido entre os domínios da pessoalidade e da personalidade.

Nessa esteira, tratando especificamente do direito contratual, Teresa Negreiros (2006) apresentou à doutrina brasileira o chamado *paradigma da essencialidade*, que serve como critério para definir em que intensidade o Judiciário poderá intervir e influenciar na execução ou adimplemento contratual, flexibilizando a autonomia privada das partes e fazendo incidir, com maior ou menor peso, ideias como intangibilidade e *pacta sunt servanda*, conforme o bem objeto do contrato seja considerado mais ou menos essencial à subsistência digna de um dos contratantes. Conforme a autora:

À luz do denominado paradigma da essencialidade, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual.

Como tal, o paradigma da essencialidade proporciona instrumentos e conceitos que permitem tratar os problemas sociais como problemas a serem enfrentados também pelo direito contratual, construindo ao mesmo tempo uma expressão e um expoente do compromisso do estudioso desta área do saber jurídico com a tutela da dignidade essencial da pessoa humana (Negreiros, 2006, p. 388).

Acerca da categorização das necessidades humanas, a autora afirma que há necessidades tão absolutas que se torna desnecessária sua justificação, pois estas não se configuram como meras preferências pessoais, mas como demandas intrínsecas da pessoa humana assim compreendida, dialogando com as particularidades e momentos da vida de cada um (Negreiros, 2006).

Negreiros (2006) arremata afirmando que quanto mais um determinado bem da vida for considerado existencial, maior poderá ser o âmbito de incidência das normas de ordem pública

na formação, execução e adimplemento do contrato, pois este terá uma função social mais intensa, já que as situações existenciais devem prevalecer diante de situações meramente patrimoniais.

Apesar de se tratar de construção teórica voltada à disciplina do direito dos contratos, sua aplicação pode se dar em praticamente qualquer campo do direito privado, inclusive em matéria de direitos reais, não sendo raro que certos bens componentes do patrimônio de uma pessoa se relacionem intimamente à sua personalidade e às suas possibilidades de vida digna e desenvolvimento.

Como exemplo, pode-se citar um veículo automotor que, para alguém que não dependa dele para nada além de mero deslocamento, tem um determinado peso existencial. Noutra giro, este mesmo veículo automotor pode ter um peso existencial muito maior caso seu proprietário ou possuidor, além do deslocamento, utilize-o diretamente para trabalhar, como é o caso de taxistas e motoristas de aplicativo.

Enquanto, no primeiro caso, o automóvel é usado apenas para deslocamento célere e cômodo e para o exercício do direito de ir e vir, no segundo caso, além destas duas finalidades, seu uso diz respeito à subsistência e ao próprio mínimo existencial do proprietário ou possuidor considerado, que o utiliza para obter seu sustento e arcar com a manutenção de seu núcleo familiar.

Em uma eventual ação judicial que enseje a constrição patrimonial dos bens do indivíduo hipotético acima descrito, é razoável que o Poder Judiciário confira tratamento diferenciado ao veículo dentre o universo de outros bens que possam integrar o patrimônio do réu, preservando-o no caso de decretação de uma possível medida constritiva, à luz de sua importância existencial acentuada no caso concreto.

Da mesma forma, no âmbito da responsabilidade civil, um pedido de reparação de dano moral decorrente de um acidente de trânsito pode encontrar na essencialidade do veículo o fundamento para seu deferimento ou indeferimento, pois se ser privado de uma modalidade mais cômoda de deslocamento possa importar em mero dissabor, ser abruptamente privado de sua única fonte de renda e subsistência certamente extrapola este nível de abalo.

Uma outra hipótese de aplicação do paradigma da essencialidade não relacionada diretamente com a matéria contratual diz respeito à propriedade comunal dos povos e comunidades tradicionais, que merece tratamento diferenciado quando comparada com a

propriedade privada comum, por ser dotada de uma série de características que lhe conferem importância existencial extraordinária quanto aos indivíduos e grupos em questão. Assim, passa-se à análise desta espécie de propriedade e de suas particularidades.

2 A PROPRIEDADE COMUNAL E A JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Apesar de não ter havido, na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), previsão textual literal referente à garantia do direito dos povos e comunidades tradicionais às suas terras, em regime de propriedade comunal, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, vem construindo uma jurisprudência pautada em uma interpretação evolutiva, apta a salvaguardar os direitos e interesses destas comunidades quanto a seus territórios.

Em razão disso, analisar-se-á agora o conceito de propriedade comunal, os documentos nacionais e internacionais que vêm sendo utilizados para fundamentar sua regulamentação e proteção e as definições jurisprudenciais a respeito da matéria que vêm sendo construídas no âmbito da Corte Interamericana.

2.1 Conceituação e elementos da propriedade comunal e sua tutela no ordenamento nacional e internacional

Antes de mais nada, ao se tratar sobre propriedade comunal, é preciso ter em mente que esta se refere à forma como determinados grupos de indivíduos exercem suas relações de vida, produção, reprodução e afins dentro de determinada área ou território. A identificação destes grupos de indivíduos e destas áreas ou territórios é, portanto, essencial para que se possa reconhecer tal modalidade de propriedade.

Assim sendo, para os fins deste trabalho, os conceitos de povos e comunidades tradicionais e de territórios tradicionais observarão a definição trazida pelo Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e dispõe que:

Artigo 3º - Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os artigos 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações (Brasil, 2007).

Especificamente acerca da propriedade comunal, Feeny *et al* (1990, p. 04), classificam-na como a modalidade de propriedade em que “os recursos são manejados por uma comunidade identificável de usuários interdependentes, que excluem a ação de indivíduos externos ao mesmo tempo em que regulam o uso dos recursos”⁴. Já Martins, Sobrinho e Vasconcelos (2016, p. 06) definem o regime de propriedade comum como “arranjos de direitos de propriedade onde grupos de usuários dividem direitos e responsabilidades sobre os recursos”.

Conforme este referencial, Rosa e Maschio (2021, p. 93) estabelecem que:

A propriedade comunal indígena é um direito humano que assegura a posse legítima das terras, bem como o desfrute de seus recursos naturais, baseado na relação cultural, espiritual e material desses povos com seus territórios ancestrais, para o exercício pleno de toda coletividade indígena sobre todos os aspectos desta.

Em que pese a ênfase muitas vezes conferida pela legislação, pela jurisprudência e pela doutrina à propriedade comunal indígena ou quilombola, Benatti, Raiol e Lima (2021, p. 08) ponderam que:

Sob a influência dos direitos territoriais garantidos constitucionalmente aos indígenas e quilombolas, os seringueiros lograram êxito com a criação das reservas extrativistas. Outras comunidades tradicionais, como ribeirinhos, castanheiros e quebradeiras de coco-babaçu, puderam se valer de instrumentos de regularização fundiária específicos, como os projetos de assentamento agroextrativistas.

Assim, a disciplina da proteção à propriedade comunal, salvo ressalvas e restrições razoáveis, que devem ser justificadas no caso concreto, estende-se a todos os povos e comunidades tradicionais entendidos como tal, mesmo que alguns tenham mais destaque que outros. A fim de melhor definir os segmentos sociais integrantes do gênero *povos e*

⁴ Tradução livre. No original, tem-se: the resource is held by an identifiable community of interdependent users. These users exclude outsiders while regulating use by members of the local Community.

comunidades tradicionais, o Decreto nº 8.750/2016 elencou uma série de coletividades enquadradas como tal.⁵

Moreira (2017) ressalta que os povos e comunidades tradicionais seriam produto de processos históricos de afirmação de distintas coletividades no Brasil, de modo que a luta pelo respeito aos territórios tradicionais é parte da própria luta pelo respeito às identidades destes indivíduos e dos grupos por eles conformados.

Almeida (2004), ao tratar dos territórios coletivos tradicionais, assinala que estes são marcados pela utilização comum dos recursos naturais, em um contexto de propriedade ou posse da terra, de modo permanente ou temporário, voltando-se o uso dos recursos para a exploração de diversas atividades produtivas, como o extrativismo, a agricultura, a pesca e a pecuária. Ainda a respeito dos territórios, Moreira (2017) aponta que a *posse agroecológica* seria um elemento estruturador destas áreas.

Estabelecidos tais conceitos, resta clara a relação profundamente existencial verificada entre estas coletividades e as terras por elas ocupadas, sendo os territórios e os recursos naturais neles existentes, em alguns casos, elementos necessários à possibilidade de perpetuação social, cultural, religiosa, econômica e ancestral dos grupos que lá vivem.

Tamanha é a importância deste vínculo que Berro e Amaral (2015, p. 02) escrevem que “as terras ancestrais constituem para os povos indígenas uma condição de segurança individual e, ao mesmo tempo, de união do grupo”, pelo que a conservação desta relação significa “garantir a sobrevivência cultural e a manutenção da integridade comunitária”, evitando-se, assim, a própria extinção dos povos e comunidades tradicionais.

Diante de bens jurídicos tão relevantes e da necessidade de sua proteção, o Estado brasileiro e os organismos internacionais adotaram disposições normativas voltadas a resguardar estes grupos vulneráveis e seus territórios, embora a prática revele que a mera edição

⁵ Art. 4º O CNPCT será composto por: (...) § 2º Os representantes da sociedade civil, um titular e dois suplentes, serão eleitos por meio de edital público, assegurada vaga para cada um dos seguintes segmentos: I – povos indígenas; II - comunidades quilombolas; III - povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; IV - povos ciganos; V - pescadores artesanais; VI - extrativistas; VII - extrativistas costeiros e marinhos; VIII - caçaras; IX - faxinalenses; X - benzedeiros; XI - ilhéus; XII - raizeiros; XIII - geraizeiros; XIV - caatingueiros; XV - vazanteiros; XVI - veredeiros; XVII - apanhadores de flores sempre vivas; XVIII - pantaneiros; XIX - morroquianos; XX - povo pomerano; XXI - catadores de mangaba; XXII - quebradeiras de coco babaçu; XXIII - retireiros do Araguaia; XXIV - comunidades de fundos e fechos de pasto; XXV - ribeirinhos; XXVI - cipozeiros; XXVII - andirobeiros; XXVIII - caboclos; e XXIX - juventude de povos e comunidades tradicionais (Brasil, 2016).

de normas não tem bastado ao intento em comento.

Em âmbito interno, a Constituição Federal, em sua parte dogmática e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabelece:

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

§ 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.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Artigo 68 do ADCT - Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos (Brasil, 1988).

Na seara internacional, deve ser elencada a Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante, em seu artigo 21.1, que “toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social” (Organização dos Estados Americanos, 1969). Por sua vez, a Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 14, dispõe que:

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse (Organização Internacional do Trabalho, 1989).

Tais normas vêm servindo para subsidiar a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no reconhecimento e concretização dos direitos relativos à propriedade comunal dos povos e comunidades tradicionais, sendo assinalado pela Corte, inclusive, que, em que pese a ausência de literalidade, o artigo 21.1 da Convenção Americana, que trata da propriedade privada, contempla também a propriedade comunal, como se passa a expor agora.

2.2 Julgados paradigmáticos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Conforme adiantado acima, a Convenção Americana de Direitos Humanos não previu literalmente a proteção à propriedade comunal, mas a Corte Interamericana vem conferindo interpretação evolutiva ao artigo 21.1 da CADH e tutelando efetivamente os direitos dos povos e comunidades que têm seus pleitos submetidos ao Tribunal.

Além das normas referenciadas e transcritas no tópico anterior, a CtIDH se esteia na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, que preveem que os tratados devem ser interpretados observando os ditames da boa-fé, o contexto normativo e o objetivo e finalidade da norma interpretada, sendo vedadas interpretações que limitem direitos ou que excluam direitos inerentes aos seres humanos.⁶

É possível afirmar que os julgados mais representativos acerca do conceito evolutivo do direito de propriedade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos são aqueles em que a Corte se debruça sobre os direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais, o que torna recomendável a indicação de alguns casos concretos.

Inicialmente, deve ser destacado o caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*⁷, caso pioneiro no SIDH sobre a propriedade comunal, no qual a CtIDH reconheceu a responsabilidade internacional da Nicarágua pela violação do direito de propriedade da comunidade *Awas Tingni*, uma vez que o Estado não demarcou as terras tradicionais desta comunidade, mas loteou os territórios tradicionalmente ocupados por este grupo e realizou concessões públicas para que terceiros explorassem os bens e recursos disponíveis nessas áreas (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001).

Especificando particularidades a respeito da divisão do território dentro da própria comunidade, a Corte destacou na sentença o laudo pericial apresentado pelo antropólogo e sociólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, que apresentou as seguintes informações:

Há dois conceitos de terra coletiva: o território, em sua generalidade, que a comunidade considera comum, embora existam mecanismos internos para atribuir utilização e ocupação eventual a seus membros e que não permite alienação a pessoas

⁶ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados – Artigo 31 – 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade (Organização das Nações Unidas, 1969).

Convenção Americana de Direitos Humanos – Artigo 29 – Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; (...) (Organização dos Estados Americanos, 1969).

⁷ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf

que não são membros da comunidade; e o que são áreas exclusivas de utilização coletiva, “commons”, que não se dividem em parcelas. Quase todas as comunidades indígenas têm uma parte de “commons”, de uso coletivo, e depois outra parte que pode ser dividida e atribuída a famílias ou a unidades domésticas. Entretanto, é mantido o conceito de propriedade coletiva, que, quando não está titulada, é questionada por outros, inclusive muitas vezes pelo Estado. Quando há problemas, surge a necessidade de que existam títulos de propriedade, porque a comunidade se arrisca a perder tudo. A história da América Latina tem consistido em um despojo praticamente permanente de comunidades indígenas por interesses externos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001, p. 25).

Como se vê, o território conta com áreas que, apesar de serem pertencentes ao grupo, sofrem divisão e destinação específica em favor dos integrantes da comunidade, para que fixem moradia e se estabeleçam com suas famílias. O fato de certos integrantes receberem a prerrogativa de utilização de determinada área, contudo, não lhes outorga a faculdade de alienar o bem a pessoas alheias à comunidade tradicional.

Há outras áreas, porém, cuja destinação é essencialmente coletiva, não havendo fracionamento em favor de qualquer indivíduo, devendo ser exclusivamente empregadas para a satisfação das necessidades de toda a coletividade, sendo vedada sua utilização ou exploração por terceiros estranhos ao grupo.

Diante desta feição organizacional, o Tribunal asseverou que o direito de propriedade comunal “ultrapassa este conceito tradicional no qual prima a relação individual. Por outro lado, a propriedade comunal ou coletiva cumpre da melhor maneira a exigência ineludível da função social porque esta é parte de sua natureza” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001, p. 93).

Foi reconhecido que o direito consuetudinário dos povos indígenas sobre as terras deve ser valorado de modo especial quando se trata do reconhecimento de um território como pertencente àquelas comunidades, destacando-se que a simples posse qualificada pelo elemento da ancestralidade/tradicionalidade deve bastar para que o Estado proceda à demarcação e titulação da terra, o que, contudo, não tem qualquer efeito constitutivo, mas meramente declaratório, pois o direito dos povos indígenas ao seu território é pré-existente e independe de qualquer formalidade estatal burocrática.

Outro caso digno de nota é o caso *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai*⁸. Neste caso foram reafirmados os fundamentos da sentença do caso *Awás Tingni* acerca da propriedade

⁸ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>

comunal e dos direitos territoriais das comunidades tradicionais, mas houve o estabelecimento de critérios decisórios para os casos de conflito entre a propriedade indígena e os direitos do Estado ou de particulares (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2005).

O que distingue este caso do anterior é o fato de que muitos indígenas daquela comunidade tiveram que deixar suas terras tradicionalmente ocupadas, localizadas no Chaco Paraguai, porque o Estado do Paraguai as loteou e vendeu a terceiros na Bolsa de Valores de Londres, sem consulta prévia nem consentimento por parte do povo afetado. Lins Júnior e Lacerda (2017, p. 262), ao tratar deste julgado, destacam que:

Ao julgar este caso, a Corte reconheceu que o direito dos indígenas às suas terras não se extingue pela desocupação da área, ou seja, os índios (*sic*) possuem o direito de terem sua propriedade restituída. Para o reconhecimento do território como indígena, não foi exigida a ocupação atual da área pelos índios (*sic*), prevalecendo a propriedade ancestral.

Nessa situação, entretanto, é preciso haver maior comedimento, pois se de um lado há o interesse legítimo dos povos originários de reaver as terras com as quais estabelecem todos os elementos religiosos, culturais, econômicos e afins de sua relação comunal com seus territórios, de outro lado há os interesses igualmente legítimos dos adquirentes de boa-fé que compraram terras tituladas e vendidas pelo próprio Estado, sendo fato que o direito de propriedade destas pessoas é, assim como a propriedade comunal, objeto de proteção do artigo 21 da CADH.

Diante dessa conjuntura, a Corte estabeleceu que quando há choque entre a propriedade coletiva e a propriedade privada individual, a propriedade comunal tem preferência, pois sua preservação garante “o desenvolvimento e sobrevivência de uma coletividade e, especialmente, a preservação do seu patrimônio cultural”. Nesses casos, porém, os particulares fazem jus ao pagamento de justa indenização (Lins Junior; Lacerda, 2017, p. 263).

Não obstante tal preferencialidade, o direito à propriedade comunal não é absoluto, de modo que, em caso de impossibilidade fática de devolução da área às comunidades tradicionais, por razões concretas e justificadas, preserva-se a propriedade particular e se faculta à comunidade o recebimento de terras alternativas equivalentes ou o pagamento de uma indenização (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2005).

Os critérios utilizados para orientar as decisões judiciais em caso de conflito real ou aparente entre a propriedade coletiva e a particular, restringindo-se ou privilegiando um ou

outro direito, são: 1) previsão legal das limitações impostas ao direito da parte vencida; 2) necessidade das limitações; 3) proporcionalidade das limitações; e 4) motivação voltada à consecução de algum objetivo legítimo em uma sociedade democrática (Benatti; Raiol; Lima, 2021).

À luz do decidido no caso em comento, pode-se sintetizar o posicionamento da Corte da seguinte forma:

1) a posse tradicional dos povos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio que outorga o Estado; 2) a posse tradicional outorga aos indígenas o direito a exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais, mantêm o direito de propriedade sobre esses bens, até mesmo com a falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; e 4) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, embora estas tenham sido transferidas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade (Benatti; Raiol; Lima, 2021, p. 23).

Por fim, o último caso a ser analisado é o caso *Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*⁹, julgado pela Corte Interamericana em 2018, aqui trazido por se tratar da primeira condenação do Brasil no SIDH a respeito da matéria. O povo Xucuru está presente no estado de Pernambuco desde o século XVI, concentrando-se atualmente no município de Pesqueira/PE. Ao descrever a composição deste povo, a Corte assim assinalou:

Atualmente, o chamado Povo Xucuru de Ororubá é constituído por 2.354 famílias, as quais vivem em 2.265 casas. Dentro da terra indígena Xucuru vivem 7.726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades dentro de um território de aproximadamente 27.555 hectares, no município de Pesqueira, estado de Pernambuco. Além disso, aproximadamente 4.000 indígenas vivem fora da terra indígena na cidade de Pesqueira (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018, p. 16-17).

O povo Xucuru buscou as autoridades brasileiras para regularizar a situação de suas terras no ano de 1989, mas o procedimento de demarcação se estendeu até o ano de 2005, causando diversos transtornos e ocasionando inúmeros conflitos com fazendeiros da região, nos quais foram vitimados muitos membros da comunidade, dentre os quais o Cacique Xicão, morto em 1998, e dois Xucuru mortos num atentado contra o Cacique Marquinhos, filho de Xicão, em 2003 (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018).

Em razão dos percalços e da excessiva demora no processo demarcatório, a Corte

⁹ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf

asseverou que, em que pese a desnecessidade de obtenção do domínio formal para o reconhecimento do direito de propriedade coletiva dos povos tradicionais, “os processos administrativos de delimitação, demarcação, titulação e desintrusão de territórios indígenas são mecanismos que garantem segurança jurídica e proteção a esse direito” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018, p. 32).

Em virtude dos fatos ocorridos durante o processo de demarcação em comento, a Corte Interamericana considerou o Estado brasileiro como responsável pela violação dos artigos 8.1 (garantia judicial de prazo razoável), 21 (propriedade coletiva, conforme a evolução jurisprudencial da Corte) e 25 (proteção judicial) em relação ao Povo Indígena Xucuru e seus membros (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018).

3 PONDERAÇÕES ACERCA DAS PECULIARIDADES DA PROPRIEDADE COMUNAL E DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NACIONAL QUANTO À MATÉRIA

3.1 Particularidades da propriedade comunal e seus reflexos existenciais

Como visto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos insere a propriedade comunal dos Povos e Comunidades Tradicionais no âmbito de proteção conferido à propriedade privada pelo artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de sempre ressaltar em seus julgados as particularidades desta modalidade de propriedade.

A esse respeito, calha retomar os conceitos de alguns dos poderes inerentes e das características da propriedade privada elencados no primeiro capítulo, presentes na obra de Orlando Gomes, para que se possa verificar os pontos de aproximação e diferenciação observados quando da comparação entre a propriedade comunal e a propriedade clássica.

Inicialmente, acerca do uso, foi possível verificar como os integrantes da comunidade utilizam, conjuntamente, a terra coletiva e seus acessórios, havendo espaços destinados à utilização de todos e espaços destinados à organização e residência das unidades familiares. Assim, embora existam áreas com destinações diferentes, por motivos de organização social, todo o território comunal é passível de utilização pelos membros da comunidade.

A esse respeito, assim escreve José Heder Benatti (2002, p. 09):

Enquanto outras porções de terra são reservadas para uso comum, a delimitação dos direitos dos camponeses sobre áreas que são utilizadas para o cultivo e moradia familiar, enquanto outras porções de terra são reservadas para uso comum, ocorre dentro de uma lógica espacial na qual não há a necessidade que essas áreas (uso comum e familiar) sejam adjacentes e permanentes. Nem mesmo que suas atividades laborais e de moradia estejam confinadas em parcelas fixas. Além disso, a distribuição dos roçados, das casas e da área de uso comum, segundo uma certa divisão espacial da área, ocorre baseada num consenso do grupo e não em ações isoladas.

Quanto ao gozo, em que pese a possibilidade de haver distinções internas e variações entre diferentes tipos de comunidades tradicionais, o uso da terra é voltado à subsistência da coletividade, podendo aproveitar a todos os membros os frutos decorrentes da propriedade exercida sobre o território.

Como os únicos espaços com destinação “individual” são aqueles em que as famílias firmam suas moradias, todo o restante do território pode ser cultivado ou ser objeto de extrativismo e outras formas de exploração, sendo garantido a todos os membros exercer alguma atividade produtiva que se reverta em melhores condições de subsistência para eles próprios, suas famílias e os demais membros do grupo, em um sistema de gestão coletiva dos recursos existentes na área comunal.

Tratando da faculdade de reaver, a jurisprudência da Corte Interamericana, em especial no caso *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai*, deixa claro que aos povos e comunidades tradicionais é assegurado o direito de recuperar suas terras quando privados delas, seja indevidamente, seja em razão da aquisição por terceiros de boa-fé, como no caso dos compradores que adquiriram seus lotes na Bolsa de Valores de Londres, lotes estes vendidos pelo próprio Estado paraguaio.

Deve ser destacado, contudo, que o direito de reaver não é absoluto e encontra limites, que já foram destacados por ocasião da apreciação do julgado em comento, em especial quando a devolução das terras se torna demasiado complexa no caso concreto, hipótese em que a comunidade faz jus ao recebimento de terras de igual qualidade e extensão.

Caso não seja possível a disponibilização destas terras de igual qualidade e extensão, aparece a possibilidade de que a comunidade aceite o pagamento de uma indenização pecuniária. Esta é a primeira hipótese de exercício da faculdade de dispor, embora se trate de um ato de disposição *sui generis*, decorrente da impossibilidade fática do exercício do poder de reaver.

Outra hipótese de exercício do poder de dispor, igualmente *sui generis*, tem a ver com a possibilidade de que os membros da comunidade realizem a venda ou troca, entre si, do direito sobre as terras destinadas pelo grupo ao estabelecimento de suas unidades familiares. Embora haja, neste caso, voluntariedade, a disposição só pode ser destinada a um número limitado de indivíduos.

Assim sendo, embora incontestada sua existência, o poder de dispor é o mais mitigado quando se trata de propriedades comunais, sendo uma das principais distinções existentes entre esta e a propriedade privada individual e coletiva. Acerca da distinção entre propriedade privada coletiva e propriedade comunal, importantes os apontamentos de José Heder Benatti:

Contudo, o condomínio não pode ser equiparado à propriedade comum, pois este não é formado meramente por um conjunto de proprietários, e nem pode afirmar que, qualitativamente, todos têm os mesmos direitos, mas se diferem pela quantidade de cotas que cada um pode possuir, pois essa noção de fração ideal não existe na propriedade comum. Nela não ocorre a distinção de cota em relação ao direito de uso da área comum.

De fato, a propriedade comum é caracterizada por possuir uma comunidade que tem uma ligação com um território determinado, cuja organização social e política está intimamente relacionada com as regras de uso e manejo dos recursos naturais renováveis, determinadas historicamente (Benatti, 2002, p. 24).

Esta diferenciação entre condomínio e propriedade comum (comunal) enseja a análise do elemento da exclusividade. Como já dito, na propriedade comunal, não se trata de uma pluralidade de detentores de fração ideal do bem. Todos os membros da comunidade são igualmente proprietários da totalidade do território, havendo o estabelecimento de espaços reservados apenas em virtude das regras de uso definidas coletivamente para organização das unidades familiares.

Dessa maneira, é possível perceber que o poder jurídico sobre o território não reside em qualquer indivíduo, mas na comunidade em si. Cada integrante da comunidade pode exercer poderes sobre a terra por integrar o grupo, de modo que seus “domínios” não são mutuamente excludentes porque, simplesmente, não existem. O domínio pertence apenas à coletividade, pelo que se faz presente a característica da exclusividade, embora de modo heterodoxo.

Já a última das características elencadas no primeiro capítulo, a elasticidade, é justamente a característica que permite que a propriedade comunal possa apresentar todas estas particularidades sem sofrer uma desnaturação na sua qualidade de direito real de propriedade,

razão pela qual é possível à Corte Interamericana inseri-la no mesmo âmbito de proteção da propriedade privada clássica.

Dito de outra forma, sob o lume da CADH¹⁰, a propriedade comunal é espécie do gênero propriedade, mesmo possuindo tantos traços distintivos, os quais não têm o condão de transferi-la para fora do domínio do direito privado, ainda que haja uma maior possibilidade de influência da esfera pública quando comparada com a propriedade privada individual pura e simples.

A razão para que exista essa maior margem de influência pública reside na impossibilidade de se compreender o sentido da territorialidade das comunidades tradicionais com base na ótica meramente proprietária. O território é o centro e o cenário da propriedade comunal e, conforme explica André Viana da Cruz (2017, p. 199):

A noção de território permeia a discussão, trazendo elementos simbólicos não alcançados pela mera exteriorização dos poderes inerentes à propriedade. A compreensão da territorialidade pressupõe um diálogo intercultural que reconheça os processos contínuos de produção de significados e significantes.

Assim, em que pese a propriedade comunal seja espécie de propriedade, seu cerne é a territorialidade, muito mais complexa que o simples direito de propriedade, sendo permeada por diversos elementos simbólicos e extrajurídicos que dialogam com a forma de vida dos indivíduos que lá residem. É um reducionismo intolerável, portanto, vislumbrar o território como um mero bem pertencente à comunidade quando, na verdade, ele é condição de sua existência e da perpetuação da forma de vida daqueles indivíduos.

Retomando a discussão trazida por Alexandre dos Santos Cunha sobre a obra de Aubry e Rau, a propriedade comunal, nada obstante integre o patrimônio coletivo da comunidade tradicional, corresponde a algo muito maior do que sua quantificação patrimonial. O território dialoga com o que há de mais íntimo em seus habitantes e se põe como elemento necessário para o desenvolvimento de sua plenitude pessoal e comunitária, conforme a visão de mundo destes mesmos indivíduos e grupos.

Destarte, entende-se como despiciendo tecer maiores considerações acerca da essencialidade do território comunal para os membros da comunidade, restando apenas indicar

¹⁰ Faz-se tal especificação em virtude da disciplina contida no artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal, que estabelece que os territórios tradicionalmente ocupados pelos povos indígenas pertencem à União, embora se trate apenas da nua-propriedade, em virtude do usufruto entabulado no artigo 231, §2º, do mesmo texto. Neste caso, em âmbito interno, trata-se de bens públicos.

que o peso existencial da propriedade comunal deve sempre ser levado em consideração pelo Estado, em especial pelo Judiciário, quando se puser sob sua análise qualquer celeuma envolvendo esta modalidade de propriedade. Diante disso, passa-se a analisar alguns julgados brasileiros e, em especial, maranhenses, a respeito desta temática.

3.2 A atuação do Judiciário brasileiro e maranhense em casos envolvendo a propriedade comunal

O primeiro caso a ser tratado é bastante conhecido. Trata-se do caso da Terra Indígena *Raposa-Serra do Sol*, Petição 3.388/RR, julgado em 2009, no qual foram estabelecidos 19 pontos regulatórios acerca da demarcação de terras indígenas. Dentre os diversos pontos do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no caso em tela, destaca-se o marco temporal adotado para que haja o reconhecimento do direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, isto é, o dia 05 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição Federal vigente.

Tal marco não se coaduna com o entendimento fixado pela Corte Interamericana desde seu pioneiro caso, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, no sentido de que a simples posse qualificada pelo elemento da ancestralidade/tradicionalidade deve bastar para que o Estado proceda à demarcação e titulação da terra. A decisão do Supremo também não levou em conta que, conforme o mesmo julgado da CtIDH, a demarcação não ostenta qualquer efeito constitutivo, mas meramente declaratório, pois o direito dos povos indígenas ao seu território é pré-existente e independe de qualquer formalidade estatal burocrática.

Após a adoção do referido entendimento pelo STF, o próprio Tribunal passou a buscar limitar sua aplicação e indicar que não se tratava de precedente vinculante, como feito quando do julgamento das Ações Cíveis Originárias 362/MT e 366/MT (Ministério Público Federal, 2019). Assim, paulatinamente, foi operada uma modificação no pensamento da Corte que culminou no entendimento adotado quando do julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC.

No mencionado julgado, de setembro de 2023, dentre outros pontos, a Corte Suprema assentou a inaplicabilidade do marco temporal e asseverou o caráter meramente declaratório da demarcação de terras, assegurando os direitos das comunidades tradicionais mesmo em face de

terceiros de boa-fé, aos quais será assegurada a justa indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis. Em que pese ainda não tenha transitado em julgado na data de conclusão deste texto, o acórdão consolida um entendimento muito mais alinhado à jurisprudência da Corte Interamericana que o caso paradigmático anterior.

O Superior Tribunal de Justiça, nesta mesma esteira, também vem acolhendo razões de decidir sintonizadas com a jurisprudência do Sistema Interamericano. Nesse sentido, pode-se citar o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.601.765/MT, no qual o Sodalício pontuou que mesmo o justo título somente tem o condão de comprovar a boa-fé do possuidor em relação a território de posse tradicional imemorial, sem lhe garantir o domínio do bem.

No mesmo acórdão, em consonância com a CtIDH e com o atual entendimento do STF, o STJ destacou o caráter declaratório do procedimento de demarcação e o direito apenas à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas no imóvel, na forma da lei, conforme disposto no artigo 231, §6º, da Constituição Federal.

De igual modo, quando da apreciação do Mandado de Segurança 14.987/DF, o Tribunal pontuou que a relação entre os povos indígenas e suas terras possui natureza anímica e transcende, em muito, a mera concepção civilista de posse da terra. Ademais, assinalou-se que o marco temporal da promulgação da Constituição também não serve para impedir o procedimento de revisão da demarcação perfectibilizada antes de 05 de outubro de 1988.

Na mesma linha vem caminhando o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, como quando, por exemplo, no julgamento da Apelação Cível 0004467-19.2016.4.01.3000, reafirmou o caráter declaratório da demarcação. Já em outro caso, a Apelação Cível 0012899-30.2012.4.01.3400, a Corte Regional reiterou as ressalvas do STF à vinculatividade do caso *Raposa-Serra do Sol* e replicou o entendimento do STJ acerca da possibilidade de revisão de procedimentos demarcatórios anteriores à atual Constituição.

Passando a tratar do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, ainda não se pode vislumbrar um posicionamento consolidado, havendo diversas interpretações adotadas quando o objeto dos autos é um território alegadamente tradicional. Entretanto, para fins demonstrativos, transcreve-se os seguintes julgados, ambos do ano de 2016:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR DEFERIDA. COMUNIDADE QUILOMBOLA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE POSSE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO REALIZADA. DESPROVIMENTO. 1. Audiência de justificação prévia realizada pelo magistrado,

na qual os requisitos do pedido urgente foram demonstrados. Decisão liminar de reintegração deve ser mantida por terem sido demonstrados os requisitos próprios. 2. A alegação da parte de que é uma comunidade quilombola, por si só, não garante o direito à posse do bem, sobretudo quando faltam elementos do seu reconhecimento como titular da área em litígio, através do decreto presidencial expropriatório. Ausência de demonstração inequívoca da posse. 3. Recurso desprovido. (AI 0020562016, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/10/2016, DJe 04/11/2016)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA REMANESCENTE DE QUILOMBO. POSSE ANTERIOR. PROVA. 1. Havendo a possibilidade de a área em disputa ser remanescente de quilombo, deve-se reconhecer, ao menos em nível de cognição sumária, a posse histórica da comunidade que ali reside. 2. Agravo conhecido e provido. Unanimidade. (AI 0597152015, QUARTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 29/11/2016, DJe 12/12/2016)

Os dois julgados tratam de pedidos de concessão de medida liminar em ações de reintegração de posse envolvendo áreas supostamente pertencentes a comunidades quilombolas. *A priori*, deve-se consignar que, em virtude da própria natureza do recurso de Agravo de Instrumento, não se estava diante de cognição exauriente em nenhum dos processos, cabendo aos julgadores decidir à luz do que já estava disponível nos autos.

Em ambos os casos, havia a comprovação de que organizações compostas por membros de comunidades quilombolas estavam em Juízo. A dúvida pairava, portanto, sobre a extensão das áreas destinadas a estas comunidades, pois os processos de demarcação não haviam sido concluídos.

Isso posto, o julgado da primeira ementa, referente ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 0000884-88.2014.8.10.0000, estabelece que o simples fato de que a agravante se apresente como comunidade quilombola não é suficiente para garantir o direito à posse do bem litigioso, apontando como imprescindível a edição de decreto presidencial expropriatório. A contraposição deste e do segundo julgado permite demonstrar a potencial influência benéfica do emprego do elemento da essencialidade enquanto critério decisório.

Diz-se isto porque o julgado da segunda ementa, referente ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 10541-20.2015.8.10.0000, em igual situação de incerteza acerca da qualidade quilombola da área disputada, escolheu privilegiar a possibilidade de que, em se tratando de território efetivamente vinculado a comunidade tradicional, a presunção deveria ser no sentido de se estar diante de área ocupada historicamente pelos remanescentes de quilombos, resguardando-se sua posse.

Assim sendo, no primeiro acórdão, o território comunal da comunidade quilombola

agravante é tratado como simples porção de terra, cuja comprovação da propriedade depende exclusivamente de título formal que ateste a titularidade do domínio, deixando-se de lado a natureza meramente formal do procedimento demarcatório e a violência da retirada dos remanescentes quilombolas de território possivelmente ancestral, com o qual poderiam manter estreitos laços sociais, econômicos, culturais e religiosos, resumindo-se a análise a “quem apresenta o justo título e quem não?”

O emprego de tal abordagem quando da apreciação de um caso envolvendo possível propriedade comunal, para os autores, expressa um formalismo exacerbado, centrado unicamente na comprovação da posse/propriedade por meio de títulos estatais, bem como um preciosismo teórico clássico que desconsidera as peculiaridades da propriedade comunal quando comparada à posse e a propriedade da civilista clássica, julgando a primeira menos digna de proteção que as outras duas.

Já no segundo caso, mesmo diante de igual inexistência de demarcação perfectibilizada, a análise não se exauriu na existência ou não de justo título e levou em consideração a possível essencialidade do bem litigioso, consciente do fato de que, caso seja verdadeira a alegação de que se trata de território comunal, o peso existencial inerente à territorialidade ancestral deve conduzir a decisão que privilegie a propriedade comum.

A decisão adotada no segundo julgado, assim, se coaduna ao decidido pela CtIDH no caso *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai*, privilegiando a propriedade comunal em detrimento da propriedade privada, pois se já seria grave para o particular se ver indevidamente privado de seu bem, muito mais grave seria para a comunidade quilombola se ver indevidamente privada de território que se confunde com sua própria existência e razão de ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde ver, a propriedade comunal dos povos e comunidades tradicionais é tema da mais alta complexidade, que mescla elementos jurídicos, econômicos, sociais, culturais, antropológicos, econômicos e religiosos, pelo que não se buscou aqui exaurir todos os aspectos identificadores do instituto, mas delinear a forma como este é tratado pela legislação nacional e internacional e, principalmente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelos Tribunais nacionais das mais diferentes esferas de atuação.

As peculiaridades da propriedade comunal, embora muitas, não possuem o condão de desnaturá-la enquanto manifestação do direito real de propriedade. Contudo, apesar de não haver a descaracterização da propriedade, a territorialidade, cerne da propriedade comunal, transcende em muito os limites do jurídico, agregando ao instituto adornos que não podem ser simplesmente desconsiderados pelo Estado, especialmente pelo Judiciário, quando da análise de demandas envolvendo tais comunidades e territórios.

Assim, procurou-se demonstrar como os aspectos existenciais inerentes à propriedade comunal são suficientes para atrair a incidência do paradigma da essencialidade enquanto critério judicial decisório, feitas as devidas modificações exigidas pelo caso concreto. Mais do que apenas suficientes, tais aspectos existenciais tornam bastante recomendável, quiçá necessária, a utilização do referido paradigma, a fim de que o Estado trate com adequado cuidado um bem da vida tão essencial a tantos grupos de cidadãos brasileiros.

Não se almeja, ao defender este ponto, conferir à propriedade comunal um caráter de preferência absoluta sobre os direitos dos demais proprietários, mas orientar a adoção de modelos decisórios sempre atentos à fundamentalidade extraordinária dos interesses submetidos à apreciação do Judiciário em litígios envolvendo tal temática, não se tratando de mero bem ordinário, do tipo que se acumula e aliena livremente, mas de uma condição de sobrevivência e perpetuação da própria comunidade e de sua forma de viver e ver o mundo.

Destarte, o Direito, aí incluído o Direito Privado, deve se manter atualizado à eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos, não permitindo que, em nome de um formalismo exacerbado e de um preciosismo teórico clássico, se permita que se ponha sob ataque a própria razão de ser de todo o Direito, em especial o Direito Civil, isto é, a possibilidade de que os seres (e grupos) humanos possam viver e desenvolver ao máximo suas potencialidades, à luz daquilo que já são e do que decidam ser.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização e movimentos sociais. **Revista Brasileira Estudos Urbanos e Regionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 9-32, maio 2004. Disponível em: <https://rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/download/102/86>

AUBRY ET RAU. **Cours de Droit civil français**: d'apres la méthode de Zachariae. Paris:



Marchal et Godde, 1917. tomo IX. Disponível em:
<https://archive.org/details/coursdedroitcivi01aubr/page/n21/mode/2up>.

BENATTI, José Heder. A titularidade da propriedade coletiva e o manejo florestal comunitário. **Revista de Direito Ambiental**, v. 26, p. 126-151, 2002. Disponível em:
https://www.academia.edu/33691883/A_Titularidade_Da_Propriedade_Coletiva_e_O_Man_ejo_Florestal_Comunit%C3%A1rio

BENATTI, José Heder; RAIOL, Raimundo Wilson Gama; LIMA, Tamires da Silva. Os grupos vulneráveis no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a proteção do território dos povos indígenas e comunidades tradicionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 45, n. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5216/rfd.v45i1.60006>

BERRO, Nicholas Calistro; AMARAL, Sergio Tibiriçá. Direito à propriedade das terras coletivas ancestrais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **ETIC-Encontro de iniciação científica - ISSN 21-76-8498**, v. 11, n. 11, 2015. Disponível em:
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4863/4617>

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 07, p. 76-88. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2845503/Fabio_Konder_Comparato.pdf

CRUZ, A. V. da. Posse, propriedade e territorialidades rivais: entre os conceitos jurídicos e os saberes locais. **Abya-yala: Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas**, [S. l.], v. 1, n. 3, p. 235 a 275, 2017. DOI: 10.26512/abyayala.v1i3.7127. Disponível em:
<https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/7127>.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 19, 2001. Disponível em:
<https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71520/40582>

FEENY, D.; BERKES, F.; MCCAY, B.J.; ACHESON, J.M. The tragedy of the commons: twenty two years later. **Human Ecology**, v. 1, n. 18, p. 1-19, 1990. Disponível em:
<https://sci-hub.se/10.1007/bf00889070>

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LINS JÚNIOR, George Sarmento; LACERDA, Danilo Moura. O direito de propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF, no caso "Raposa Serra do Sol". **Revista Direito & Paz**, v. 2, n. 37, p. 253-272, 2017. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibl

i_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC83532E9118700E050A8C0DD016D4C

MARTINS, Ynis Cristine da Santana; SOBRINHO, Mario Vasconcelos; VASCONCELLOS, Ana Maria de Albuquerque. Tomada de decisão coletiva e gestão de recursos em regime de propriedade comunal: o caso da comunidade quilombola Guajará Miri-Pará. **Colóquio Organizações, Desenvolvimento e Sustentabilidade**, v. 7, p. 303-319, 2016. Disponível em: <http://revistas.unama.br/index.php/coloquio/article/view/646/pdf>

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas**. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos**: uma análise a partir dos direitos Territoriais de povos e comunidades tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/415108568/NEGREIROS-Teresa-Teoria-Do-Contrato-Novos-Paradigmas-2006>

ROSA, Vanessa de Castro; MASCHIO, Marina Dias. A propriedade comunal a partir do caso Xucuru da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Espaço Ameríndio**, v. 15, n. 3, p. 91-91, 2021. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/download/117769/65704>

Sobre os(as) autores(as):

Rafael Einstein Carvalho Amorim Alcântara | *E-mail*: rafael.astein@discente.ufma.br
Discente do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDir/UFMA). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pesquisador do *Peregrinus* - Grupo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (UFMA/CNPq). Assessor da Chefia da Unidade da Defensoria Pública da União no Maranhão. Advogado. E-mail: rafael.astein@discente.ufma.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5321661733552348>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0207-0606>.

Paulo Sérgio Velten Pereira | *E-mail*: paulovelten@uol.com.br
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor Adjunto da Graduação em Direito e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Desembargador -Presidente do

Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA. Endereço postal: TJMA, Av. Dom Pedro II, s/nº, Centro, São Luís/MA. Endereço eletrônico: Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6050740864470423>.

Data de submissão: 28 de julho de 2023.

Data da Triagem de Diretrizes: 12 de outubro de 2023.

Data da Triagem de Qualidade: 22 de novembro de 2023.

Data do Envio para Avaliação: 04 de dezembro de 2023.

Data da Primeira Avaliação: 04 de janeiro de 2024.

Data da Segunda Avaliação: 08 de janeiro de 2024.

Data de Aceite: 23 de janeiro de 2024.

