LUMEN ET VIRTUS
ISSN: 2177-2789

A PROPRIEDADE COMO UM DIREITO HUMANO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

https://doi.org/10.56238/levv15n43-087

Data de submissão: 22/11/2024 **Data de publicação:** 22/12/2024

Rodrigo Canevassi Murakami

RESUMO

O artigo analisa o direito de propriedade como um direito humano, conforme reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Destaca a evolução histórica da propriedade e sua função social no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo as limitações e restrições legais e voluntárias impostas ao proprietário.

Palavras-chave: Propriedade, Função social.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar o direito de propriedade (reconhecido como Direito Humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e também previsto na Convenção Americana sobre Direito Humanos – Pacto de São José da Costa Rica) e sua função social dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, far-se-á uma análise da positivação e do reconhecimento da propriedade como um direito humano para, posteriormente, tecer breves considerações a respeito da sua estrutura, contornos, características e, sobretudo, sua função social. A funcionalização dos institutos de direito privado atende à necessidade do direito privado de adequar-se à realidade social, abandonando o caráter individual.

A transição do Estado Liberal do século XIX para o Estado do Bem-Estar Social do início do século XX marcou o início da concepção individualista e egoística do direito de propriedade.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO UM DIREITO HUMANO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelece, em seu artigo 17, que "1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade".

No mesmo sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prescreve, também no artigo 17, que:

> 1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.
> 2. É protegida a propriedade intelectual.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992), determina, em seu artigo 21, o direito à propriedade privada:

> ARTIGO 21
> Direito à Propriedade Privada
> 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
> 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
> 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

O ser humano, ao longo de sua evolução, sempre foi incentivado ao acúmulo de riquezas. A apropriação de bens, a conquista de terrenos, a expansão do território sempre foram estimuladas no percurso da história, desde a Antiguidade Clássica até os dias atuais. O "ter" adquiriu contornos não só de *status* social, mas sobretudo de sobrevivência do próprio homem e de sua família.

No mesmo diapasão, obtempera Anderson Santos[1]:

> Num mundo de disputa por espaço econômico, onde o homem luta para a mantença de si e de sua família através do acúmulo de bens e recursos pecuniários, surge a propriedade privada como um dos motivos principais dessa "corrida", configurando-se na própria exteriorização do conceito capitalista. A propriedade, sob o enfoque do direito natural, foi criada para a satisfação do homem e seus anseios, pressupondo sua liberdade [...].

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a propriedade é um direito fundamental, nos seguintes termos: "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* [...]", grifo nosso (artigo 5º, *caput)* e "é garantido o direito de propriedade" (artigo 5º, inciso XXII).

Além de direito fundamental, a propriedade é o principal direito real do ordenamento jurídico, do qual decorrem todos os demais direitos reais (artigo 1.225[2] do Código Civil). A partir do desmembramento dos poderes inerentes ao domínio, ampliam-se ou restringem-se os atributos outorgados pelo proprietário (elasticidade). No clássico exemplo doutrinário, o direito real de usufruto resulta da atribuição do proprietário das faculdades jurídicas de usar e fruir ao usufrutuário, reservando para si os poderes de dispor e reivindicar (nua propriedade).

Define-se juridicamente a propriedade como o direito real que confere ao seu titular os poderes de usar, fruir, dispor e reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha (artigo 1.228 do Código Civil), desde que cumprida a função social.

O já mencionado artigo 1.228 do Código Civil estabelece os atributos (ou poderes ou estrutura) da propriedade, quais sejam: a) faculdade de usar *(jus utendi),* consistente na destinação econômica ou jurídica da coisa, de forma a atender os interesses do titular do domínio; b) faculdade de gozar *(jus fruendi),* quer dizer, o direito de extrair os frutos que a coisa pode produzir como, por exemplo, os alugueis de um imóvel locado (frutos civis); c) faculdade de dispor *(jus disponendi),* isto é, alterar a substância da coisa, a qual engloba a disposição material (como a destruição do bem e o abandono, como formas de perda da propriedade) e jurídica (alienação e oneração)[3] e d) direito de reaver a coisa

---

[1] SANTOS, Anderson. **Função Social da Propriedade Urbana – Regularização Fundiária.** Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008, p. 53.

[2] CC, art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso e XIII - a laje.

[3] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** Vol. 5, 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 291-2.

do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (exercício do direito de sequela característico dos direitos reais).

Faz-se mister destacar que esses atributos, hodiernamente, devem ser exercidos em consonância com a função social da propriedade, sob pena de atuação ilegítima do proprietário. Apenas para exemplificar, não vigora mais no sistema jurídico brasileiro aquela máxima segundo a qual a propriedade é um direito absoluto e o seu titular pode fazer o que bem entender com a coisa, inclusive destruí-la.

À faculdade de usar acrescente-se o ingrediente da função social, de modo a ser correto afirmar que "atualmente a falta de utilização da coisa privará alguém do direito de propriedade, quando se mostrar antissocial [...]. Ou seja, muitas vezes a faculdade de usar perde a característica de um poder e se converte em um dever jurídico para o proprietário"[4].

Ao exercício do direito de propriedade impõem-se limitações, sejam legais ou administrativas ou voluntárias, bem como destacado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ("A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral") e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ("A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social").

As restrições legais decorrem do ordenamento jurídico, configurando o contorno dado pelo legislador ao direito de propriedade. Na medida em que a sociedade caminha, essas limitações vão aumentando, já que o convívio social vai se tornando mais complexo, exigindo do direito uma atenção maior a determinados pontos, rompendo com o aspecto individualista da propriedade privada.

A título de exemplo, a própria Constituição Federal, o Código Florestal, o Estatuto da Cidade e até mesmo o Código Civil trazem restrições legais à propriedade. O artigo 1.229 do diploma civil dispõe que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se às atividades que sejam realizadas, por terceiro, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. Adotou-se o critério da utilidade, não prevalecendo entre nós a frase de que "quem é dono do solo é também dono até o céu e até o inferno".

As restrições voluntárias são aquelas impostas aos negócios jurídicos gratuitos (doações e testamentos) entre os contratantes, como, por exemplo, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Em regra, não se exige motivo para a clausulação, salvo se esta recair sobre bens da legítima dos herdeiros, sejam no testamento[5] ou na doação[6].

---

[4] *Ibidem,* p. 290.

[5] CC, art. 1.848: Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

[6] Segundo Ademar Fioranelli, citado na Apelação Cível 0008818-68.2012.8.26.0438 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "respeitadas as opiniões divergentes, o certo é que o novo código autoriza expressamente a imposição de cláusulas restritivas à legítima, por testamento ou doação (como antecipação

O direito de propriedade apresenta características (natureza jurídica) particulares em relação aos demais direitos.

De início, trata-se de direito absoluto no sentido de oponibilidade *erga omnes,* isto é, todos da coletividade devem respeitar o titular do direito real, abstendo da prática de atos que possam molestá-lo (sujeição passiva universal). No mesmo diapasão, a propriedade é um direito exclusivo, de forma que não é possível o exercício do domínio simultaneamente por duas ou mais pessoas. Estabelece o artigo 1.231 do Código Civil que a propriedade presume-se plena e exclusiva, até que se prove em contrário. A única exceção concerne à figura do condomínio, em que cada condômino é proprietário, com exclusividade, de sua parte ideal.

A perpetuidade se faz presente na medida em que não se perde a propriedade pelo não uso. Em outras palavras, o proprietário somente será privado de seu direito fundamental se praticar atos de alienação ou pela incidência de alguma hipótese legal (usucapião, desapropriação, dentre outros). A exceção atine à propriedade resolúvel, na qual o titular tem um direito sob condição resolutiva, ou seja, caso aconteça o evento futuro e incerto, o titular verá seu direito resolvido (transitoriedade).

Já foi dito alhures que a propriedade é elástica na medida em que os poderes podem ser aumentados ou diminuídos de acordo com a vontade do titular do domínio. Quando todos os poderes estão reunidos em uma única pessoa, diz-se que a propriedade é plena (grau de elasticidade máximo)[7]. Caso contrário, a propriedade será restrita/limitada ou alodial, hipótese em que recairá sobre ela um ônus real.

Por fim, a propriedade é um direito fundamental com amparo na Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 5º, *caput*). Neste ponto, registre-se que sua tutela e função social são aplicadas de forma imediata nas relações entre os particulares (artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"). Consagra-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O estudo da função social da propriedade é de relevância para o Direito urbanístico moderno. No tocante à função social da propriedade urbana, destaca José Afonso da Silva[8]:

> A propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana; realizar em suma, as funções sociais da cidade.

de legítima), exigindo que no título constem as razões do testador para impô-las (a justa causa). Não mais prevalece a vontade incondicionada do testador, mas a necessidade legal de declarar o justo motivo para tornar válida e efetiva a imposição".

[7] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 5ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 896

[8] SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 74

A Carta Política de 1988, ao mesmo tempo em que positiva o direito de propriedade como um direito e garantia fundamental (artigo 5º, *caput* e inciso XXII), exige que seu titular cumpra com a função social[9]. O histórico da função social da propriedade nas Constituições brasileiras é bem lembrado por Ronan Cardoso Naves Neto[10]:

> No Brasil, a primeira Constituição a mencionar a função social foi a Carta de 1967, como princípio da ordem econômica (art. 157, III), sendo certo que a Emenda Constitucional 1/1969 fez menção ao tema nos moldes do texto de 1967 (art. 160, III). A Constituição da República de 1988, por sua vez, deu maior relevo ao tema e determinou ser tanto a propriedade como sua função social direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII). Diante da previsão atual, a função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como integrante de sua própria estrutura.
> [...]
> Com efeito, foi Leon Diguit quem desconstruiu o contexto individualista e egoísta de propriedade. No ano de 1912, aludido autor elaborou tese que questionava a condição do proprietário como titular de direito subjetivo. Em sua concepção, o proprietário seria mero detentor de riqueza, uma vez que a propriedade é, ela mesma, função social. Na visão de Diguit, ainda hoje defendida por várias bandeiras de lutas sociais, a propriedade, mais que um direito, é uma função. Enquanto o proprietário cumpre a função social, ele detém riqueza. Caso não cumpra, sujeita-se à intervenção estatal, para alguns sem qualquer direito à indenização. O titular do direito de propriedade tem o dever de dar à propriedade função que aproveite a si e também à coletividade.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 preceitua no artigo 1.228, § 1º que 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.

Em outras palavras, exige-se que o proprietário dê destinação positiva ao bem, de modo a atender os interesses econômicos, sociais e de preservação do meio ambiente. A titularidade e o exercício do domínio devem ser balizados por interesses que transbordam a individualidade egoística, harmonizando-se com os anseios da socialidade do direito e o bem-estar de todos ser humano.

A propriedade, tradicionalmente na concepção liberal, apresenta como característica a individualidade, reinante durante o Código Civil de 1916. Isto é, o Código Bevilaqua fora editado em uma época na qual a sociedade era extremamente patriarcal, patrimonialista e egoísta. Pensava apenas no seu próprio bem-estar, sem nenhuma preocupação com a coletividade. Vigorava o *jus utendi, fruendi* e *abutendi,* de forma a que o proprietário pudesse fazer o que bem entender com o imóvel de sua titularidade, inclusive destruí-lo ao seu bel prazer.

Hodiernamente, com o advento da Constituição de 1988 já mencionada e o Novo Código Civil de 2002, o panorama muda de situação. Fala-se em direito de propriedade que deve atender a uma função social, beneficiando todos da sociedade.

---

[9] CF, art. 5º: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.
[10] NETO, Ronan Cardoso Naves. **O Direito Social e Fundamental à Moradia e a Regularização Fundiária da Lei 13.465/2017** (Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2019, p. 28.

A propriedade é o exercício de determinados direitos e deveres com relação à coisa, balizado pelo direito positivo com observância ao contexto social em que se localiza. O usar, fruir, dispor e reivindicar necessitam do apelo de compartilhamento humano, caso contrário, configura-se em abuso de exercício.

Hoje, todo direito deve estar voltado para garantir a dignidade da pessoa humana como valor maior e não apenas a serviço da satisfação de interesses individuais e egoísticos. Quando a Magna Carta de 1988 prescreveu que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, os valores ali previstos vão além dos ideais do liberalismo para beneficiar toda a coletividade.

Destaca-se que a Lei Civil de 2002 consagrou como princípios estruturantes o da eticidade, sociabilidade e operacionalidade. Valendo-nos dos dois primeiros, por eticidade entende-se a valorização da atuação ética e moral tanto do aplicador do direito como do particular. O exemplo típico é a boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil). Impõe-se um padrão de comportamento aos particulares, de modo a não violar as legítimas expetativas dos contratantes, sempre observando os deveres anexos por ela criados.

De outra banda, o princípio da sociabilidade surge, nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[11], "em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais".

A função social da propriedade apresenta dupla finalidade, quais sejam, a) servir como orientador do exercício do domínio e b) limitar o titular do direito real contra os abusos outrora praticados[12].

Conforme obtempera Santos[13],

> A função social se caracteriza por configurar-se em limitação ao direito de propriedade, já que está devidamente positivada em termos constitucionais, civis e em leis ordinárias, porém vai mais além, estando sua existência ligada visceralmente à propriedade de forma intrínseca. Não se refere a uma limitação ao direito unicamente, é mais que isso. Nesse sentido, nossa sociedade não pode aceitar um direito absoluto que tenha como único objetivo a manutenção do status quo de classes dominantes. O direito deve se prestar à transformação social, ao aprimoramento da sociedade e à distribuição equânime de oportunidades.

O caráter absoluto da propriedade atine à opononibilidade *erga omnes* do seu titular, no sentido de que todos da coletividade devam respeitar o direito real. Todavia, não significa dizer que o proprietário possa fazer tudo o que quiser.

[11] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.
[12] TARTUCE, Flávio. *Op. cit.,* p. 898.
[13] SANTOS, Anderson. *Op. cit.,* p. 70.

No mesmo diapasão, a funcionalização da propriedade passou a integrar sua definição jurídica, de modo que aquele que não exercer a função social, não será considerado proprietário e, portanto, carecedor da ação em eventual pretensão reivindicatória[14].

Segundo ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a função social é um princípio que limita todo direito subjetivo e, como o direito de propriedade é o principal direito subjetivo do ordenamento jurídico, somente merece proteção quando for compatível com os anseios sociais. Em suas palavras, "em uma sociedade solidária, todo e qualquer direito subjetivo é funcionalizado para o atendimento de objetivos maiores do ordenamento"[15].

Com arrimo em Bodnar[16],

> O proprietário não pode mais ser um monarca absoluto de seu "sagrado" direito com atitudes parasitárias de comodismo, pois tem uma hipoteca social importante que grava e onera a sua propriedade, a qual não pode ser um instrumento utilizado apenas para a satisfação de interesses egoísticos e excessivamente personalistas, mas sim, um direito com profundo espírito social.
> O cumprimento da função social legitima o direito de propriedade na medida em que esta passa a ser respeitada e aceita pela coletividade. Os interesses da coletividade e do proprietário se complementam e se compensam mútua e reciprocamente no exercício do direito de propriedade.

De acordo com a Magna Carta de 1988, um imóvel urbano cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (artigo 182, § 2º).

O plano diretor, cuja elaboração é obrigatória para as hipóteses do artigo 41 da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade)[17], é uma lei ordinária municipal que constitui o instrumento básico de desenvolvimento e expansão urbana como forma de concretização da política urbana municipal.

No que concerne aos imóveis rurais, estes cumprem a função social na medida em que atendem aos critérios previstos no artigo 186 da Lei Fundamental, quais sejam, a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

---

[14] Caso da favela *Pullman,* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2005, através do REsp 75.659-SP. *Informativo 252:* REIVINDICATÓRIA. LOTES. ABANDONO. FAVELA. PERECIMENTO. DIREITO. Os recorrentes buscam, em ação reivindicatória, o reconhecimento de sua titularidade e posse sobre alguns lotes. Sucede que o loteamento remonta a 1955 e jamais foi implantado, pois permaneceu, anos a fio, em completo abandono. Porém, com o tempo, deu-se a ocupação em forma de favela, consolidada por nova estrutura urbana, diferente do plano original, já reconhecida pelo Poder Público, que a proveu de luz, água e demais infraestrutura. Assim, resta mesmo o perecimento do direito de propriedade, conforme decidido pelas instâncias ordinárias (arts. 589, III, 77, e 78, I e III, do CC/1916). REsp 75.659-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 21/6/2005.

[15] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 304.

[16] BODNAR, Zenildo. **Regularização Registral Imobiliária na Efetivação de Direitos Fundamentais na Cidade Sustentável.** Dissertação (Pós-Graduação em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 91.

[17] Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho e d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Caso o proprietário deixe de cumprir com a função social, será punido com o instituto da desapropriação-sanção, uma vez que não receberá a indenização prévia e em dinheiro[18], mas sim em 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 (artigo 182, § 4º, inciso III, da Constituição de 1988, para imóveis urbanos) e 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 (artigo 184, *caput,* do Texto Constitucional de 1988, para imóveis rurais).

Outro ponto importante a ser analisado neste artigo diz respeito ao conceito de propriedade coletiva dado pela Corte Interamericana de Direito Humanos no julgamento do caso do povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, julgado em 05 de fevereiro de 2018. Em resumo, a Corte condenou o Estado brasileiro por ter demorado 16 anos, entre 1989 e 2005, para reconhecer, titular e demarcar as terras, o que constituiu uma violação ao direito do povo indígena à propriedade coletiva no território de seus ancestrais. Também demorou a retirar as populações não indígenas das terras, o que "afetou a segurança jurídica do direito do povo Xucuru à propriedade".

A Corte determinou que o Estado brasileiro garanta "de maneira imediata e efetiva" o direito de propriedade do povo Xucuru, conclua a retirada de indivíduos não indígenas das terras mediante o pagamento de indenizações pendentes, e pague indenizações por danos causados com a demora em demarcar terras. A Corte apontou como direitos da Convenção que foram violados: direito às garantias judiciais, direito à integridade pessoal, direito à propriedade coletiva e acesso à justiça (artigos 5.º, 8.º, 21 e 25).

A Comissão interamericana de Direito Humanos considerou que o caso permite que o tribunal aprofunde sua jurisprudência na questão da propriedade coletiva dos povos indígenas sobre terra de seus ancestrais.

A Comissão salientou que o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas reveste características particulares pela especial relação desses povos com suas terras e territórios tradicionais, de cuja integridade depende sua própria sobrevivência como povo, sendo objeto de proteção jurídica internacional. O território indígena é uma forma de propriedade que não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, mas no tradicional uso e posse das terras e recursos.

Em relação à obrigação de demarcação e reconhecimento, a Comissão afirmou que esse procedimento constitui o meio pelo qual se oferece segurança jurídica à propriedade coletiva dos povos

[18] CF, art. 5º: [...] XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante *justa e prévia indenização em dinheiro,* ressalvados os casos previstos nesta Constituição *(grifo nosso).*

indígenas e se previnem conflitos com diversos atores, assentando-se as bases para a consecução da posse e uso pacífico de suas terras e territórios por meio da desintrusão.

Segundo a Comissão, as violações decorrentes da demora na resolução das ações judiciais interpostas por terceiras pessoas não indígenas, nos anos de 1992 e 2002, se devem ao fato de mantê-las indefinidamente sem uma solução, provocando uma ameaça permanente sobre o direito à propriedade coletiva e constituindo um fator de maior insegurança jurídica para o Povo Indígena Xucuru. Por tudo isso, a Comissão concluiu que o Estado era responsável pela violação do artigo 21, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.

No referido julgamento, a Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH) recorda que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção desses coletivos por meio dessa disposição. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros.

Verifica-se, pois, o alargamento do conceito de propriedade para outorgar a tutela jurídica àqueles territórios ocupados pela população indígena, na medida em que estes “adquirem” o domínio pela ocupação em respeito aos usos, costumes, crenças e religiões de cada povo indígena, independentemente do procedimento administrativo de titular e demarcação das terras indígenas.

4 CONCLUSÃO

A propriedade é reconhecida como um direito humano no âmbito de todas as declarações de direitos humanos, um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, um direito subjetivo e um direito real. Deve-se garantir o direito de propriedade como estímulo ao desenvolvimento econômico e social, pois a capacidade de crescimento de um Estado é medida na forma com que se garante a propriedade privada: vale dizer, quanto mais eficaz for sua proteção, maiores serão os investimentos na economia.

Contudo, o exercício desse direito deve harmonizar-se com a sua função social em razão, não só de determinação do Constituinte de 1988, mas, principalmente, diante da sociedade hodiernamente instalada. A preocupação do individual cede espaço para o coletivo, para o bem-estar social, sem olvidar da expansão do conceito de propriedade coletiva dos povos indígenas, nos termos do decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A função social da propriedade faz parte do conceito do instituto: a sua não implementação retira a legitimidade do titular do direito de exercer as faculdades dominiais e exige dos poderes públicos atuação capaz de harmonizar-se com os anseios do direito.

REFERÊNCIAS

BODNAR, Zenildo. Regularização Registral Imobiliária na Efetivação de Direitos Fundamentais na Cidade Sustentável. Dissertação (Pós-Graduação em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 5, 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETO, Ronan Cardoso Naves. O Direito Social e Fundamental à Moradia e a Regularização Fundiária da Lei 13.465/2017 (Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2019.

SANTOS, Anderson. Função Social da Propriedade Urbana – Regularização Fundiária. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

SILVA, José Afonso. Direito urbanístico brasileiro. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.