XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RUI DECIO MARTINS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Eloy Pereira Lemos Junior, Rui Decio Martins – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-340-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Certamente é uma honra para nós podermos apresentar aos leitores os resultados das apresentações dos artigos expostos no Grupo de Trabalho de nº 80 – Direitos e Garantias Fundamentais I, no contexto do XXV Congresso do CONPEDI, com a temática central Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, realizado no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, nas dependências da prestigiada UNICURITIBA, a quem desde já ficam nossos profundos agradecimentos pela calorosa recepção e prestimosa organização do evento.

A temática do grupo de trabalho por si só já é auto explicativa quanto à sua importância e necessidade das discussões no universo acadêmico brasileiro, em especial na dimensão dos Cursos e Programas de Pós Graduação em Direito do Brasil.

Foram apresentados, e debatidos, dezenove trabalhos, da lavra dos mais diferentes juristas das mais diversas Universidades e/ou Faculdades de nosso país.

Foi incrível o nível dessas produções sobre as quais restou impossibilitado distinguir se seus autores seriam Professores, ou mestrandos ou doutorandos, tamanha a variedade dos temas abordados e, principalmente, a qualidade dos mesmos.

A começar pelo estudo da propriedade no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguido pela abordagem referente à cidadania, não como algo estanque, mas, sim, como um processo.

Na seara constitucional fomos todos aquinhoados com diversos trabalhos passando por um dos tópicos mais sintomáticos e de importância ímpar, como o é a dignidade da pessoa humana. A relação Direito e Poder consubstancia-se na visão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Também os direitos políticos ganharam um capítulo quando da apresentação do texto sobre a iniciativa popular, prevista em diversos dispositivos constitucionais, e sua aparente ineficácia como um direito fundamental.

As questões de gênero – e suas desigualdades – vêm questionar a efetividade do direito fundamental à igualdade demonstrando que isso ainda não passa de quimera. O tema da igualdade reaparece no contexto dos critérios raciais que norteiam as ações afirmativas de

acesso às universidades no Brasil. Os tributos, com sua especificidade técnica, encontraram um nicho apropriado nesse Grupo de Trabalho sobre direitos e garantias fundamentais ao apresentar as peculiaridades de uma cidadania fiscal e seu exercício. O direito à moradia encontra aqui, um espaço para fundar-se na influência da estrutura fundiário do país para atingir sua plena consolidação. Fechando esse bloco, como não poderia deixar de ser, uma indagação se nos apresenta, qual seja, a da necessidade, ou não, de um Estado Ambiental para se atingir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A atuação do papel do Poder Judiciário não ficou de fora, bastando ver o estudo sobre a efetivação das políticas públicas relacionada à atuação da toga. Num momento de crise política, ética e moral por que passa o Brasil não poderíamos prescindir de artigo sobre as questões de transparência, direito e sociedade na busca de acesso às informações, sempre atrelado às práticas de 'transparência'.

Num mundo virtual, como o atual, não se poderia deixar de lado um estudo sobre a influência da internet na atuação dos tribunais frente ao tema do "esquecimento", como um direito fundamental.

A sociedade atual, no Brasil e alhures, passa por profundas transformações em sua trajetória evolutiva e os direitos sociais são um de seus mais basilares fundamentos, razão pela qual é de interesse vital o estudo sobre a segurança jurídica e a proibição de retrocesso social, aqui apreciado.

O cenário jurídico atual não pode mais ser encarado como gravitando em torno de si mesmo; faz-se necessária a integração com outros saberes. É o que nos traz o trabalho sobre a transdisciplinaridade entre Saúde e Direitos Fundamentais ao analisar a Lei dos 60 dias, em correlação com a Lei da "pílula do câncer". A conferir!

Por fim, coroando a qualidade dos temas já abordados, vemos com satisfação que direito e religião são peças integrantes do mesmo "lego" cultural, independente dos espaços geográficos em que se manifestam como bem o atesta a obra sobre neopentecostalismo, de verniz cristão, em relação com diversas outras manifestações religiosas que têm por matriz a realidade africana. Todavia, ainda nos infelicitamos com a intolerância incidente sobre a questão da restrição ao direito à liberdade religiosa.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz Fundação Universidade de Itaúna - UIT

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior UNIVERSIDADE DE ITAÚNA - UIT

Prof. Dr. Rui Decio Martins - UNIMEP - Univ. Metodista de Piracicaba

A PROPRIEDADE Á LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

PROPIEDAD SITUADO A LUZ DE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Luiz Otávio Braga Paulon
Amanda Daniela Benfica Paulon

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar o conceito de propriedade na Corte Interamericana de Direitos Humanos trançando um paralelo com tal conceito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia de pesquisa utilizada é a jurídicosociológica, ou seja, busca compreender o fenômeno jurídico em um ambiente social mais amplo. O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos não tutela de forma específica questões atinentes à temática ambiental. A Corte Interamericana possui uma jurisprudência consolidada e que possui uma amplitude maior do que a verificada na jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Corte interamericana de direitos humanos, Direito a propriedade, Direito fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo tiene como objetivo analizar el concepto de propiedad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos trenzar un paralelismo con el concepto en el sistema jurídico brasileño. La metodología utilizada es la jurídicosociológica, es decir, trata de comprender el fenómeno jurídico en un entorno social más amplio. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no protege específicamente las cuestiones relativas a las cuestiones ambientales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corte interamericana de derechos humanos, El derecho de propiedad, Un derecho fundamental

1 INTRODUÇÃO

A proteção internacional dos direitos humanos ganhou grande impulso após o período da Segunda Guerra Mundial.

Nesse cenário a Organização das Nações Unidas assumiu papel preponderante na proteção dos direitos humanos em um contexto global, todavia, houve a necessidade de criação dos chamados sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos cuja base legislativa está alicerçada na Convenção Americana de Direitos Humanos, decorrente da Conferência Interamericana de Direitos Humanos, ocorrida em São José da Costa Rica em novembro de 1969.

Sobre o assunto Gomes e Mazzuoli (2010, p. 18) expõem que na Convenção Americana foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto presidencial 678[1], de 6 de novembro desse mesmo ano. Entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, após ter obtido o mínimo de 11 ratificações.

Este Tratado regional possui caráter vinculante àqueles Estados que o ratificaram ou o aderiram e representou um processo iniciado no final da Segunda

---

[1] O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA , no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA , no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74;
Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992 , de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74;
DECRETA:
Art. 1° A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Art. 2° Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d , não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 22 set. 2016.

Guerra Mundial quando da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada em 1948.

Vale ressaltar que o sistema regional interamericano é uma extensão dos direitos humanos protegidos primeiramente pelos próprios Estados Nacionais. Nesse sentido, Guerra adverte que:

> deve ser ressaltada a necessidade de combinar a temática nacional e internacional de proteção, à luz do princípio da dignidade humana, pois, assim, conjugam-se os sistemas internacionais e nacionais para o fortalecimento dos mecanismos de responsabilização do Estado. Compete, portanto, ao Estado a responsabilidade primária e ao sistema internacional uma ação suplementar e subsidiária em relação aos direitos violados. (Guerra, 2012, p. 348)

O Caso n. 12.728 envolvendo o Povo Indígena Xurucu e o Brasil apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016 pela Comissão Interamericana demonstra que a questão da propriedade ainda não está complemente amadurecida na legislação e na jurisprudência pátria.

A possibilidade do aumento da judicialização internacional da temática envolvendo a propriedade demonstra que o conceito de tal direito não é estanque e que deve continuar sendo construído.

2. A PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito a propriedade evoluiu no curso da história com o desenvolvimento social do homem. Segundo Silvio Salvo Venosa (2013, p. 167) “cada momento histórico teve sua própria axiologia a respeito da propriedade”.

Percebe-se que a propriedade dentro de cada momento histórico demonstrou-se como um direito inerente ao homem. Venosa (2013, p. 167) ainda aduz que “negar a propriedade individual é negar a própria natureza humana”.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p. 260) o significado de propriedade é alterado segundo as mudanças que se verifica nos propósitos que a sociedade tenha perante a instituição social. Para o autor a natureza jurídica da sociedade pode ser definida como a de uma instituição social, que ora possa se

constituir a partir do direito positivo, e em outro momento, pode servir de base para criação de leis.

Nesse contexto em que a propriedade figura como um direito inerente ao indivíduo, tem-se a propriedade como um direito fundamental, uma garantia constitucional, espécie de direitos humanos, esculpida no art. 5° da Constituição Federal de 1988:

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

É possível aferir ao longo da Constituição a relevância dada a esse direito inclusive quando o direito a propriedade é posto como princípio constitucional da ordem econômica.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> II - propriedade privada;

Roger Stiefelmann Leal ao tratar do tema expõe que a propriedade ao ter estatura constitucional tem nível superior aos demais atos legislativos:

> Desse modo, conferiu-se, na maior parte dos países do mundo ocidental, estatura constitucional ao direito de propriedade, atribuindo-lhe nível hierárquico superior aos demais atos legislativos. Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no caput do art. 5o . O inciso XXII do mesmo artigo, por seu turno, preceitua: é garantido o direito de propriedade. O art. 170, ainda, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica. (LEAL, 2012, p. 56).

Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2015, p. 124) expõem que “a propriedade tem natureza de garantia, traduzindo em um direito fundamental.”

Marcelo Novelino (2014, p. 121) ao tratar do tema expõe que a “Constituição assegura, *prima facie*, o direito de propriedade (CF, art. 5.°, XXII) tanto de bens móveis e imóveis, como de bens materiais e imateriais (CF, art. 5.°, XXVI a XXXI).”

A Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo Estado brasileiro é signatário, também prevê a proteção do direito de propriedade.

Reza o art. 21 da Convenção Americana[2] que:

> 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[3].

O direito a propriedade é garantido em âmbito nacional e internacional, como uma garantia fundamental ao indivíduo.

A legislação pátria infraconstitucional não foi silente sobre o direito de propriedade e estipulou no Código Civil de 2002 o direito a propriedade como um direito real.

O Código Civil enumera em seu art. 1225 os direitos reais, sendo a propriedade um deles:

> Art. 1.225. São direitos reais:
>
> I - a propriedade
>
> [...]

Com a finalidade de regulamentar o direito a propriedade o Código Civil de 2002 trouxe a partir do art. 1228 disposições concernentes a este direito.

---

[2] No Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos possui o status supralegal segundo a doutrina majoritária, tendo em vista a interpretação conferida ao art. 5°, §2° da Constituição Federal/88. Nesta esteira a lição de Elias: "Os precípuos objetivos do Estado brasileiro – de assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, o bem-estar e o desenvolvimento como valores supremos e integrados à economia, à política e à cultura – são regidos pela prevalência dos direitos humanos e pela cooperação para o progresso da humanidade, com fulcro no preâmbulo e nos princípios fundamentais dos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso II e 4º, incisos II, IX e parágrafo único, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 (CRFB/88). Os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados na Carta Magna, com natureza de normas constitucionais no sentido material pelo seu artigo 5º, § 2º, de caráter supralegal, e no sentido formal pela aprovação do Congresso Nacional em quórum qualificado equivalente ao de emenda constitucional, em seu § 3º". ELIAS, Luiz Augusto da Veiga. A proteção ambiental no sistema interamericano de direitos humanos (SIDH): uma análise da aplicabilidade do direito humano ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e sua incidência jurisprudencial. 2013. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Ritter dos Reis. Porto Alegre, 2013

[3] Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

O art. 1228 do Código Civil esclarece a definição dos elementos que constituem a propriedade:

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

Assim, o proprietário de determinado bem tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la de quem venha possuir ou deter o bem injustamente.

Silvio Salvo Venosa expõe acerca das faculdades que o proprietário tem sobre o bem:

> A faculdade de usar é colocar a coisa a serviço do titular sem alterar-lhe a substância. O proprietário usa seu imóvel quando nele habita ou permite que terceiro o faça. Esse uso inclui também a conduta estática de manter a coisa em seu poder, sem utilização dinâmica. Usa de seu terreno o proprietário que o mantém cercado sem qualquer utilização. O titular serve-se, de forma geral, da coisa. Gozar do bem significa extrair dele benefícios e vantagens. Refere-se à percepção de frutos, tanto naturais como civis.
>
> A faculdade de dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua , substância, aliená-lo ou gravá-lo. E o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar. Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário o possui. A expressão abutendi do Direito Romano não pode ser simplesmente entendida como abusar da coisa, que dá ideia de poder ilimitado, ideia não verdadeira mesmo no direito antigo. Abutendi não possui o sentido nem de abusar nem de destruir, mas de consumir. Daí porque o termo utilizado na lei, disposição, é mais adequado. Não se distancia, contudo, do sentido de destruição da coisa quando o proprietário a aliena, pois o bem desaparece de seu patrimônio. (VENOSA, 2013, p. 170).

Para tanto a legislação civil previu instrumentos processuais judiciais para que o proprietário tenha assegurado o direito inerente à propriedade sobre o bem.

A legislação civil dispõe acerca dos mecanismos de proteção ao direito à propriedade, mas também dispõe quanto às limitações sobre esse direito, devendo ser pautado pela função social do bem.

Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2015, p. 125) entendem que a propriedade está funcionalizada em interesse metaindividual, não sendo mais justificado para atender somente ao proprietário, mas também para realizar interesses sociais.

3. O DIREITO DE PROPRIEDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) é um sistema regional que possui como órgãos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Referidos órgãos possuem a função precípua de promover a observância e a defesa dos direitos humanos no sistema interamericano.

A proteção do direito de propriedade não foi olvidada pelo sistema interamericano de direitos humanos e a Corte Interamericana já possui uma consolidada jurisprudência sobre o assunto a qual permite extrair o conceito de propriedade.

3.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) iniciou-se formalmente com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na Nona Conferencia Internacional Americana realizada em Bogotá em 1948, onde também foi adotada a própria Carta da Organização dos Estados Americanos.

Em novembro de 1969 foi celebrada pelos membros da Organização dos Estados Americanos – OEA em São José da Costa Rica a Conferencia Interamericana de Direitos Humanos dando origem a Convenção Americana de Direitos Humanos que entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

Este tratado regional possui caráter vinculante àqueles Estados que o ratificaram ou o aderiram, e representou um processo iniciado no final da Segunda Guerra Mundial com a redação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada em 1948.

Ribeiro e Paulon resumem a divisão de competências entre a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos quando dizem que:

> A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como escopo decidir contenciosos e emitir pareceres consultivos a cerca de matérias relacionadas aos Direitos Humanos em âmbito regional.
>
> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, órgão consultivo, promovendo a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos. (RIBEIRO; PAULON, 2015, p. 185)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi escolhida como foco desta pesquisa em detrimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos já que a primeira possui o objetivo de decidir contenciosos em matérias relacionadas aos direitos humanos em âmbito regional, sendo considerado o órgão de maior destaque dentro do Sistema Interamericano devido à sua competência jurisdicional.

A escolha pela jurisprudência da Corte Interamericana não visa retirar a importância ou desconstruir os méritos conquistados ao longo de décadas pela Comissão Interamericana, mas simplesmente em verificar o entendimento acerca do direito de propriedade para o único órgão com competência jurisdicional dentro do sistema interamericano de direitos humanos.

Até mesmo por isso, em 16 de março de 2016 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou o Relatório n. 44/45 envolvendo o Caso 12.728 do Povo Indígena Xucuru e o Brasil.

O direito de propriedade no sistema interamericano é tutelado no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos quando ao tratar sobre o tema aduz que:

> 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[4].

3.2 Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos do caso do povo indígena Xurucu e o Brasil

[4] [4] Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

No Relatório n. 44/45 envolvendo o Caso 12.728 do Povo Indígena Xucuru[5] e o Brasil é reivindicado além dos direitos de garantias judiciais[6] e de proteção judicial[7], a violação do direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru em consequência da demora de mais de dezesseis anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais, de maneira que o mencionado povo indígena pudera exercer pacificamente tal direito.

No relatório de mérito, a Comissão recomenda ao Estado brasileiro que adote medidas necessárias de cunho legislativo, administrativo ou de outra natureza necessária

---

5 CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf. Acesso em: 21 set. 2016.

6 Art. 8° Garantias Judiciais

1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça

7 Art. 25 Proteção Judicial

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.

A Comissão Interamericana submeteu o caso à Jurisdição da Corte em 16 de Março de 2016, porque considerou que o Estado Brasileiro não cumpriu com as recomendações contidas no Relatório de Mérito. A Comissão submeteu à jurisdição da Corte as ações e omissões estatais ocorridas ou que continuaram a ocorrer após 10 de dezembro de 1998, data da aceitação da competência contenciosa da Corte pelo Estado do Brasil.

A Corte Interamericana possui um conceito de propriedade mais amplo do que o verificado na jurisprudência brasileira, e tal diferenciação pode levar a judicialização em massa de questões envolvendo a temática do direito de propriedade ao sistema interamericano de direitos humanos.

Tal fato abre a possibilidade de que o conceito de propriedade possa ser revisto no Brasil. Isto porque a Corte Interamericana de Direitos Humanos já possui uma vasta jurisprudência de cunho mais abrangente do que o usualmente utilizado pela doutrina e jurisprudência pátria, superando uma concepção mercadológica ou ocidental, mas abrangendo uma cosmovisão integral, que inclui a estima espiritual (ou sacra) por sua terra ancestral (ou histórica).

No Relatório de Mérito da Comissão Interamericana (2015, p. 4) é alegado que Brasil violou o direito de propriedade coletiva do povo indígena Xucuru e seus membros, consagrados nos artigos 21.1 da Convenção Americana e XXIII da Declaração Americana[8]. Nesse sentido, argumentam que o povo indígena Xucuru não deseja simplesmente o registro em cartório de seu território, senão que tem direito ao uso e gozo do mesmo através da "posse tranquila" de suas terras para garantir a perpetuação de sua cultura e o respeito à sua especial relação com suas terras, territórios e recursos.

O direito de propriedade é superior do que o próprio título de propriedade conferido pelo Estado. O Relatório também salienta que:

> A jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos reiteradamente reconheceu o direito de propriedade dos povos indígenas

[8] Artigo XXIII.
Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar.

> sobre seus territórios ancestrais, e o dever de proteção oriundo do artigo 21 da Convenção Americana. Nesse sentido, a CIDH afirmou que os povos indígenas e tribais têm um direito de propriedade comunal sobre as terras que usaram e ocuparam tradicionalmente, e que a natureza desse direito está relacionada às modalidades de uso da terra e à posse consuetudinária da terra[9]. Também faz-se mister ressaltar que, como estabelecido consistentemente pelos órgãos do sistema interamericano, a propriedade territorial indígena é uma forma de propriedade que não está baseada no reconhecimento oficial pelo Estado, mas sim no uso e posse tradicionais das terras e recursos; os territórios dos povos indígenas e tribais "pertencem a eles pelo seu uso ou ocupação ancestral"[10]. O direito de propriedade comunal indígena fundamenta-se, ainda, nas culturas jurídicas indígenas, e nos seus sistemas ancestrais de propriedade, independentemente do reconhecimento estatal; a origem dos direitos de propriedade dos povos indígenas e tribais encontra-se, portanto, no sistema consuetudinário de posse da terra que existe tradicionalmente entre as comunidades[11]. Em virtude disso, a Corte afirmou que "a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio conferido pelo Estado"[12]. (2015, p. 17/18)

4. A TUTELA JURISPRUDENCIAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte reiterou sua jurisprudência no sentido de que tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade coletiva dos membros das comunidades indígenas possuem a proteção convencional prevista no artigo 21 da Convenção Americana. Sobre este particular, a Corte indicou que, quando o direito à propriedade comunitária indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, será necessário avaliar a legalidade, necessidade, proporcionalidade e a busca de um objetivo legítimo comum em uma sociedade democrática (utilidade pública e

---

[9] CIDH. Relatório No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo (Belize), 12 de outubro de 2004, para. 151. Ver, *inter alia*, CIDH, Relatório No. 75/02, Caso 11.140, Mary e Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de dezembro de 2002, para. 130; e CIDH. RELATÓRIO DE SEGUIMENTO – ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL: O CAMINHO PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA NA BOLÍVIA, OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, para. 160.

[10] CIDH, ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL: O CAMINHO PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA NA BOLÍVIA. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, para. 231.

[11] Ver, *inter alia*, Corte IDH, Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172, para. 96; CIDH, Alegações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Awas Tingni v. Nicarágua. Referidos em: Corte IDH, Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. para. 140(a); e CIDH, Relatório No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo (Belize), 12 de outubro de 2004, para. 115.

[12] Corte IDH, Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. para. 151; Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146, para. 128; e Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Série C No. 214, para. 109.

interesse social), caso a caso, para poder restringir o direito de propriedade privada, por um lado, ou o direito às terras tradicionais, por outro, sem que a limitação a este último implique na negação de sua subsistência como povo.

Nesse sentido, não corresponde à Corte decidir se o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas deve primar sobre o direito à propriedade privada, porquanto não é um tribunal de direito interno para dirimir controvérsias entre particulares. Essa tarefa corresponde exclusivamente ao Estado, sem nenhuma discriminação e tomando em consideração os critérios e circunstâncias anteriormente indicados, entre eles, a relação especial dos povos indígenas com suas terras.

O Guia de Defesa da AIDA destaca uma cosmovisão integral, que inclui a estima espiritual (ou sacra) por sua terra ancestral (ou histórica) e pelos elementos da natureza ao dizer que:

> Nesse sentido, naquela que talvez tenha sido sua evolução hermenêutica mais ativista, a Corte IDH interpretou que, no caso concreto dos povos e comunidades indígenas, o direito de propriedade estabelecido pelo Artigo 21, da Convenção, deve ser interpretado – à luz do contexto próprio das comunidades e povos indígenas, bem como de outras normas internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT – como direito comunal ou coletivo dos povos e comunidades indígenas. Determinou ainda que esse direito sobre suas terras históricas ou ancestrais – ligado ao lugar preponderante que tem a relação com a terra e com a natureza em sua cosmovisão e cultura – deve ser respeitado de maneira a lhes permitir desenvolver as suas atividades tradicionais de subsistência. (AIDA, 2010, p. 88).

No caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra a Nicarágua[13] o direito de propriedade adquiriu um conceito mais amplo do que o comumente entendido pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Nesse mesmo sentido elucida Teixeira que a extensão do conceito de propriedade interpretada pela Corte Interamericana vai para além da concepção mercadológica ou ocidental:

> Outro efeito do caso Awas Tingni foi a consolidação do entendimento de que o art. 21 da Convenção Americana compreende não só a concepção mercadológica ou ocidental do direito de propriedade mas também os elementos que compõem a propriedade comunal dos povos indígenas. Ao reconhecer a concepção indígena de propriedade, marcada pela necessidade de grupos étnicos utilizarem-se dos recursos naturais de suas terras

[13] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, n°. 79. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf. Acesso em: 22 set. 2016.

> tradicionais como forma de manutenção da cultura, religião e modo de vida de suas respectivas comunidades, a Corte estabeleceu um entendimento que viria a acompanhar todos os casos supervenientes a Awas Tingni que envolveram questões ambientais e indígenas. (TEIXEIRA, 2011, p. 230)

Corrobora com tal entendimento o Guia de Defesa Ambiental elaborado pela AIDA quando destaca a importância da decisão da Corte Interamericana ao tratar da demarcação de terras do território dos Awas Tingnin:

> A Corte declarou que o Artigo 21 da Convenção – que reconhece o direito à propriedade privada – também inclui "os direitos dos membros das comunidades indígenas, no âmbito da propriedade comunal". Com essa decisão, a Corte estabeleceu um importante precedente para a proteção dos direitos indígenas no sistema internacional, ao afirmar que os direitos territoriais indígenas não estão baseados na existência de um título formal de propriedade expedido pelo Estado, mas sim na "posse da terra" pelas comunidades, enraizados em seus próprios direito consuetudinário, valores, costumes e tradições. (Guia da AIDA, 2010, p. 60-61)[14]

No caso Comunidade Indígena de Yakye Axa contra o Paraguai[15] a Corte Interamericana embasada em uma interpretação evolutiva e dinâmica da Convenção Americana de que a propriedade, em especial no caso dos povos indígenas, deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade, sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão às futuras gerações.

O Corte também ressaltou que:

> a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural. (Corte IDH, Caso das comunidades indígenas de Yakye Axa contra o Paraguai, sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº. 125, item 135).

---

[14] Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, n°. 79, p. 78.

[15] Corte IDH, Caso das comunidades indígenas de Yakye Axa contra o Paraguai, sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº. 125. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf. Acesso em: 23 set. 2016.

O direito a propriedade entendido pela Corte vai muito além de uma visão ocidental predominantemente mercadológica da propriedade, mas sim abrangendo uma cosmovisão integral da propriedade, incluindo-se aspectos espirituais (ou sacros) e aspectos históricos (terras ancestrais).

Diante da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito de propriedade é imperativo uma nova interpretação de tal direito pela jurisprudência e doutrina.

Não se trata de uma desvalorização do conceito pátrio de propriedade, mas sim de uma evolução e ampliação na interpretação do direito de propriedade. Se não ocorrer tal dinamismo interpretativo é possível que haja um aumento vertiginoso de causas envolvendo o direito de propriedade no sistema interamericano de direitos humanos[16].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a propriedade está presente no ordenamento jurídico brasileiro nas legislações infraconstitucionais e também na própria Constituição Federal como direito fundamental.

---

[16] Um exemplo disso é o caso da construção da Usina de Belo Monte. No ano de 2011 foi solicitada à Comissão Interamericana a concessão de medidas cautelares em favor das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu. Os peticionários alegaram que haveria danos irreparáveis às comunidades locais sob alegação de que haveria alta probabilidade do crescimento de doenças graves, insegurança alimentar e hidrológica em decorrência da retirada das comunidades de suas propriedades e sua consequente perda de território, sobretudo das comunidades tradicionais, além da migração desordenada em virtude do início das obras. A questão da identidade cultural atrelada ao direito de propriedade das populações indígenas também foi abordada, alegando - se que, para diversas comunidades indígenas, a rescisão dos laços ancestrais, o desmembramento de seus vínculos com a terra e seus recursos naturais, bem como a renúncia coagida de suas práticas culturais ensejaria um sofrimento cruel, que indubitavelmente comprometeria seu direito à integridade psíquica e moral. Em contraponto a isso, existe a necessidade do país em aumentar a capacidade de fornecimento de energia elétrica, de maneira que possa atender à crescente demanda interna. POZZATI JUNIOR, Ademar. RIBEIRO, Luana Isis. Entre os Direitos Humanos e a Pressão Política: O caso belo monte no sistema interamericano. **In**: Revista Direitos Humanos e Democracia . Editora Unijuí, ano 2, n. 4, jul/dez, 2014, p. 107 - 142 e no site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: http://www.cidh.oas.org/medidas /2011.port.htm. Acesso em: 20 set. 2016.

Todavia, como se depreende da pesquisa, a interpretação ocidental e mercadológica do direito de propriedade tende a ser superada pela chamada "cosmovisão" integral adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A visão aplicada pela Corte contempla aspectos espirituais e aspectos históricos ao conceito de propriedade, demonstrando uma clara evolução do conceito em termos comparativos com a legislação e jurisprudência pátria.

Se não houver um avanço da interpretação do conceito de propriedade no direito pátrio, fatalmente haverá uma judicialização em massa no sistema interamericano de direitos humanos clamando pela tutela do direito de propriedade em sua interpretação mais protetiva.

O caso do povo indígena Xurucu é apenas um exemplo de que a falta de avanço e amadurecimento do conceito de propriedade de forma voluntária pela jurisprudência pátria, poderá levar a decisões condenatórias na Corte Interamericana de Direitos Humanos exigindo o cumprimento de suas sentenças de forma constrangedora para o país.

BIBLIOGRAFIA

ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE – AIDA. **Guia de Defesa Ambiental**: construindo a estratégia para o litígio de casos diante do sistema interamericano de direitos humanos, 2010. Disponível em: <www.aida-americas.org/sites/default/files/GUIA AIDA PORTUGUESWEBSITE_ 0.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasilia, DF: Senado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 set 2016.

CIDH, Relatório No. 44/15, **Caso 12.728**. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf. Acesso em: 21 set. 2016.

Corte IDH, **Caso das comunidades indígenas de Yakye Axa contra o Paraguai**, sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº. 125. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf. Acesso em: 23 set. 2016.

Corte IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicarágua**. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, n°. 79. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf. Acesso em: 22 set. 2016.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil**: Direitos Reais- 2ª edição. Salvador. Ed. jusPodivim, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Informe anual de 2015 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2015.pdf

LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como direito fundamental**. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012, Revista de Informação Legislativa.

POZZATI JUNIOR, Ademar. RIBEIRO, Luana Isis. Entre os Direitos Humanos e a Pressão Política: o caso belo monte no sistema interamericano. **In**: Revista Direitos Humanos e Democracia . Editora Unijuí, ano 2, n. 4, jul/dez, 2014, p. 107 - 142

TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **O greening no sistema interamericano de direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direitos Reais – 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção Direito Civil, v. 5).