

TERRAS DEVOLUTAS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE CRÍTICA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO A LUZ DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

RETURNED LANDS AND ADMINISTRATIVE DISCRITION: A CRITICAL
ANALYSIS OF THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST OVER THE PRIVATE
IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONALISM

Walder Araújo de Oliveira¹

RESUMO: O texto analisa de forma crítica o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, demonstrando que na atual ordem constitucional, deve prevalecer a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, pois o *status* de supremacia na atuação direta da administração pública, se dá pela atividade administrativa. Devendo pautar-se pela busca da satisfação dos interesses públicos, condizentes com a vontade da coletividade. Sustentando ainda, a visão negativa e retrógrada estatal, sobre a posse de terras devolutas, que por força da arbitrariedade do Estado, inviabiliza o Direito à usucapião rural constitucional às comunidades agroextrativistas. Todavia, após estudos jurisprudências e legislativos, foi-se constatado que a Constituição Federal de 1988, condicionou o reconhecimento da posse e aquisição da propriedade de terras devolutas, nas ocupações rurais habitadas por comunidades agroextrativistas.

Palavras-Chave: Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Direitos Humanos. Usucapião. Terras Devolutas.

ABSTRACT: The text critically analyzes the principle of the supremacy of the public interest over the particular, demonstrating that in the current constitutional order, the realization of fundamental rights and guarantees should prevail, since the supremacy status in the direct performance of public administration, if given by activity administrative. Should be guided by the search for the satisfaction of public interests, consistent with the will of the community. Still supporting, the negative and retrograde state view, on the possession of vacant lands, which prohibit constitutional rural usucapion. However, after jurisprudence and legislative studies, it was found that the 1988 federal constitution conditioned the recognition of the possession and

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Castanhal. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Controlador Interno do Município de Santa Luzia do Pará. E-mail: walder21araujo@gmail.com.

acquisition of vacant lands in rural occupations inhabited by agroextractive communities.

Keywords: Supremacy of Public Interest over Private. Human rights. Usucapião. Vacant Lands.

INTRODUÇÃO

No Brasil, as ocupações de terras públicas, em particular as devolutas, foram historicamente reconhecidas como posse, mas no transcorrer dos séculos esse reconhecimento foi questionado e restringido, seja pela previsão normativa ou pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial. Atualmente, apesar das controvérsias dos tribunais superiores, há o posicionamento firmado de não haver a posse de terras públicas, mas sim detenção, por ato de mera permissão ou tolerância do poder público.

O instituto da detenção, tratado no vigente código civil brasileiro, constitui a relação material do sujeito com o bem, que possui os mesmos elementos da posse (*corpus e animus*), mas se diferencia desta à medida que a lei retira da detenção os seus efeitos, quais sejam: os interditos possessórios, o direito de retenção e indenização pelas benfeitorias construídas, bem como a aquisição da propriedade através da usucapião. Ao detentor é permitido apenas o uso do desforço imediato, que consiste no direito de autoproteção da posse, exercida em nome do possuidor ou proprietário. Todavia, a negativa da posse, centra-se nas disposições constitucionais, que tratam da vedação à usucapião de terras públicas, implicando na proibição dos efeitos da posse para as ocupações de terras públicas.

Por outro lado, o Estado moderno, foi instituído em um ambiente de afirmações de valores individuais, que influencia tanto o espaço privado, como também o espaço público. Desta forma, o interesse público passou a assumir uma postura intervencionista, haja vista, que a satisfação dos interesses coletivos, desenvolve-se com a doutrina do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Tal princípio merece uma análise crítica, já que na atual ordem constitucional, o mesmo se apresenta com *status* de supremacia na atuação direta, imediata e concreta da

administração pública, devendo assegurar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado democrático de direito, deve pautar-se, pela busca da satisfação dos interesses públicos, condizentes com a vontade da coletividade. Diante desse entendimento, questiona-se a sua aplicabilidade, para as ocupações rurais de terras devolutas agroextrativistas, sobre tudo, diante da diversidade social e fundiária brasileira. Propomos responder o seguinte questionamento: será que de fato a posse de terras devolutas, foi efetivamente vedada aos territórios de comunidades agroextrativistas, tendo em vista, há aplicabilidade da convenção 169 da OIT, com as ocupações de povos tradicionais quilombolas, no atual contexto contemporâneo?

O seu objetivo geral é analisar a decisão proferida no TRF4^a, que reconheceu a aplicação da Convenção 169 da OIT, para os quilombolas no Agravo de Instrumento 200804.00.010160-5/PR do Relator Desembargadora Maria Lúcia Luz Leira, julgado em 01/07/2008, analisar a decisão do STF que julgou improcedente a ADI 3.239, proferida pelo Relator Ministro Cezar Peluso em 08.02.2018, admitindo a aplicação da Convenção 169 da OIT, para os quilombolas. E ainda, analisar a Apelação Cível 70 081 566 853/RS do Relator Gelson Rolim Stocker, julgado em 22/08/2019 pela 17.^a Câmara Cível e Publicado em 09/09/2019, sobre usucapião de terras devolutas, proferida pelo TJRS.

A metodologia utilizada fora feita, através de estudo de casos, através de legislações e jurisprudências, com a temática de ocupação de terras devolutas. Pesquisa bibliográfica, doutrinária, com ênfase em artigos científicos, proporcionando uma análise qualitativa e descritiva. Dentre os principais resultados alcançados deste estudo, temos a decisão do STF que julgou improcedente a ADI 3.239, reconhecendo a aplicação da convenção 169 da OIT, para as comunidades quilombolas e a decisão da 17.^a câmara cível em apelação cível 70 081 566 853/RS do TJRS, onde o Estado do Rio Grande do Sul, questionava arbitrariamente a (in)suscetibilidade da prescrição aquisitiva, considerando tais terras como devolutas.

1 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

O direito administrativo, como os demais ramos do direito, sofreu uma profunda mutação nos seus alicerces teóricos, devido a uma crescente complexidade das relações humanas. A princípio, entendia-se como fundamento do direito administrativo a noção de serviço público. Tal construção teórica deve-se à doutrina francesa de León Duguit, denominado de pai da escola do serviço público, aglutinando em torno de toda a estrutura do direito administrativo, que passou a ser conceituado, como o conjunto de regras aplicadas ao funcionamento dos serviços públicos, sendo responsável por organizar um estado de direito prestacional (GABARDO, 2017), colocando o serviço público, como fundamento do direito público. No que lhe concerne, Aragão ao comentar a teoria de León Duguit, afirma que:

[...] É o estado de consciência da massa dos indivíduos que compõem em um determinado grupo social a força criadora do direito, que eclode quando o grupo social entende e admite que possa ser socialmente organizada uma reação contra os violadores da regra, momento em que a simples norma social, fundada sobre a solidariedade e interdependência dos indivíduos que compõe a sociedade, se transforma em norma jurídica, que é originariamente um fato social, não uma criação do estado ou expressão da sua soberania. Essas normas se impõem objetivamente ao estado, assim como a todos os indivíduos (ARAGÃO, 2017).

1148

A atual constituição tratou da propriedade urbana e rural, pública e privada, estabelecendo diretrizes, que passaram a guiar as normas infraconstitucionais, editadas antes da sua promulgação. Embora a propriedade esteja definida na legislação civil. É importante frisar que, esta garantia constitucional abrange não apenas os bens imóveis e móveis, mas outros valores. Estes valores podem ser descritos como, “direito fundamental a moradia, dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho”, todos consubstanciados na magna carta (MENDES e BRANCO, 2020).

Antes o sistema jurídico nacional, estabelecia duas principais formas de reconhecimento da propriedade particular sobre terras públicas, em especial as devolutas. A primeira seria “por ato administrativo do poder público” e a segunda seria “por iniciativa do particular”, que poderia levar a usucapião. Compreende-se que “[...] a propriedade privada no Brasil originou-se por duas vias distintas: I – por ato do Poder

Público, por via das sesmarias, concessões, cessões ou venda; II – por ato ou iniciativa do próprio particular, com a ocupação ou a posse da terra e dos recursos naturais, amparado ou não por um título” (BENATTI, 2003). Estes títulos, geralmente, estão com o segundo ocupante, que os adquiriram, através de compra e venda ou partilha dos primeiros ocupantes de terras devolutas, para a construção das suas benfeitorias, titularizadas sem o devido aval governamental.

Diante dessas duas vias, uma vez não reconhecida à posse de terras por ato do Poder público, o particular pode utilizar-se da via judicial, para este reconhecimento, através da ação de usucapião, caso preenchidos os requisitos legais. Assim, duas correntes surgiram a partir da interpretação do presente art. 67 do CC de 1916, que possuía a seguinte redação: Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é particular, nos casos e forma que a lei prescrever. A primeira corrente entende que a prescrição aquisitiva estava vedada, sob o fundamento de que ao proclamar a inalienabilidade dos bens públicos, estava também, prevendo a imprescritibilidade, à medida que condicionava a alienação a uma lei específica que não tinha sido editada. A segunda corrente, em sentido contrário, propugnava que o código civil não dispunha nada de novo a respeito da prescrição dos bens públicos, de modo que permaneciam em vigor os princípios, até então adotados para o Direito Público (BARRETO, 2019).

Desta forma, surge a possibilidade de usucapir terras públicas, o que se daria no caso de bens dominicais, pois tal dispositivo, teria se referido à inalienabilidade dos bens públicos de uso comum e aos especiais. Por outro lado, não podemos nos esquecer, que graças ao plano nacional de reforma agrária, entre outros aspectos, a atuação contemporânea estatal, visa garantir o acesso aos trabalhadores rurais às terras disponíveis, com garantia de permanência e desenvolvimento da atividade agrária, sempre priorizando a alienação e a concessão, fazendo menção a aplicabilidade do princípio da privatização das terras públicas (OLIVEIRA, 2015).

Todavia, os mecanismos para a garantia da habitação ao trabalhador rural, está prevista no art. 187, inciso VIII, §2º da CF/88, que visa dentre outros aspectos,

assegurar a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalhador, na busca de construir uma sociedade mais justa, reduzindo a pobreza e as desigualdades sociais. No que lhe concerne, Di Pietro, nos esclarece que:

[...] O Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo. [...]

Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular, sempre com objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequentemente nulidade dos atos da Administração (DI PIETRO, 2020).

Portanto, muito se crítica no que diz a respeito, há contradição latente no Direito Administrativo, concebido como provedor da defesa do indivíduo contra o Estado, mas que no presente momento, se apresenta como princípio fundamental, supremo e de interesse público, entretanto a ausência de tratamento crítico na doutrina administrativa tradicional vigente aponta uma das características do paradigma da supremacia do interesse público.

1.1 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

A doutrina de Direito Administrativo Brasileiro fora influenciada pelo Direito Italiano clássico, desta forma, ao analisarmos a supremacia jurídica, que goza a administração pública, percebe-se a grande necessidade de impor limites a sua soberania, através do interesse público primário e secundário (ALESSI, 1953). Ressalta ainda, que tais limites supramencionados, impõe a norma jurídica ao legitimar o comando administrativo a fim de oferecer, certa tutela aos indivíduos, contra a possibilidade de arbitramento e opressão por parte dos governantes. Outro limitador, seria a função administrativa, compreendida como encargo concretizador dos interesses públicos da coletividade (HACHEM, 2011). Sendo assim, os interesses primários decorrem da dimensão pública dos direitos dos indivíduos inseridos em um dado contexto social, enquanto os interesses secundários de toda a manifestação de

vontade do Estado enquanto pessoa jurídica. Barroso apresenta relevante síntese, ao afirmar que:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe-lhe promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário que seja parte da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, sendo o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas (BARROSO, 2005).

No entanto, entende-se que tal posicionamento doutrinário, que considera o interesse público em primário e secundário, ensejou no Brasil, uma grande desvirtuação da incidência do princípio da supremacia da satisfação dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente determinados em observância obrigatória por parte do Estado.

A formação social e política do Brasil fora marcada sobremaneira, por práticas coronelísticas e clientelistas, no que diz a respeito do trato da coisa pública, como propriedade privada do governante, que ainda é tão presente no exercício da política. Desta forma, o interesse secundário como interesse público é algo que, se utilizado incoerentemente com os ditames legais que vinculam à Administração Pública, importará no exercício de autoritarismo (GABARDO, 2017).

Neste aspecto, os direitos fundamentais compreendem o atual constitucionalismo, que consagram o reconhecimento dos direitos inalienáveis dos indivíduos, para os direitos fundamentais, são considerados como núcleo de todo o constitucionalismo moderno, assim como os direitos do homem, que possuem uma estreita relação. De todo modo, os direitos do homem, possui como características os seguintes aspectos: são universais, fundamentais, preferenciais, abstratos e morais. Já os direitos fundamentais, por outro lado, são os direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito de positivizar os direitos do homem. A positivação não anula os direitos do homem, mas confere validade jurídica a eles (ALEXY, 2003). Nesse sentido, Canotilho nos ensina que:

[...] A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo.

Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional [...] (CANOTILHO, 2003).

Desta forma, fica evidente a força vinculante, que os direitos e garantias fundamentais, exercem sobre toda atuação estatal e sobre todos os poderes do Estado, pois uma vez positivados no corpo constitucional, impõem a observância obrigatória, por todos os poderes, legislativo, judiciário e executivo. Em razão da superioridade, que as normas constitucionais, asseguradoras de direitos fundamentais, possuem em nosso ordenamento jurídico.

2 TERRAS OCUPADAS PELAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS E A POSSE AGROECOLÓGICA

Dentre as populações tradicionais, tais como ribeirinhos, caboclos e remanescentes de quilombos, onde sua economia é fundamentada no agroextrativismo, sob a ótica jurídica e fundiária, podemos considera-los como “posseiros”, quando não tiveram o seu direito à terra reconhecida, pois ocupam terras devolutas, sem consentimento de terceiro, conseqüentemente, não possuem títulos legais, que lhes garantam o domínio da terra, que estão de posse. Os únicos títulos que detêm, são o seu trabalho e as atividades agroextrativistas, que realizam na terra para dar sustento a si e às suas famílias.

Na posse agroecológica das populações tradicionais estão presentes todas as características da posse agrária ou da posse originária, previstas, respectivamente, na legislação agrária e no Código Civil, respeitando-se as particularidades do apossamento das populações tradicionais (BENATTI, 2003).

Quando valorizamos o trabalho na posse, para adquirir a terra, estamos a admitir também que a atividade agrária (pecuária, agricultura, extrativismos vegetal e animal) tenha um valor econômico, pois o possuidor se dedica com a finalidade de suprir as suas necessidades e vender o excedente. Logo, a posse agroecológica segundo é essencialmente para as populações tradicionais, pois o uso e manejo dos recursos

naturais, seja no seu aspecto de produção agroextrativista, sejam no uso racional dos recursos naturais (ROCHA, 2019).

É importante salutar ainda, que a posse agroecológica só pode ocorrer sobre um bem ou coisa, não sobre um direito, por se tratar de uma relação fática, ou seja, um fenômeno que se manifesta ostensivamente e que surge da relação social de atos possessórios agroambientais, sendo exercidos sobre bens e não sobre direitos, a posse agroecológica não é um elemento factual puro, pois para ser considerada como tal, ela deverá ter, além do elemento econômico, um fim social, ou seja, também contribuir para a melhor distribuição do solo e dos recursos naturais renováveis. Ao mesmo tempo, respeitará o meio ambiente, utilizando-o de forma sustentável, segundo a posse pode ser transmitida por herança, venda ou qualquer outra causa e somente se perde quando deixa de existir a relação direta, imediata e agroambiental com a terra, possuem também elementos da com posse, previsto no art. 1.119 do CC, em particular o uso dos recursos comuns dos quais podemos citar: o pasto, o lago, a caça e a coleta de produtos não madeireiros.

Por sua vez, as populações tradicionais nas suas relações com solo e os recursos naturais podem ser divididos em três espaços ecológicos e sociais distintos, que estão interligados entre si, onde desenvolvem as suas formas particulares de vida, todavia, a casa, a roça e a mata no espaço geográfico, estão incluídas também, os rios, igarapés, lagos e campos naturais. O Decreto n.º 4.340, de 22 de agosto de 2002, regulamenta os artigos da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Todavia, o presente art. 35 da mesma lei, trata do reassentamento das populações tradicionais e o processo indenizatório, sempre respeitando o modo de vida e as fontes de subsistência das populações tradicionais. Nesta perspectiva, a Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, define a compensação pelas benfeitorias construídas e devidamente realocadas pelo Poder Público no local acordados entre as partes (BRASIL, 2002).

Portanto, para o Código Civil Brasileiro o presente art. 96 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, reforça o entendimento de que as benfeitorias, úteis e necessárias, são

as culturas anuais e temporárias, as culturas perenes, as pastagens, os semoventes, as construções, os equipamentos, as ferragens e qualquer atividade humana que requeira trabalho objetivando a conservação da natureza. Da mesma forma, são consideradas benfeitorias na área da comunidade, a igreja, o campo de futebol, a casa de farinha, a sede da comunidade, a escola e o porto.

2.1 DIREITO TERRITORIAL DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS

A diversidade de reivindicação do reconhecimento das populações tradicionais acabou a levar à elaboração de diversos procedimentos legais e administrativos de reconhecimento dos territórios das populações tradicionais, assim diversos órgãos foram criados ou reestruturados, como, por exemplo, o INCRA, ICMBio e a FUNAI, para receberem e instrumentalizarem as demandas sociais, sob a influência dos direitos territoriais garantidos aos indígenas² e quilombolas³, aliados aos movimentos ambientalistas, seringueiros lograram êxito com a criação das reservas extrativistas.

Outras populações tradicionais, como ribeirinhos, castanheiros e quebradeiras de coco babaçu⁴, puderam se valer de instrumentos de regularização fundiária específicos, como os projetos de assentamento agroextrativistas. Na prática, cada estrutura burocrática, acabou por criar processos administrativos de territorialização, entretanto a diversidade de categorias fundiárias, não pode introduzir restrições de direitos, criando situações em que uma determinada prática de atividade agroextrativista, seja permitida em uma unidade fundiária e em outra não, sendo do mesmo grupo social (BOCKER, 2010).

Para solucionar tal problemática, foi-se criado a IN n.º 9/2020-FUNAI, com o intuito de corrigir as diversas inconstitucionalidades, detectadas em estudos pela Procuradoria Federal Especializada em Matéria Indígena, onde a mesma explica, por

² O art. 231 da Constituição Federal de 1988 reconhece o direito originário indígena, sobre suas terras tradicionais ocupadas, competindo a União, proteger e respeitar todos os seus bens.

³ O art. 68 da ADCT reconhece a propriedade definitiva, aos remanescentes das comunidades quilombolas, devendo o Estado emitir títulos.

⁴ A Lei 231/2007 proíbe a derrubada de palmeiras de babaçu nos Estados do Maranhão, Piauí, Tocantins, Pará, Goiás e Mato Grosso, criando regras para a exploração da espécie nativa.

parecer técnico (Parecer n. 00007/2020/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU) que, há IN n.º 3/2012 da FUNAI, revogada pela IN n.º 9/2020, permitia que antes do Decreto Homologatório Presidencial, fosse possível ao Estado, interferir por prazo indeterminado em face de procedimentos demarcatórios em curso. Tendo em vista, que o Direito Fundamental a posse e propriedade está positivado no art. 5.º, inciso XXII da CF/88. Propriedades privadas incidentes em terras sob estudo de identificação e delimitação (fase do rito demarcatório que pode durar décadas, eis que normalmente judicializada), passavam a ser inscritas em bancos de dados públicos restritivos da posse (SIGEF), o que impedia a emissão de atestados administrativos aos respectivos proprietários, impedindo o usufruto pleno sobre as glebas.

Essa inconstitucionalidade é reconhecida pela MS 8032/DF-STJ, por meio da Relatora Ministra Eliana Calmon, publicada em 02/12/2002, onde a mesma aduz que: “A identificação das áreas de ocupação tradicionalmente indígena depende de demarcação que compete à União, conforme dispõe o próprio art. 231, caput, da Constituição da República. Não basta o laudo antropológico que, embora traduza estudo científico e detalhado, não é apto a gerar, por si só, efeitos demarcatórios, que dependem de processo administrativo previsto no Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que qualifica tal estudo apenas como fase inicial. Ausente, no caso, demarcação advinda de procedimento regular. Imperiosa a observância dos procedimentos normativos para que ninguém seja privado dos seus bens sem o devido processo legal (art. 5.º, inc. LIV, CR), impondo-se o resguardo da segurança jurídica”. Por outro lado, o TRF da 3.ª Região, por AI 0002512-14.2012.4.03.0000/MS, Relatora Desembargadora Federal Ana Pezarini, publicada em 08/05//2013, aduz que: “O Decreto nº 1.775/96 estabelece que a demarcação não traz nenhuma restrição aos proprietários, que poderão continuar utilizando suas terras para fins produtivos, sem qualquer prejuízo material ou de outra ordem e que esta deve ser baseada e fundamentada em trabalhos antropológicos de identificação”.

3 EFEITOS JURÍDICOS DA POSSE AGROECOLÓGICA

O principal efeito da posse agroecológica, diz a respeito do poder de invocação dos interditos possessórios na sua defesa⁵. Neste caso o possuidor pode recorrer ao Poder Judiciário a fim de assegurar o seu direito a terra e ao uso dos recursos naturais⁶. Uma segunda possibilidade ocorre quando o próprio possuidor realiza a proteção pessoal da posse, mas a reação do possuidor tem que ser efetivada através do uso dos meios necessários e proporcionais à agressão⁷.

Como se trata de posse agroecológica, ou seja, um apossamento que congrega posses familiares e áreas de uso comum, não deve o grupo social na totalidade tenha a posse esbulhada ou turbada para que ocorra a sua proteção. Basta que uma das posses familiares e/ou a área de uso comum seja agredida para que um ou mais membros do grupo social saiam na sua defesa, seja pela via judicial, seja pessoalmente (MARQUES, 2017).

A transmissão da posse agroecológica acontece com as mesmas características com que foi adquirida, desta forma, se um dos membros do grupo social pretende vender a sua posse familiar, o mesmo só poderá realizá-la com a parte que demandou o seu trabalho pessoal ou familiar, ou seja, a casa, a roça, a capoeira, a estrada de seringa ou castanha.

Há área de uso comum, não pode ser adquirida pela compra, doação ou por herança, sendo comum, ela é indisponível e indivisível, logo o que um ou mais membros do grupo podem vender é a sua posse familiar, pois a posse agroecológica é composta pelo conjunto de famílias de camponeses e a área comum, sendo assim, o que é herdado na posse agroecológica é a parte do apossamento familiar, o mesmo ocorre no caso de venda, ou seja, todas as famílias que compõem a posse agroecológica têm direito de receber os frutos produzidos (ROCHA, 2019). Contudo, é importante

⁵ A posse agrária é mencionada no art. 102 do Estatuto da Terra, no art. 3º, inciso VI do Código Florestal e no art. 184 a 191 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Já a posse civil é mencionada nos arts. 1.091 a 1.196 do Código Civil e ainda, nos arts. 554 a 556 do Código de Processo Civil.

⁶ A proteção da posse está prevista nos arts. 1.210 e 1.211 do Código Civil, em quanto que as ações possessórias estão regulamentadas nos arts. 554 a 568 do Código de Processo Civil.

⁷ O §1º do art. 1.210 do Código Civil, assegura ao possuidor turbado ou esbulhado de manter-se ou de restituir a posse por sua própria força.

mencionar, que deve ser respeitando, ainda a deliberação dos mesmos, em consonância com o princípio da autonomia, previsto no art. 7.º da Convenção 169 da OIT.

4 DIREITO A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRAS DEVOLUTAS

O Estado brasileiro admite a posse de particulares em terras devolutas, dando preferência aos posseiros familiares para adquiri-las, respeitando os parâmetros legais. Entretanto, o art. 13 da Lei n.º 8.629/93, determinam que as terras rurais de domínio da União, dos Estados e dos Municípios, sejam destinadas preferencialmente à execução de planos de reforma agrária. A partir dessas determinações, os critérios para destinação de terra, para a ocupação familiar se dá de forma individual ou coletiva. Os arts. 24 e 99 do Estatuto da Terra, afirmam que: “deve ser respeitada a ocupação de terras devolutas federais, manifestada em cultura efetiva e moradia habitual”.

Logo, é condição *sine qua non* que a área esteja a ser ocupada, pois, o art. 26 do mesmo diploma legal orienta que: “o imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural”, desta forma, terá preferência para adquirir um lote da dimensão do módulo de propriedade rural, aquele que ocupar a terra devoluta por pelo menos um ano, esta é a redação do presente art. 97, inciso II do Estatuto da Terra, onde este dispositivo deve ser aplicado, quando se tratar de ocupação familiar individual, pois a posse coletiva não está ligada a uma relação temporal. As terras para proteção ambiental possuem uma sistemática própria, prevista na Lei de n.º 9.985/2000, determinando que quando houver sobreposição de interesses, a destinação ambiental acaba se sobrepondo às demais destinações agrárias conforme o presente art. 225, § 5.º da CF/88 (ROCHA, 2019).

É neste sentido, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vem entendido de forma célere, por meio da Apelação Civil 70 081 566 853/RS do Relator Gelson Rolim Stocker, julgado em 22/08/2019, pela 17.ª Câmara Cível e Publicado em 09/09/2019, vejamos a ementa do egrégio TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. CONTESTAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TERRAS DEVOLUTAS. COMPROVAÇÃO DA POSSE

QUALIFICADA EXERCIDA PELA PARTE AUTORA DURANTE VINTE ANOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE FORMA SATISFATÓRIA DA CONDIÇÃO DE TERRA DEVOLUTA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. — Trata-se de ação de usucapião extraordinário em que comprova a parte autora que ocupa a área de terras rurais há vinte anos, sem qualquer oposição ou interrupção, tendo estabelecido residência e realizado plantações e criação de animais no local- Estado do Rio Grande do Sul que pretende a declaração de insuscetibilidade de prescrição aquisitiva, por ser considerada terra devoluta, no entanto, não logra êxito em comprovar tal situação, encargo probatório que lhe compete — Conjunto de provas que demonstra a posse qualificada pela parte autora, ao longo de mais de duas décadas, ao passo que o Estado do Rio Grande do Sul não comprova a caracterização da área como devoluta, não bastando a juntada de documentação unilateral, sem qualquer registro - A inexistência de matrícula registral do imóvel não o torna, por si só, terra devoluta, especialmente quando comprovada a posse qualificada por particular, necessitando de procedimento discriminatório, extrajudicial ou judicial, realizado pelo ente Público que assim qualifique a área de terras, o que inexistente no caso em comento. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME. (TJ-RS - AC: 70 081 566 853 RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 22/08/2019, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 09/09/2019).

Contudo, se houver conflito de interesses em uma mesma área, os que têm direito de preferência na regularização fundiária em terras públicas, conforme prevê os princípios e normas constitucionais. Em primeiro lugar, as posses tradicionalmente ocupadas pelos índios e pelas comunidades quilombolas. Em segundo lugar, as áreas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais e as ocupadas pelas populações tradicionais. Em terceiro lugar, as terras destinadas à reforma agrária e propriedade familiar e por último, as terras de atividades agroambientais, pecuária e extrativismo para imóveis (ROCHA, 2019).

CONCLUSÃO

As ocupações de terras devolutas foram historicamente reconhecidas como posse, mas no transcorrer dos séculos esse reconhecimento foi questionado e restringido, seja pela previsão normativa ou pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Desta forma, não prospera a tese de que com a vedação à usucapião, houve a proibição da posse de terras públicas, dado que, este reconhecimento pode ocorrer com

ou sem a concordância do Poder Público. Nessa perspectiva, os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais agroextrativistas, possuem o reconhecimento da posse independentemente da concordância do Poder Público, pois para estes sujeitos a recusa do Estado em reconhecer a posse ou a propriedade pode ser suprida pelo Poder Judiciário, mesmo diante da oposição do ente público.

No caso de interesse privado em conflito com o interesse público, onde ambos pertencerem ao amplo rol de direitos fundamentais, a Administração Pública deve apenas se sobrepor ao interesse privado se houver a satisfação do interesse público primário e secundário, que como visto são aqueles direcionado para a satisfação dos interesses da coletividade, pois a partir da interpretação da Constituição de forma sistêmica, nem os interesses públicos são superiores aos privados, tão pouco os privados são superiores aos públicos.

Contudo, o uso da analogia é fundamental para dar tratamento igualitário a casos semelhantes, sob o ponto de vista de seus efeitos jurídicos. Por isso, as coincidências dos casos proferidos pelo TRF4^a no seu Agravo de Instrumento 200804.00.010160-5/PR, que reconheceu a aplicabilidade da convenção 169 da OIT para as comunidades quilombolas e a Apelação Cível 70081566853/RS da 17^a Câmara Cível, sobre usucapião de terras devolutas, proferida pelo TJRS, demonstra a possibilidade de aplicação para as comunidades agroextrativistas, visto que não há norma regulamentadora, cabendo ao legislador interpretar aplicar o presente art. 4^o da LINDB por analogia, buscando o preenchimento de lacunas normativas.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 4^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.82.

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano. Milano: Giuffrè, 1953, p.151.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Faculdade de Direito da Universidade Federal de

Minas Gerais. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf>. Acesso em: 03 de maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.13.

BARRETO, Andreia Macedo. Território de Águas na Amazônia: Ribeirinhos e o Direito à Propriedade Coletiva da Terra. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 29.

BENATTI, José Heder. Estrutura Agroambiental e seu Regime Jurídico. XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331207981_ESTRUTURA_DA_PROPRIEDADE_AGROAMBIENTAL_E_SEU_REGIME_JURIDICO>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

BENATTI, José Heder. Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil: Apropriação e uso dos recursos naturais. Tese de Doutorado do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará. Belém do Pará, 2003. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/126/169?rewrite491=1&reas>>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

BECKER, Bertha Koiffmann. Novas territorialidades na Amazônia: desafio às políticas públicas. Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi; Ciências Humanas, Belém, v. 5, 1, jan. - abr. de 2010; Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/bgoeldi/v5n1/a03v5n1.pdf>>. Acesso em: 06 de agosto de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Rio de Janeiro: Almeida, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33^a ed. São Paulo: Forense. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 426.

GABARDO, Emerson. Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado como Fundamento do Direito Administrativo Social. Revista de Investigações Constitucionais. Vol. 4, n.2, maio/agosto de 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319257716_O_principio_da_supremacia_d_o_interesse_publico_sobre_o_interesse_privado_como_fundamento_do_Direito_Administrativo_Social>. Acesso em: 02 de março de 2019.

ROCHA, Ibraim. TRECCANI, Girolamo Domenico. BENATTI, José Heder. HABER, Lilian Mendes. CHAVES, Rogério Arthur Friza. Manual de Direito Agrário-Constitucional: Lições de Direito Agroambiental. 3^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 161 e p. 257.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte. ano 10 n. 35, p. 313-343. Jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.danielwunderhachem.com.br/artigos_detail.php?id_artigo=29>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultado e Análise de Impacto Regulatório. 1^a ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 203.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2^a Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JÚNIOR, Cláudio Grande. Usucapião sobre Terras Públicas e Devolutas. 1^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Direito das Coisas – Vol. 4. 12^a ed. São Paulo:
Forense. 2020.