

Subsídios para a história do direito da propriedade no Brasil.*

Francisco Amaral**

Sumário: Introdução. A propriedade em perspectiva histórica e crítica. 1. A experiência jurídica romana. 2. A propriedade no Brasil Colônia. 3. A propriedade no Brasil Império. 4. O Código Civil de 1916. 5. Conclusões.

Introdução. A propriedade em perspectiva histórica e crítica.

A propriedade no Brasil é tema, que por sua amplitude, implica uma perspectiva histórica e crítica. Histórica, porque se protraí ao longo de quase meio milênio, compreendendo os períodos colonial e imperial, e crítica porque, servindo a história do direito de consciência crítica do direito positivo,¹ permite conhecer as mudanças ocorridas, suas causas e seus efeitos, assim como o sentido e a função das diversas espécies de propriedade que se sucederam na história do nosso país.

A iniciativa é conveniente e oportuna, considerando-se as mudanças que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002 introduziram na ordem jurídica brasileira, afetando não só a estrutura da propriedade como também a sua função, permitindo vislumbrar a passagem de uma concepção tradicionalmente dogmática e estrutural, para uma de natureza axiológica e funcional, mais coerente com o pensamento jurídico contemporâneo.

A propriedade exprime juridicamente a relação pessoa-coisa, na qual se reconhece um especial poder sobre os bens, transferíveis por meio do contrato e protegidos, no seu valor, pelas normas da responsabilidade civil. Propriedade, contrato e responsabilidade civil são, assim, institutos básicos do direito privado. Em torno deles formou-se a ciência, a legislação e a jurisprudência do direito civil,² que tutela também, o meio ambiente, matéria de importância crescente na sociedade atual, a sociedade da ciência, da tecnologia, do risco.

* Este texto foi usado, posteriormente, em conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

** Doutor *honoris causa* das Universidades de Coimbra e Católica Portuguesa. Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Professor Titular de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

1 Paulo Grossi. *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 3 e 38

2 Guido Alpa. *Che cos'è il diritto privato?*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, p. 81.

O reconhecimento da centralidade da propriedade, mobiliária e imobiliária, não impede, porém, considerar-se a pessoa humana o valor fundamental da ordem jurídica brasileira, uma das notas do direito contemporâneo, que vê a pessoa humana *in concreto* e situada, não mais a figura abstrata e geral do sujeito de direito. Pessoa humana e justiça como valores prioritários e fundamentais, contrariamente à posição hegemônica da segurança e da propriedade, da época da codificação.

Aspectos a relevar, também, são as mudanças que o legislador introduziu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002. Mudanças de natureza estrutural, com a inserção de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que abrem o direito para os valores ético-políticos e para o mundo da realidade fática; mudanças de natureza funcional, com a passagem da perspectiva estrutural do normativismo-legalista da modernidade para a funcionalização dos institutos jurídicos, principalmente a propriedade e o contrato, e por fim, mudanças de natureza metodológica, com a possibilidade de um novo pensamento jurídico, problemático, axiológico e dialético, a substituir o pensamento sistemático, normativista, teórico e lógico-dedutivo da modernidade. Essas inovações permitem o retorno da razão prática ao direito civil brasileiro, e afetam, como não podia deixar de ser, a realização dos institutos básicos do direito civil, trazendo a propriedade novamente à ribalta da discussão jurídica.³

A propriedade interessa tanto ao direito privado quanto ao direito público, o que demonstra a unidade essencial do direito.⁴ Como direito subjetivo e como instituto jurídico, pertence ao direito civil, que o disciplina na sua existência e eficácia,⁵ e ao direito constitucional, que o considera direito fundamental,⁶ princípio da ordem econômica e financeira⁷ e dotado de função social.⁸ Sua importância cresce na medida em que aumenta a complexidade da vida em sociedade. Novos problemas exigem novas estruturas jurídicas de resposta.

Presente em todo o processo de formação histórica do direito ocidental, com as características próprias de cada fase, sua definição foi sempre problemática, tendo a doutrina jurídica e nos códigos civis sempre optados pela

3 Stefano Rodotà. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bolonha, Il Mulino, 1981, p.17.

4 José Luis de los Mozos. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, XIII.

5 Código Civil, arts. 1.228 a 1.368.

6 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXII.

7 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 170, II.

8 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXIII e Código Civil, art. 1.228, § 1º.

indicação do seu conteúdo, não obstante defini-la como um conceito unitário, do que é exemplo o Código Civil francês. No Código Civil brasileiro de 1916, assim como no de 2002, sua descrição é analítica, indicando-se as diversas faculdades jurídicas que compõem o direito subjetivo de propriedade, isto é, o *jus utendi* (direito de usar), o *ius fruendi* (direito de fruir, gozar, de perceber seus frutos) e o *ius abutendi* (direito de dispor). A par desses poderes, sempre se reconheceu que o proprietário também tem deveres, pelo que o direito de propriedade mais se apresenta como uma situação jurídica complexa, compreensiva de poderes e deveres, cujo exercício pode afetar terceiros, a implicar o reconhecimento de sua função social.

Como instituto jurídico, a propriedade é um dos que mais diretamente refletem as mudanças nas condições econômicas e sociais, sendo, por isso, objeto de particular atenção. Interessa aos juristas que a disciplinam, aos historiadores que a estudam na sua evolução, aos filósofos que apontam os seus valores fundantes, aos economistas que avaliam a sua importância nos sistemas de produção, aos sociólogos que a contemplam nas diversas funções. De tudo isso decorre que a *propriedade* não tenha um só significado. Tem-se a propriedade-instituto, a propriedade-direito subjetivo, a propriedade sob o ponto de vista econômico, político, sociológico, a propriedade constitucional, a propriedade de direito civil.⁹ Identificam-se ainda, na sua evolução, outras espécies, como a propriedade coletiva, familiar, dos primórdios, seja a individualista do direito romano clássico, seja a do Código Civil francês de 1804, ambos de grande influência no direito brasileiro; a propriedade dividida, do feudalismo, em que se distinguia o domínio direto do domínio útil; a propriedade comunitária, dos clãs, das tribos, da aldeia, do direito germânico, no caso de propriedade fundiária; a propriedade coletivista, dos Estados totalitários. Essas formas de sociedade não se sucederam, necessariamente, no tempo, elas podem ter coexistido,¹⁰ conforme as condições políticas e econômicas de cada comunidade.

A época moderna considerava a propriedade um poder pleno e exclusivo do titular e um princípio da organização política e econômica da sociedade liberal. Defendendo uma concepção ideológica, a Revolução Francesa incluiu-a na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 17) como direito inviolável e sagrado. O Código de Napoleão,¹¹ que consagrou

9 Stefano Rodotà. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bolonha, Il Mulino, 1981, p.163, nota 7.

10 John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*, 2ª edição, tradução de A.M Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 636.

11 Código Civil francês, art. 544.

o individualismo liberal,¹² defendeu-a como um direito *unitário*, no sentido de haver um só tipo de propriedade, embora passível de conteúdos diversos; *absoluto*, por deixar ao seu titular a decisão sobre a conveniência e modo de seu aproveitamento; *perpétuo*, por não se extinguir pelo não uso,¹³ *exclusivo*, porque com eficácia *erga omnes*, tendo o proprietário direito de impedir qualquer invasão na esfera do seu poder, *ilimitado*, no sentido da indeterminação do exercício das faculdades que o compõem, e por isso mesmo *elástica*, porque suscetível de contração e distensão, conforme destituída ou não, de qualquer das suas faculdades. Desse modo, a propriedade passou a considerar-se projeção da personalidade individual, protegida como direito e como atributo pessoal.¹⁴ No século XX, a grande diversidade dos bens e, conseqüentemente, dos seus regimes, levou a um declínio da noção unitária, desenvolvendo-se a idéia de um instituto plural. Não a propriedade, mas as propriedades (urbana, rural, imobiliária, intelectual, industrial, tecnológica etc), objeto de leis especiais. Nessa especialização insere-se a temática do meio ambiente,¹⁵ considerado patrimônio público que abrange a terra, com seus recursos minerais, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.¹⁶ Aspecto a destacar, também, é a relatividade do direito e a variabilidade do conteúdo da nova propriedade, com o predomínio da idéia do social sobre a do individual.

1. A experiência jurídica romana.

O conceito, a natureza e a importância da propriedade na sociedade contemporânea e no direito ocidental, resultam de um longo processo evolutivo, com períodos distintos, nos quais a propriedade apresenta diferenças específicas. O conhecimento dessa evolução permite uma perspectiva de natureza crítica, no sentido de constatar as mudanças ocorridas, suas causas e seus fatores de transformação,¹⁷ assim como o sentido e a função das diversas espécies de propriedade que se sucederam na história do nosso país.

12 Jacques GHESTIN e Gilles GOUBEAUX. *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1994, p. 104.

13 Vicent L. Montés. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporaneo*, Madrid, p. 75.

14 Francisco Amaral. *Direito Civil. Introdução*, 7^a edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p.180.

15 Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

16 Francisco Amaral. *Espírito e técnicas romanos no direito ambiental brasileiro*, in Revista Brasileira de Direito Comparado, número 14, Rio de Janeiro, 1993, p. 27 e sg.

17 Paulo Grossi, p. 3 e 38.

Essa visão crítica leva em conta que o direito faz parte da cultura brasileira, e de que esta se formou e desenvolveu a partir da matriz ocidental européia, cuja influência é ainda hoje evidente. Essa matriz é, assim, a primeira referência a considerar em um breve percurso histórico. E nesse repensar a nossa tradição jurídica, impõe-se começar pelo direito romano, não só no que diz respeito à dogmática jurídica mas também ao processo metodológico de realização da justiça pois, diversamente do que defendia a racionalidade jurídica moderna, ainda hoje dominante, no sentido de ser o direito uma ciência teórica, com um raciocínio lógico-dedutivo, o direito romano era uma ciência prática, que se valia de um raciocínio dialético para resolver casos concretos.

Tomemos a nossa primeira codificação civil, em que a presença do direito romano é manifesta.

*“Se passarmos em revista os 1.807 artigos do nosso Código Civil, verificaremos que mais de quatro quintos deles, ou sejam, 1.445, são produto de cultura romana, ou diretamente aprendidos nas fontes da organização justinianéia, ou indiretamente das legislações que ali foram nutrir-se largamente, como aconteceu a Portugal, a Alemanha, a França e a Itália, que fizeram do Direito Romano o manancial mais largo e mais profundo para mitigar sua sede de saber”.*¹⁸

No que diz respeito ao instituto da propriedade, nas fontes romanas não se encontra uma definição sintética, quer pela aversão dos juristas romanos à abstração conceitual, quer pela dificuldade de um conceito único que pudesse abranger as espécies já existentes. Reconhecia-se, porém, a existência de situações de fato que permitiam considerar a propriedade um poder sobre coisas corpóreas, composto de várias (hoje) faculdades, como as de usar, fruir e dispor (*ius utendi, fruendi, abutendi*), poder esse protegido pela ação reivindicatória (*rei vindicatio*) e limitado pelo interesse público, por motivos religiosos e morais, e por interesses privados.¹⁹ O direito de propriedade não aparece nas fontes romanas como um poder absoluto, ilimitado, exclusivo ou perpétuo. A noção romana de propriedade era flexível, o que lhe permitiu ser a base de diferentes concepções que se desenvolveram tanto na tradição romanista, a partir do século XII, quanto no direito feudal, no direito natural moderno e nos direitos codificados.²⁰

18 Abelardo Lobo. *Curso de Direito Romano*, Brasília, Edições do Senado Federal, Brasília, 2006, p. 17.

19 A. Santos Justo. *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 221.

20 Peter Stein. *Le droit romain et l' Europe. Essai d' interprétation historique*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. XXIV.

Inicialmente *dominium*, depois *proprietas*, esse termo exprimia uma situação jurídica subjetiva em que alguém exercia um poder geral sobre uma coisa material. Sob o ponto de vista político, reduzia-se à propriedade da terra que, durante séculos, tem sido quase o único bem de produção e a base de todo o poder.²¹ Sujeitos ativos do *dominium* eram, exclusivamente, os cidadãos romanos e os estrangeiros (*peregrini*), aos quais fosse reconhecido o direito de comercializar (*ius commercii*). Sujeitos passivos, no sentido de que deviam respeitar esse direito, eram todas as pessoas que viviam no espaço romano. De qualquer modo, reconhece-se que aos juristas romanos se deve a construção dogmática do direito de propriedade.

Quanto à relação propriedade-meio ambiente, reconhece-se hoje que o direito romano já se constituía em um primeiro estágio, ou núcleo normativo, em matéria de dano ambiental, particularmente no que se referia à contaminação das águas e aos danos à flora. Contavam com uma regulação pioneira,²² com disposições específicas sobre o problema da contaminação das águas²³ e de cisternas,²⁴ despejos industriais, instalação de lavadouros,²⁵ proteção de aquedutos, rios, mares, instalações hidráulicas, obras de limpeza e depuração das fontes e das cloacas visando garantir a pureza das águas canalizadas,²⁶ proibição do corte ilícito de árvores, assim como de outros danos à flora,²⁷ além de disposições gerais sobre a consequente responsabilidade civil.²⁸

Além desses preceitos, três institutos jurídicos permitiam ainda a limitação dos direitos individuais por interesses sociais, nos quais já se inseriam preocupações ecológicas. Eram as relações de vizinhança, o abuso de direito e a responsabilidade civil objetiva.

Quanto às relações de vizinhança, o direito romano limitava o direito de propriedade por meio de princípios reguladores das relações entre imóveis de proprietários diversos,²⁹ do que eram exemplo a *actio aquae*

21 Jean-Philippe Lévy e Andre Castaldo. *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p 289.

22 José Luiz Zamora Manzano. *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental. La contaminación de aguas, canalización de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid, EDISOFER, 2003, p.104.

23 D. 47, 11, 1, 1.

24 D. 43, 24, 11, pr.

25 D. 39, 3, 3, pr.

26 D.43.22.16; D. 43,22,1,10; D.43.23,1

27 D.47, 7, 3

28 C. 3, 35,1

29 Pietro Bonfante. *Corso di diritto romano*, Milano, Giuffrè Editore, 1966, p. 321.

pluviae arcendae, ação concedida ao proprietário de um terreno para reclamar do vizinho a demolição de uma obra que altere o curso normal das águas. No direito clássico existia o princípio de que as águas deviam seguir o seu curso normal, sem alteração,³⁰ e a *actio arborum furtim caesarum*, ação já prevista na Lei das XII Tábuas contra o corte furtivo de árvores na propriedade de outrem.³¹

Tema controvertido eram os atos *ad emulationem*, atos praticados no exercício do próprio direito com intenção de prejudicar terceiros,³² como os das emissões (*immissio*), atos de ingerência na esfera jurídica de outrem, causando prejuízo, por exemplo, a emissão de fumaça, odor, águas etc. Desde que não excedessem o limite normal e ordinário, deviam ser tolerados pelo proprietário que as sofresse. Se ultrapassassem os limites estabelecidos, podia o prejudicado usar o interdito *uti possidetis*, e se o dono do prédio causador da emissão alegasse o direito a produzi-la, uma *ação negatória*.³³

No tocante ao abuso de direito, era esse proibido por meio de legislação casuística e específica,³⁴ não havendo, porém, uma teoria do abuso de direito.³⁵ Reconhecia-se que *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (não se considera que obra com dolo quem usa de seu direito)³⁶ mas também se condenava o abuso no exercício do próprio direito, não como princípio geral mas como intervenção pretoriana destinada a corrigir o exercício dos direitos subjetivos, sempre que seu exercício se tornasse abusivo.³⁷ Pode afirmar-se, de modo geral, que o direito romano não conhecia limites ao exercício do direito de propriedade, “salvo aqueles impostos por absoluta e imprescindível necessidade da vida econômica da sociedade”. Nesse caso, predominava o sentido da moralidade e da consciência popular, acentuando-se o espírito do social sobre o particular. Pode-se dizer, portanto, com precisão, que em Roma os limites ao exercício dos direitos estavam na consciência social, nos costumes, na moral do povo romano, onde se criavam idéias fundamentais do ordenamento jurídico, como a *aequitas* e a *bona fides*.

30 D. 39, 3.

31 D. 47,7.

32 D. 50, 17, 55.

33 Ulpiano, D. 8, 5, 8, 5, 7.

34 D. 24, 1, 63; D. 30, 1, 43, 1.

35 Francesco De Martino. *Diritto e società nell' antica Roma*, Roma, Editori Riuniti, 1979, p. 291.

36 D. 50, 17,55.

37 D. 8, 5, 8, 5.

Em matéria de responsabilidade civil, tema de ricas sugestões em favor da socialidade do direito romano, as idéias sociais e objetivas superavam o elemento espiritual na fixação da responsabilidade. O predomínio da teoria do risco indicava que, para o direito clássico, o fundamento da obrigação de indenizar não decorria da culpa do agente, mas de um princípio de equidade e de justiça comutativa, segundo o qual todo aquele que, na defesa dos seus interesses, prejudicasse o direito de outrem, ainda que de forma autorizada, devia indenizar o dano causado. Esses princípios presidem, ainda hoje, a responsabilidade pelo dano ambiental.

Algumas das disposições romanas citadas vieram a integrar-se no direito ibérico, por meio do direito visigótico, encontrando-se vestígios no *Fuero Juzgo*, livro VIII, título 3, leis 1 e 5, na Lei das Siete Partidas,³⁸ em matéria de limpeza e recomposição de valas, canais e limpeza das cloacas.³⁹ Na Partida VII, lei XVIII, dispunha-se sobre o corte ilícito de árvores, de modo semelhante ao vigente no direito romano.^{40 41}

Passando-se à era da codificação, pode afirmar-se que a trilogia de Gaio, *peças, coisas e ações*, estava ainda na base da matéria privada que se sistematizou nos códigos civis da Europa continental.⁴² Nesses códigos, a propriedade ocupa um papel central, que varia conforme as suas relações com outros institutos da esfera civil. Temos assim que, no Código de Napoleão, de grande influência no Código Beviláqua, o eixo principal é o que liga a propriedade ao contrato, pelo que a grande contribuição desse código não foi a de liberar a propriedade de seus impedimentos feudais, permitindo-lhe o acesso da burguesia, mas a sua inserção no processo de produção e circulação dos bens por meio de outro notável instituto, o contrato,⁴³ expressão da soberania individual na atividade econômica das pessoas. Propriedade, contrato e responsabilidade civil são, assim, reconhecidamente, institutos fundamentais do direito civil que se relacionam diretamente com o ambiente, bem jurídico que, por sua importância, tem hoje uma posição central, permitindo reconhecer-se não só um *direito ao ambiente* como também um *direito do ambiente*.⁴⁴

38 Partida III, título XXXII, Lei VII.

39 D. 43, 21, 1.

40 D.47, 7, 7, 2

41 José Luis Zamora Manzano, p. 104.

42 Umberto Vincenti. *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Bari, Laterza, 2007, p. XIV.

43 Stefano Rodotà. *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonha, Il Mulino, 1971, p. 313.

44 Francisco Amaral. *Espírito e técnicas romanos no direito ambiental brasileiro*, in Revista Brasileira de Direito Comparado, número 14, Rio de Janeiro, 1993, p. 27 e sg.

2. A propriedade no Brasil Colônia.

O regime das sesmarias marcou a propriedade no Brasil Colônia, desde sua implantação, em 1530, até ao advento da Resolução de 17 de junho de 1822, que suspendeu a concessão de novas sesmarias e a confirmação das já existentes.

Pela divisão do Tratado de Tordesilhas, as terras brasileiras pertenciam ao Estado português (terras da Coroa), mais propriamente ao Reino de Portugal, cabendo à Ordem de Cristo a jurisdição espiritual.⁴⁵ Depois também ao Rei (reguengos) e a particulares (herdamentos), que as doavam, não propriamente a terra, mas o seu usufruto, o benefício.⁴⁶ A posse e a propriedade da terra resultavam, assim, de simples concessão de terras públicas, na forma de sesmaria, sem restrições de maior importância que não fosse a obrigação do sesmeiro de cultivá-la e de nela fixar a sua morada habitual. Cumpridas essas exigências, adquiria-se o domínio efetivo sobre as terras concedidas.

Portugal procurava, com esse regime, “trasladar, para as nascentes colônias, as características que nortearam as concessões predominantes na sua idade média”, e já adotadas nos Açores, Cabo Verde e ilha da Madeira, com a finalidade de enfrentar o problema da falta de alimentos, garantindo o abastecimento das populações locais. Não havia essa necessidade, porém, na nova colônia, onde o objetivo era, predominantemente, o povoamento e a grande plantação. Concediam-se as terras, originariamente públicas, visando-se ocupar o solo com a lavoura, o plantio da cana de açúcar, a criação de gado. E distribuíam-se sem grande rigor porque havia pouca gente para ocupá-la.⁴⁷

A primeira medida do rei D. Manuel, o monarca dos descobrimentos, foi dar as terras, em arrendamento para a exploração do pau-brasil. Deveu-se, porém, a D. João III, que instituiu em 1530 o regime das capitânicas ou donatárias, a obra sistemática de colonização. Constituíam-se as capitânicas por uma carta de doação, outorgando ao donatário uma certa extensão de terra, com a respectiva jurisdição civil e criminal. Acompanhava essa carta um foral, contrato de aforamento, pelo qual os colonos que recebessem terras tornavam-se tributários perpétuos da Coroa. Esta reservava para si o monopólio do pau-brasil e das especiarias, pertencendo-lhe ainda o *quinto* dos metais e pedras preciosas que se viessem a descobrir, e o *dízimo* de todos os tributos lançados

45 José da Costa Porto. *Formação territorial do Brasil*, Brasília, Fundação Petrônio Portella, 1982, p.26.

46 Vicente Cavalcanti Cysneiros. *Propriedade territorial no Brasil*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, nº 62, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 233

47 Costa Porto. *Estudo sobre o sistema sesmarial*, Recife, Editora Universitária, 1965, p.81.

pelos donatários, ficando livre para os donatários e colonos, o tráfico dos demais produtos, especialmente o açúcar, o algodão e o fumo.

Segundo as Ordenações Filipinas,⁴⁸ sesmarias eram “*as dadas de terras, casas ou pardieiros que foram ou são de alguns senhores da terra e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora o não são*”. O termo seria derivado de *sesmo* ou *sesma*, a sexta parte de alguma coisa.⁴⁹ De origem romana, instituíram-se em Portugal pelo rei D. Fernando, por meio da lei de 26 de junho de 1.375, a chamada Lei das Sesmarias, posteriormente recolhida pelas Ordenações. As terras assim chamadas eram concedidas por meio de *cartas de sesmarias*, títulos distribuídos inicialmente sem rigor, pois havia pouca gente para ocupar a terra, desenvolvendo-se, assim, uma política latifundiária com doação de terras que outorgavam direitos de uso e fruição, não de propriedade. Pode-se, portanto, afirmar, que o regime da propriedade fundiária no Brasil tem origem no período colonial, nas chamadas sesmarias, o que levou à instituição da grande propriedade rural, o latifúndio, destinada à monocultura, sustentada pelo trabalho escravo.

O poder de conceder sesmarias foi extinto pela lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a chamada lei de terras.

3. A propriedade no Brasil Império.

Dois fatos importantes marcaram a história da propriedade no Brasil Império: a extinção do regime das sesmarias, e a regularização da propriedade fundiária com o advento da lei nº 601, de 1850.

A Resolução de 17 de junho de 1822 do Príncipe Regente D. Pedro de Bragança suspendeu a concessão de novas sesmarias e a confirmação das já existentes, por sua inadequação aos objetivos visados. O regime das sesmarias não atingira os resultados pretendidos, quer pelo seu abandono pelos respectivos titulares, quer pelo inadimplemento destes no tocante às suas obrigações.⁵⁰ Verificava-se, assim, que a distribuição de terras pela Coroa produzira resultado diverso do alcançado em Portugal, onde essa prática visava garantir o abastecimento da população, que no Brasil era ainda incipiente, o objetivo era o povoamento. Além disso, a concessão de terras levava a uma verdadeira “aristocratização da propriedade”. As elites urbanas, vivendo nas capitais e conhecendo os meandros da burocracia oficial, obtinham o domínio legal das terras que pediam, restando

48 Livro 4º, Título XLIII.

49 Paulo Carneiro Maia. *Sesmarias – I*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, nº 68, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 478.

50 Vicente Cavalcanti Cysneiros, p. 241.

aos habitantes do interior a possibilidade, apenas, de ocupar o solo, sem outra garantia que não a decorrente da posse, simples situação de fato. Desenvolveu-se, assim, o regime de posses, um verdadeiro costume jurídico,⁵¹ segundo o qual a posse da terra, com cultura efetiva e morada habitual do possuidor, eram requisitos necessários e suficientes para a aquisição da propriedade, como ainda hoje ocorre. Enquanto que no regime das sesmarias o beneficiário recebia o título e a terra para depois cultivá-la, no regime da posse, o posseiro cultivava primeiro a terra para depois obter a sua respectiva titularidade.

A necessidade de regularizar-se o regime da posse, exercida sobre *terras devolutas*, assim chamadas as terras “susceptíveis de serem devolvidas ao patrimônio público”, por não se acharem no domínio privado, ou por não terem sido dadas por sesmarias ou outras concessões governamentais, ou ainda por não se acharem ocupadas por meio de posses, levou à promulgação da lei n.º 601, de 1850, a Lei das Terras do Império, também conhecida como o estatuto das terras devolutas. Disciplinava as glebas não utilizadas, sem titularidade legítima de posse ou de propriedade, “devolvidas à nação pelo desuso dos particulares e as terras ainda inexploradas”.⁵² A denominação *terras devolutas* estava no artigo 3º dessa lei, que dispunha: “São terras devolutas: § 1º- as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal; § 2º- as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmaria ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3º- as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei; § 4º- as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei”.

A lei nº 601, de 1850, teve méritos. Entre outros, valorizou a posse legítima da terra que, efetivamente cultivada, levava ao reconhecimento da propriedade dos posseiros sobre os terrenos ocupados. E foi precursor do processo discriminatório de terras no Brasil, ensejando a devolução das terras devolutas ao patrimônio nacional.

4. A propriedade no Código Civil de 1916.

Na elaboração do Código Civil brasileiro de 1916 imperou, como seria de esperar, uma visão européia do mundo e do direito, que se condicionou,

51 Ruy Cirne Lima. *Pequena história territorial do Brasil*, São Paulo, Secretaria de Estado da Cultura, 1991, p. 57.

52 Messias Junqueira. *O instituto brasileiro das terras devolutas*, São Paulo, LAEL, 1976, p. 78

por sua vez, pelas circunstâncias físicas e étnicas do novo domínio colonial. Clóvis Beviláqua pôde, assim, afirmar, que o Código Civil era “expressão da alma brasileira, e, ao mesmo tempo, rebento da cultura jurídica dos romanos e lusos, e fruto da época”.⁵³ Tinha, na sua formação, preceitos de direito romano, germânico, canônico e medieval, sistematizados sob a influência espiritual do direito francês e da técnica do código alemão. Refletia as concepções filosóficas dos grupos dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais. Do ponto de vista ideológico, consagrava os princípios do liberalismo, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo.⁵⁴ Em matéria de propriedade, adotou os princípios do individualismo, por achar o legislador, necessário vincular o homem ao solo,⁵⁵ assegurando ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico. Refletia, assim, o ideal de justiça de uma classe dirigente européia por origem e formação, constituindo um direito afastado das condições de vida do interior do país, traduzindo mais as aspirações civilizadoras dessa elite, embora progressista, do que os sentimentos e necessidades da grande massa da população, em condições de completo atraso.⁵⁶

Tecnicamente um dos mais perfeitos, quer na sua estrutura dogmática, quer na sua redação, escorreita, segura, precisa, o Código Civil brasileiro de 1916 era um diploma conciso, contendo apenas 1.807 artigos, número bem inferior ao do francês (2.281), ao do alemão (2.383), ao do italiano (2.969), ao do português (2.334). No instituto da propriedade compreendia várias espécies. Quanto aos titulares, distinguia-se a *propriedade pública*, que tinha por objeto bens públicos,⁵⁷ da *propriedade particular*. Esta podia ser de um só dono, ou, simultaneamente, de vários (o condomínio). Quanto ao conteúdo, distinguia-se a *propriedade plena*, se todos os seus direitos elementares se achavam reunidos no do proprietário, da *propriedade limitada*, se tinha ônus real ou era resolúvel.⁵⁸

53 Clóvis Beviláqua. *O Código Civil*, in “Linhas e Perfis Jurídicos”, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 178.

54 Orlando Gomes. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador, Livraria Progresso Editora, 1958, p. 42.

55 Clóvis Beviláqua. *Linhas gerais da evolução do direito constitucional, da família e da propriedade durante a centúria de 1827 a 1927*, in “Linhas e Perfis Jurídicos”, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 91

56 Orlando Gomes, p. 34.

57 Código Civil, art. 66.

58 Código Civil, art. 525.

Quanto ao objeto, distinguia-se a *propriedade imobiliária*, a mais importante devido ao princípio da publicidade, que se realizava pela instituição dos registros públicos, da *propriedade mobiliária*, que tinha por objeto coisas móveis (coisas fungíveis e consumíveis, divisíveis e indivisíveis, singulares e coletivas). E ainda os bens reciprocamente considerados (bens principais e acessórios, compreendendo estes os frutos, os produtos, os rendimentos, os acessórios de solo, e as benfeitorias).

O Código Civil de 1916 garantia o direito de propriedade, mas não de modo absoluto, pois seu individualismo subordinava-se às necessidades sociais, como indicam as restrições que o próprio código previa, em matéria de usucapião, desapropriação por utilidade pública e direitos de vizinhança. Estes compreendiam regras sobre o uso nocivo da propriedade, sobre o regime das águas e sobre as limitações ao direito de construir. É precisamente nessas disposições já que se vislumbrava o que se viria a ser, meio século depois, matéria de direito ambiental. Reconhecia-se, assim, o poder que o proprietário tinha de proibir atos prejudiciais, assim como a possibilidade de prevenção de determinados perigos e ainda garantir a manutenção da ordem natural.⁵⁹ Os arts. 554 e 555 do código dispunham sobre o uso nocivo da propriedade, que poderia causar ofensas à segurança pessoal ou dos bens, ao sossego (ruídos, emissões de fumaça ou fuligem) ou à saúde (emanação de gases tóxicos, poluição de águas, estúbulos),⁶⁰ pelo que se concedia ao proprietário o poder de pedir que cessasse o dano ou fosse reparado o já produzido.⁶¹ Estatuía, também, regras sobre o uso de águas correntes particulares, das águas pluviais e das fontes, em relação ao estado de vizinhança entre prédios⁶² matéria posteriormente regulada em lei especial, o Código das Águas, decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. As disposições do código visavam, assim, a manutenção da ordem natural, estabelecendo a obrigatoriedade do prédio inferior de receber as águas que corressem natu-

59 António Menezes Cordeiro. *Tutela do Ambiente e Direito Civil*, in *Direito do Ambiente*, Lisboa, Instituto Nacional de Administração, 1994, p. 386.

60 Clóvis Beviláqua. *Direito das Coisas*, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, p. 188.

61 Código Civil de 1916 - **Art. 554** - *O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.* **Art. 555** - *O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameaça ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente. Vedava-se também a construção de estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras que contrariassem os regulamentos de higiene.* **Art. 578** - *As estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras, e, em geral, as construções que incomodam ou prejudicam a vizinhança, guardarão a distância fixada nas posturas municipais e regulamentos de higiene.*

62 Clóvis Beviláqua, p.195.

ralmente do superior. E se o dono deste fizesse obras de arte, para facilitar o escoamento, procederia de modo a não piorar a condição natural e anterior do outro.⁶³ Em matéria de direito de construir, ainda quanto às águas, dispunha o código serem proibidas as construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente.⁶⁴ Proibidas também eram as escavações que tirassem ao poço ou à fonte de outrem a água necessária.⁶⁵

Ocorrendo a violação dessas regras, causando o dano que hoje se classificaria como ambiental, nascia a obrigação de indenizar, ou seja, a responsabilidade civil prevista no art. 159 do Código Civil.⁶⁶

É de concluir-se, portanto, que, guardadas as características e dimensões dos respectivos sistemas sociais, e as mudanças decorrentes da evolução histórica, principalmente as provocadas pelo desenvolvimento da sociedade industrial, a relação que hoje se verifica entre a propriedade e meio ambiente, não difere, na sua essência, daquilo que o direito romano já estabelecia e que o código brasileiro recepcionou.

5. Conclusões.

De tudo o que exposto foi, podem-se tirar as seguintes conclusões.

A propriedade é um dos institutos fundamentais do direito civil patrimonial, como expressão jurídica da relação histórica entre o ser humano e as coisas da realidade externa. A compreensão de sua estrutura e função no direito contemporâneo, particularmente na ordem jurídica brasileira, pressupõe uma perspectiva histórica e, conseqüentemente, uma perspectiva crítica, que permite identificar de modo racional e objetivo, os fatores ou circunstâncias que provocaram a sua evolução, tanto na sua estrutura, como no seu fundamento e função nos diversos períodos da história nacional, a colônia, o império e a república do início do século XX.

63 Código Civil de 1916 - **Art. 563** - *O dono do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior. Se o dono deste fizer obras de arte, para facilitar o escoamento, procederá de modo que não piore a condição natural e anterior do outro.*

64 Código Civil de 1916 - **Art. 584** - *São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente*

65 Código Civil de 1916 - **Art. 585** - *Não é permitido fazer escavações que tirem ao poço ou à fonte de outrem a água necessária. É, porém, permitido fazê-las, se apenas diminuïrem o suprimento do poço ou da fonte do vizinho, e não forem mais profundas que as deste, em relação ao nível do lençol d'água*

66 Código Civil de 1916 - **Art. 159** - *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*

A propriedade, desde os primórdios da civilização, é um conceito poliédrico. Apresenta várias facetas e espécies, de acordo com as necessidades sociais a que responde.

A perspectiva histórica que orienta a presente comunicação, revela que o direito subjetivo e o instituto jurídico da propriedade, como expressões normativas da relação pessoa-coisa do mundo externo, nunca se manifestou como categoria unitária, geral e abstrata. Pelo contrário, sempre foi múltipla e variada, quer quanto ao seu titular, quer quanto ao seu objeto, quer quanto ao seu conteúdo. Uma visão crítica, proporcionada pelo conhecimento histórico, revela que a importância e função da propriedade não são idênticos em uma economia agrária e em uma de capitalismo avançado.⁶⁷ Conforme a época, as necessidades sociais e os interesses da pessoa humana, vários foram os tipos de propriedade que surgiram, pelo que hoje pode-se reconhecer a existência histórica não da *propriedade* mas das *propriedades*, a implicar a ruptura do tradicional conceito unitário e a configuração da propriedade como um conceito plurifacetado. Isso não impede, porém, que continue a ser uma das categorias fundamentais do direito privado.

O direito romano, que teve o mérito de sistematizar o conjunto de seus preceitos e de classificá-la conforme a pessoa do seu titular e conforme o seu objeto, é o primeiro a manifestar o espírito individualista que veio a caracterizar, historicamente a propriedade. Nesse direito existem, porém, matices sociais, como os que se encontram na disciplina das relações de vizinhança, do abuso de direito e da responsabilidade civil.

No direito medieval, a propriedade decompôs-se em direitos paralelos que a construção doutrinária denominou de *dominium directum* e *dominium utile*, diversos graus do direito do proprietário regime feudal, que veio a ser superado pelo espírito burguês da revolução francesa.

No que respeita ao direito brasileiro, o período colonial caracterizou-se pelo domínio do latifúndio, a grande propriedade base da economia de exportação de produtos primários, (açúcar, algodão, fumo), sistema que se manteve até o processo de industrialização do século XX.

Quanto à relação da propriedade com o meio ambiente, à semelhança do que ocorreu no direito romano, guardadas as necessárias proporções, no Código Civil de 1916 já se encontravam normas que relativizavam o individualismo do direito de propriedade, principalmente em matéria de direitos da vizinhança, abuso de direito e responsabilidade civil. Isso abriu caminho para a profunda mudança que se veio a verificar posteriormente, quando o direito

67 Stefano Rodotà. *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 314.

de propriedade deixou de ser apreciado na sua estrutura para ser considerado na sua função social, do que um dos melhores exemplos são as limitações impostas ao direito de propriedade por um novo direito, o direito do ambiente, que visa garantir proteger a vida em todas as suas manifestações.