

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

JOSÉ RODRIGUES ARIMATÉA

AS TERRAS DEVOLUTAS NO BRASIL
ORIGEM, REGIME JURÍDICO E FINALIDADE

Tese no âmbito do doutoramento em Direito, Direito Público,
orientada pela Professora Doutora ANA RAQUEL GONÇALVES
MONIZ, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

Março de 2023

Dedicatória

Aos meus pais, aos quais devo a minha existência;

Aos meus filhos, aos quais dedico a minha luta.

Agradecimentos

Uma tese de doutoramento é, necessariamente, um trabalho elaborado por muitas mãos, incluindo as mãos invisíveis daqueles grandes professores que já se foram para a eternidade e as mãos visíveis dos grandes professores que forjam a nossa realidade.

Porém, de forma particular, agradeço:

Ao Professor Doutor JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, responsável pela condução do curso, cuja dedicação, bondade e cortesia não poderiam passar despercebidas;

À Professora Doutora ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, nossa orientadora, pela paciência com as nossas impertinências e disponibilidade em nos apontar o caminho da sabedoria jurídica;

À Professora Doutora SUZANA TAVARES DA SILVA, que em tudo esteve presente, da recepção à despedida, com uma alma de bondade inigualável;

Ao Professor Doutor JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, que transpôs os limites da docência académica, para tornar-se um grande amigo;

Aos meus colegas, pela alegria que me propiciaram na velha e sempre nova Coimbra.

Coimbra,

*“Não te esqueças de mim, que desvendaste
A calma ao meu olhar ermo de paz
Nem te ausentes de mim quando se gaste
Em ti esse carinho em que te esvais”*

(Vinicius de Moraes)

ARIMATÉA, J. R. **As terras devolutas no Brasil: origem, regime jurídico e finalidade.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 2022. Tese (Doutorado – área de concentração: Sustentabilidade, pobreza e Estado social). Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz.

RESUMO

O estudo dos bens devolutos começa com o exame da evolução histórica dos bens públicos e da propriedade, de um modo geral, indispensáveis à compreensão da formação do sistema fundiário do Brasil, vista a partir do direito romano, com as adaptações evolutivas daqueles bens no direito visigótico. A distinção entre os bens públicos e os bens privados é de relevância para a taxonomia dos bens devolutos, que chegam ao Brasil com as monarquias ibéricas, notadamente com a monarquia portuguesa. De Portugal, a transposição para a nova colônia foi efetuada com a observância das peculiaridades locais, ditando os fundamentos do direito brasileiro após a proclamação da Independência política. A matéria é examinada em todas as Constituições Brasileiras, assim como do ponto de vista do domínio público, visando esclarecer a sua natureza jurídica, se é pública ou privada, ou se não se enquadra em nenhuma dessas taxonomias. O conteúdo do direito de propriedade é examinado com a finalidade de dar suporte científico à classificação proposta, bem como as terras públicas e as terras protegidas, com o escopo de esclarecer o equívoco da classificação doutrinária das terras devolutas como sendo terras de propriedade pública. A justificativa jusfilosófica do domínio público, *latu sensu*, sobre as terras devolutas, com o objetivo de implantar um sistema agrário e fazer a sua reforma, quando necessária, o que se traduz em objetivos do próprio Direito e do Estado Social, quais sejam, a justiça, a finalidade e a segurança, preservando o homem, a sua dignidade e o seu ambiente.

PALAVRAS CHAVES: Bens públicos. Bens privados. Terras devolutas. Classificação das terras devolutas. Reservas ambientais. Terras indígenas.

ARIMATEA, J.R. **The vacant lands in Brazil: origin, legal regime and purpose.** Coimbra: University of Coimbra, 2022. Thesis (Doctorate - area of concentration: Sustainability, poverty and the welfare state). Advisor: Professor Ana Raquel Gonçalves Moniz.

ABSTRACT

The study of vacant goods begins with an examination of the historical evolution of public goods and property, in general, indispensable to understanding the formation of the land system in Brazil, seen from Roman law, with the evolutionary adaptations of those goods in Visigothic law. The distinction between public goods and private goods is exclusive to the taxonomy of vacant goods, which arrived in Brazil with the Iberian monarchies, notably with the Portuguese monarchy. From Portugal, the transposition to the new colony was carried out with the observance of local peculiarities, dictating the foundations of Brazilian law after the proclamation of political independence. The matter is examined in all Brazilian Constitutions, as well as from the point of view of the public domain, specifying its legal nature, whether it is public or private, or whether it does not fit into any of these taxonomies. The content of the property right is examined with good scientific support for the proposed classification, as well as public lands and protected lands, with the scope to clarify the misunderstanding of the doctrinal classification of vacant lands as owned lands. The jus-philosophical justification of the public domain, *latu sensu*, on vacant lands, with the objective of implementing an agrarian system and reforming it, when necessary, which translates into objectives of the Law and the Social State, that is, the justice, high and security, preserving man, his dignity and his environment.

KEYWORDS: Public goods. Private goods. Vacant lands. Classification of vacant lands. Environmental reserves. Indigenous lands.

ÍNDICE

RESUMO	5
LISTA DE FIGURAS.....	12
INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I.....	30
EVOLUÇÃO DOS BENS PÚBLICOS.....	30
1. OS BENS ENTRE OS GREGOS ANTIGOS.....	30
2. OS BENS PÚBLICOS NO DIREITO ROMANO – O <i>AGER PUBLICUS</i> E SUA EVOLUÇÃO	35
3. INDÍCIOS DE TERRAS DEVOLUTAS ENTRE OS BENS PÚBLICOS NO REGIME DOS BÁRBAROS VISIGODOS – A SEMENTE DA DISTINÇÃO ENTRE BENS PÚBLICOS ESTATAIS E NÃO ESTATAIS NA CULTURA JURÍDICA LUSÓFONA.....	72
4. OS BENS NAS MONARQUIAS IBÉRICAS	76
4.1. A FORMAÇÃO DAS MONARQUIAS IBÉRICAS	77
4.2. A FORMAÇÃO FUNDIÁRIA NA PENÍNSULA IBÉRICA.....	83
4.2.1. A expansão ultramarina como necessidade econômica da Monarquia Portuguesa.	91
4.2.2. As Propriedades Senhoriais na Europa e em Portugal.....	94
4.2.3. As propriedades episcopais na Europa, em Portugal e sua transposição para o Brasil.....	97
5. OS BENS PÚBLICOS NO DIREITO PORTUGUÊS, NO PERÍODO ANTERIOR À INDEPENDÊNCIA DO BRASIL.	104
5.1. A DISCIPLINA JURÍDICA DOS BENS DO DIREITO ROMANO APLICADA À PENÍNSULA IBÉRICA.....	104
5.2. OS BENS DO DIREITO GERMÂNICO APLICADO À PENÍNSULA IBÉRICA	109
5.3. OS BENS PÚBLICOS DURANTE A OCUPAÇÃO SARRACENA.....	115
CAPÍTULO II.....	130
OS BENS PÚBLICOS E AS TERRAS DEVOLUTAS NA FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	130
1. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL BRASILEIRA DE 1824.....	165

2. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891.....	176
3. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934.....	188
4. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1937.....	195
5. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1946.....	199
6. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1967.....	204
7. AS TERRAS DEVOLUTAS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988.....	212
CAPÍTULO III	215
O DOMÍNIO PÚBLICO, O DOMÍNIO PRIVADO E AS TERRAS DEVOLUTAS.	215
1. A FORMAÇÃO JURÍDICA DO DOMÍNIO E O DOMÍNIO PÚBLICO	215
1.1. DEFINIÇÃO E CONCEITO.	233
1.2. DOMÍNIO PÚBLICO EM SENTIDO AMPLO	260
1.3. DOMÍNIO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO	264
2. O DOMÍNIO PÚBLICO COMO SOBERANIA E COMO DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE OS BENS	269
2.1. O DOMÍNIO EMINENTE	271
2.2. O DOMÍNIO PATRIMONIAL.....	273
3. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DOMÍNIO	275
3.1. O USO.....	280
3.1.1. As formas de transferência de uso do bem público no direito brasileiro.	293
3.1.2. A transferência de uso do bem de domínio público ao particular no direito português.	299
3.1.3. A transferência de uso do bem de domínio público no direito europeu comparado.	301
3.2. O GOZO.....	305
3.3. A DISPOSIÇÃO	309
3.3.1 Os bens de domínio estritamente público	317

3.3.2	Os bens de domínio privado disponíveis	319
3.3.3	Os bens de domínio privado indisponíveis	321
3.4.	A REIVINDICAÇÃO.....	322
4.	A DISTINÇÃO ENTRE O DOMÍNIO PÚBLICO E O DOMÍNIO PRIVADO	323
5.	A DEFINIÇÃO E A TAXONOMIA DOS BENS PÚBLICOS	326
5.1.	BENS PÚBLICOS QUANTO À SUA DESTINAÇÃO	327
5.1.1.	Bens de uso comum do povo	327
5.1.2.	Bens de uso especial.....	328
5.1.3.	Bens dominicais ou dominiais	328
5.2.	BENS PÚBLICOS QUANTO AO DOMÍNIO	329
5.2.1.	Bens próprios	329
5.2.2.	Bens devolutos.....	330
5.3.	BENS PÚBLICOS QUANTO À TITULARIDADE DO DOMÍNIO	331
5.3.1.	Bens públicos da União	331
5.3.1.1	Aqueles que já lhe pertenciam na época da promulgação da Constituição.....	332
5.3.1.2.	As terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.....	332
5.3.1.3.	Os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos sob seu domínio, ou que banhe mais de um estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias pluviais.....	336
5.3.1.4.	As ilhas pluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países, as praias marítimas, as ilhas oceânicas e as costeiras; excluídas, destas, as que contenham a sede de municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as áreas que não estiverem na exceção do artigo 26, inciso II.	339
5.3.1.5.	Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.....	343
5.3.1.6.	O mar territorial.	344
5.3.1.7.	Os terrenos de marinha e seus acrescidos.....	346

5.3.1.8. Os potenciais de energia hidráulica.	347
5.3.1.9. Os recursos minerais, inclusive os do subsolo.	349
5.3.1.10. As cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos.....	350
5.3.1.11. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.....	351
5.3.2. Bens públicos dos Estados.....	356
5.3.3. Bens públicos dos Municípios.....	358
5.3.4. Bens públicos autárquicos.....	358
5.4. BENS PÚBLICOS QUANTO À POSSE.....	359
5.4.1. Bens afetados à prestação de serviços diretamente pelo Estado..	361
5.4.2. Posse cedida a particulares por meio de autorização de uso, permissão ou concessão de uso para fins públicos.....	362
5.4.2.1 A precariedade e a estabilidade da cessão de uso privativo do bem público ao particular.....	378
5.4.2.2 Fundamento de regência da cessão de bens públicos aos particulares.....	383
5.4.2.3 O conteúdo jurídico da cessão do bem público ao particular.....	386
5.4.2.4 Natureza real e obrigacional do uso privativo dos bens públicos por particulares.....	387
CAPÍTULO IV	397
DAS TERRAS DEVOLUTAS.....	397
INTRODUÇÃO	397
1. DEFINIÇÃO.....	398
2. A DISTINÇÃO ENTRE TERRAS DEVOLUTAS E TERRAS PÚBLICAS	407
2.1. A prática discursiva dos Tribunais sobre a matéria.	411
3. DAS TERRAS DEVOLUTAS	417
3.1. Precedentes.....	417
3.2. A coexistência das sesmarias com o sistema de capitânias.	419
3.4. Formação agrária e reforma agrária.....	422
4. CARACTERÍSTICAS DAS TERRAS DEVOLUTAS NO BRASIL	426
5. ESPÉCIES DE TERRAS DEVOLUTAS	427
5.1. As terras devolutas rurais.....	428
5.2. As terras devolutas urbanas.	429

5.3. As terras devolutas da faixa de fronteira.....	429
6. AS TERRAS DEVOLUTAS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988.....	432
7. AS TERRAS DEVOLUTAS SEM DESTINAÇÃO ESPECÍFICA	433
8. A FUNÇÃO SOCIAL DAS TERRAS DEVOLUTAS.....	436
8.1. A COLONIZAÇÃO E OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO	442
8.2. A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O APROVEITAMENTO ECONÔMICO DA OCUPAÇÃO FAMILIAR.....	444
8.3. O ASSENTAMENTO E A REGULARIZAÇÃO DE TERRAS DEVOLUTAS URBANAS	449
9. DA DISTINÇÃO ENTRE TERRAS PÚBLICAS PROTEGIDAS E TERRAS DEVOLUTAS.....	456
9.1. As terras indígenas.....	456
9.2. A plataforma continental.....	462
9.3. As reservas ambientais.....	471
9.4. As ilhas marítimas.....	486
CAPÍTULO V.....	490
A FINALIDADE DO DOMÍNIO PÚBLICO SOBRE AS TERRAS DEVOLUTAS	490
1. A FINALIDADE JUSFILOSÓFICA DO DOMÍNIO PÚBLICO SOBRE BENS DEVOLUTOS	495
1.1. O DOMÍNIO ESTATAL COMO NECESSIDADE DE REORDENAMENTO DO TERRITÓRIO.....	502
1.2. A IMPOSIÇÃO JURÍDICA DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.....	503
1.3. O DOMÍNIO ESTATAL COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DAS COMUNIDADES ÉTNICAS	514
2. A CRESCENTE URBANIZAÇÃO DA POPULAÇÃO NÃO ATENDIDA PELA LEI N.º 4.504/64.....	518
CONCLUSÃO.....	522
BIBLIOGRAFIA	547

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	160
Figura 2.....	245

INTRODUÇÃO

As terras devolutas no Brasil se constituem numa matéria cuja definição incomoda o meio acadêmico jurídico, dada a sua colocação numa posição intermediária entre o direito público e o direito privado. Em determinados momentos, como um ícone na formação da linguagem jurídica, a face do problema se apresenta com a nítida feição de um bem de propriedade pública. Porém, ao dele se aproximar, verá o jurista que se trata de um índice sem definição no meio acadêmico.

Para uma correta colocação ontológica desse *ser* conhecido, mas de natureza indefinida, torna-se necessário examinar a origem do domínio público e do domínio privado, apontando onde seus elementos primordiais se aproximam e onde se afastam. Assim como nos elementos primordiais de Empédocles de Agrigento, faz-se necessário verificar se a aproximação das terras devolutas com o domínio público faz criar uma definição com maior inclinação para o direito público ou se a sua aproximação com o domínio privado lhe transfigura a feição para o direito privado.

A resposta satisfatória às questões dantes suscitadas só pode ser obtida depois de uma longa e exaustiva mineração na

história dos bens públicos e privados. Na direção escavada, um veio diferente se apresenta ao exame do garimpeiro da ciência jurídica, levando-o a indagar se existe um direito público das coisas e qual seria a delimitação conceitual desse veio.

A incursão nos dois grandes ramos do direito é necessária, pois, a definição jurídica, assim como o conceito de bem devoluto, móvel ou imóvel, só será obtida por exclusão. É uma terceira espécie que emerge entre os dois grandes ramos do direito e, por vezes, os precede, especialmente quando é anterior à formação fundiária de um determinado país. Para que haja a exclusão da terceira espécie, é necessário examinar as outras duas, sob o risco de afrontar os princípios da lógica jurídica e incorrer em falha metodológica imperdoável.

O direito não surgiu fracionado em dois ramos, mas sim de forma unitária, não se permitindo distinguir, se não pelo exame do todo, cada um dos seus dois grandes ramos atualmente conhecidos, ou seja, o direito privado e o direito público. É certo que, do ponto de vista da dialética, havendo oposição entre os dois ramos do Direito já mencionados, haverá uma síntese, mas esta não os extingue, figurando-se então apenas como modo de interpretação de cada um deles. No caso da precedência das terras devolutas à formação territorial de um país, não poderia haver uma síntese, pois lhe faltariam a tese e a antítese. Examinar a matéria sob o ângulo exclusivo de qualquer um daqueles ramos é vê-la com um olhar ciclópico, embora científico sob o ponto de vista da forma. O que se pretende é chegar ao terceiro excluído ou à matéria que não se ajusta a nenhum dos dois ramos do Direito e saber por que isso acontece.

Em todos os ordenamentos jurídicos escorados no sistema *civil law*, não se pode deixar ao largo o fundamento filosófico do direito entre os gregos antigos e a prática histórica do direito entre os romanos antigos. A necessidade do exame filosófico é epistemológica, pois Platão, em seu mais longo diálogo (*As leis*), deixa evidente a existência de um direito público em sua época, tratando exatamente da terra e da sua distribuição, quando afirma que “*a maioria dos gregos podem fazer vir seu alimento tanto da terra quanto do mar, o que não acontecerá com nosso povo, que só poderá obtê-lo da terra. Isto torna a tarefa do legislador mais fácil, pois bastará a metade, ou menos, de leis, além da vantagem de que as leis se enquadrarão melhor aos homens livres. Entenda-se que o legislador de nosso Estado será majoritariamente livre de negócios marítimos, operações mercantis, problemas de alojamentos e estalajarias, questões de tributos alfandegários, questões financeiras envolvendo juros, empréstimos, usura e mil outras matérias de feitio semelhante; poderá dizer adeus a tudo isso e legislar para fazendeiros e agricultores, pastores apicultores e a respeito dos instrumentos utilizados nessa ocupação*”¹. O Pensador grego parte do fim para o princípio, atribuindo à terra a finalidade de produzir alimentos. A questão já era objeto de uma preocupação finalística há vinte e cinco séculos e, curiosamente, um dos objetivos do nosso trabalho é verificar, na atualidade, a razão da manutenção de um estoque de terras improdutivas por parte do Estado e qual o regime jurídico dessas terras.

Não se espante o jurista com a aparente contradição, que é só aparente, pois o direito romano, em razão de seu espírito prático, parte da experiência jurídica, que é sempre singular, para

¹ PLATÃO. *As Leis*. Tradução de Edson Bini. Bauru (SP): EDIPRO, 1999, p. 343-344.

a arte do direito, que é universal, enquanto que o pensamento grego parte da ciência, que percorre o caminho inverso, do gênero para a espécie, ou seja, do universal para o singular. Os antigos romanistas já se lembravam do pensamento grego, pois em Roma o pensamento abstrato foi abraçado com entusiasmo por Cícero, aplicando-o desde logo ao Direito, contribuindo para a sua expansão:

Em Roma, a filosofia helênica achou logo um adepto fervoroso no divino Cícero, vulgarizador de grande talento, espírito fecundo, servindo por palavra encantadora e empolgante. Aplicar as ideias filosóficas da Grécia ao serviço do Direito, foi, em Roma, obra de um momento. O conceito do Jus Gentium já era acanhado, teve de alargar-se, perder o caráter político internacional, para assumir o de regra aplicável a todos os animais que nascem no ar, na terra e no mar, saindo daqui a criação do Jus Naturale, determinando a terceira fase das ideias jurídicas. A partir deste novo conceito filosófico do Direito, assombrosa foi a cooperação de homens notáveis no trabalho hercúleo da formação definitivamente científica do belo monumento. De Labeo até Modestinus, num período de 264 anos, o pensamento jurídico de Roma tomou proporções gigantescas e pode dizer-se que não há em toda história da humanidade maior grandeza intelectual de um povo do que a que chegaram os romanos durante esse período².

Note-se que a experiência jurídica dos romanos caminha para a sua universalização, quando então teremos o direito-arte. Já os gregos partiram do pensamento universal para o pensamento

² LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano: história sujeito e objeto do direito – instituições jurídicas*. Brasília: Gráfica do Senado Federal – Conselho Editorial, 2006, p. 29.

singular, aglutinando no direito-ciência o pensamento jurídico abstrato.

Por isso, iniciaremos nossas investigações acerca das terras devolutas pela singularidade da experiência histórica do direito romano, mas, necessariamente, entraremos na arte do direito, que é a universalização daquela experiência, etiquetada como sistema jurídico *civil law*. A abordagem da história, notadamente do direito romano, não é mera prolixidade, mas sim uma necessidade metodológica, pois ali começa a distinção constatada por Leibniz³, entre a história interna do Direito, que viria a se tornar o direito privado, e a história externa do Direito, que se tornaria o direito público. O *ager publicus* já nos parece uma evidência disso.

Nesse percurso, o exame, ainda que superficial, da formação histórica do direito português é incontornável, pois, sem ele, não haveria o direito brasileiro, em cujo âmbito se insere as terras devolutas.

Parece não haver dificuldade em observar que a terra é um *dado*, pois provém da própria natureza, enquanto que o seu regime jurídico é *construído* pela cultura dos povos. Nessa linha, o domínio público ou privado é uma construção da experiência jurídica, universalizando-se na arte dos juristas e estes não prescindem do exame histórico do seu objeto de raciocínio.

Na formação do direito brasileiro, assim como numa relação evolucionista, primeiro aparece o direito português e, como

³ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Sämtliche Schriften und Briefe herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*. Darmstadt: Otto Reichl Verlag, 1933, p. 29-40.

numa divisão positiva⁴, aquela que divide o gênero em duas espécies constituintes, com a independência política, surge o direito brasileiro, ainda monárquico, com peculiaridades locais, mas trazendo consigo a essência do ordenamento jurídico lusitano vigente no século XIX. As espécies, que são os ordenamentos jurídicos português e brasileiro atuais, não extinguiu nenhum dos dois ordenamentos anteriores, conservando, porém, no seu âmago a interrelação de ambos.

No início, o direito brasileiro se desenvolveu no contexto do liberalismo clássico, sofrendo as influências irradiadas pela Revolução Francesa e pela Independência dos Estados Unidos da América, ocorridas no final do século XVIII. Sem mudar a sua essência, o positivismo jurídico foi recepcionado com efusivos aplausos, mas sofrendo a oposição do socialismo europeu, em voga no final do século XIX e durante todo o Século XX, até alcançar um equilíbrio no juízo decorrente das ideias de um Estado Social Liberal. As terras devolutas, como parte do sistema fundiário brasileiro, não deixaram de refletir as tensões do novo tempo, tornando-se, em alguns casos, objeto de conflitos individuais.

Na dinâmica jurídica da humanidade, ou *nomodinâmica*, com início consensualmente assinalado no direito romano, a ciência jurídica é uma eterna construção, cujo espírito se adapta a uma nova realidade, enquanto, ao mesmo tempo a modifica, idealizando o futuro como se fosse um eterno devir. Seu método, porém, é resistente ao tempo, como se este fosse uma imortal e fixa ilusão, característica da *nomostática*. Aliás, na citação que fizemos sobre o diálogo “*As leis*”, de Platão, afloram a origem sagrada do

⁴ JOSEPH, Miriam. *O Trivium*. Tradução Henrique Paul Dmyterko. São Paulo: É Realizações Editora, 2008, p. 121.

nomos e, como tal, a sua estática, ressuscitando para o mundo jurídico o pensamento da imutabilidade e da identidade absoluta de Parmênides⁵.

Parece inútil a abordagem entre estática e dinâmica jurídica, mas não é, pois a estática determina uma identidade absoluta e, como tal imutável, de um determinado conceito atribuído a um instituto jurídico, enquanto que a dinâmica não permite a fixação da identidade de um conceito atribuído a um instituto jurídico, pois à maneira de Heráclito⁶, tudo flui.

Resta saber se a dinâmica jurídica (*nomodinâmica*) refletiu nos bens devolutos, de modo a permitir o exame da sua natureza e a essência de eventuais modificações. Há um evidente conflito entre uma corrente social evolucionista, que pretende a destinação econômica da terra devoluta, e outra corrente social, de índole preservacionista, que se escora na indispensabilidade de um ambiente sadio para as gerações futuras. Há uma tensão entre o real e o ideal, o que torna imprevisível a síntese vindoura. É nessa síntese que se insere a nossa contribuição científica.

No seio da ciência do Direito, mais especificamente no campo do direito administrativo, há juristas de peso defendendo o domínio público como um meio de realização da justiça coletiva, enquanto outros se insurgem contra essa orientação do pensamento jurídico, mas é possível notar que são caminhos diversos trilhados na busca do mesmo ideal.

A busca pela justiça, como um ideal e como ilusão, leva o direito, como uma realidade em constante mutação, a se adaptar

⁵ KRASTANOV, Stefan Vasilev. *História da Filosofia antiga*. Batatais (SP): Claretiano, 2013, p. 66-71.

⁶ Ibid, p. 54-58.

e buscar uma maior proximidade com o ideal da justiça, pois o perfeito ajuste, historicamente, ainda não se verificou, embora a esperança, como que numa analogia em busca de igualar as áreas do quadrado e do círculo, ainda persista na sua poética ilusão.

Na persecução do ideal, depara-se o homem com a escassez dos recursos naturais, o que condiciona a sua cultura, inclusive a sua experiência jurídica, à qual se amolda o direito, porém superando-a para se alçar à qualidade de ciência. Nessa linha, o estudo do direito romano é de singular importância, mas no seu bojo, é indispensável o estudo da propriedade dos bens e, a partir dela, examinar a evolução da ocupação e apropriação do espaço territorial e dos bens móveis, de onde emerge a figura jurídica dos bens devolutos, comportando justificadas indagações científicas, tais como a sua colocação no campo de estudos da ciência do Direito.

Tratando-se de bens que são definidos e conceituados por exclusão, é necessário examinar o elenco dos bens privados e o elenco dos bens públicos, para só então, certificando-se da inexistência de definições e conceitos sobre tais bens, partir para o apontamento das definições e dos conceitos, não se olvidando que nestes estarão todos os elementos das definições encontradas. Não é possível abordar os bens devolutos num terceiro elenco de bens, pois este inexistente na cultura jurídica ocidental. É uma procura intelectual cuja finalidade é certificar-se daquilo que não é privado e nem público, mas que existe na realidade.

Para o intelecto ocidental, uma coisa só pode ser pensada ou conhecida, independentemente de qual seja a sua natureza ou forma, se examinada sob a ótica constante e permanente da sua identidade. Não se admite como é cediço, que

alguma coisa possa ser e não ser ao mesmo tempo. Os bens devolutos, especialmente as terras devolutas, se comportam como o terceiro excluído⁷, pois não são públicos e nem privados. Para se chegar à conclusão de que se trata de um terceiro excluído, é necessário examinar os outros dois elencos na profundidade e no ponto em que possa haver algum contato.

Os dois elencos não excluídos são os elencos dos bens privados e dos bens públicos, que, para a Ciência do Direito, nascem da mesma fonte histórica, ou seja, do direito romano. Ocorre que a fonte histórica também tem as suas causas materiais⁸, normalmente fatos sociais que lhe deram impulso, as suas causas formais, eternizadas pelas normas jurídicas solidificadas, e as suas causas finais, determinadas pelos sistemas políticos de cada época. A eficiência causal dos juristas e o zelo dos historiadores é que nos permitem o exame dos bens públicos e privados para, ao final, testilhar o terceiro que foi excluído.

A frase *terra devoluta* é um símbolo criado para representar uma realidade jurídica que não é a mesma em todos os países, apresentando-se mesmo como estranha na maioria deles. O que irá diferir o *termo* terras devolutas do seu *conceito* é a dinâmica daquele, que varia ao longo do tempo. É um *ens communicationis*, enquanto que o conceito, por representar uma realidade, é um *ens mentis*. Como o conceito de terras devolutas só pode ser obtido por exclusão, é ainda uma ideia em trânsito e, portanto, um *termo*, no sentido preciso da lógica jurídica. A terra devoluta é um termo privativo (no sentido de privação), ou seja, é um termo negativo,

⁷ LISBOA, Marcos José Alves. *Lógica I*. Batatais (SP): Claretiano, 2013, p. 37-38.

⁸ BOTELHO, Osmar Severino. *História da Filosofia Moderna I*. Batatais (SP): Claretiano, 2013, p. 162.

que expressa a privação de uma característica pública ou privada, consistente no uso, que deveria estar presente na sua natureza, mas não está.

De outro lado, tomando a expressão *terra devoluta* com um termo privativo, não há outro caminho lógico⁹⁹ senão entendê-lo com relação aos outros dois termos relativos, que, por óbvio, com ele se relacionam, ou seja, os bens privados e os bens públicos. É do ponto de vista da construção da lógica jurídica um termo empírico negativo, pois expressa ausência de característica pública ou privada, carecendo de uma representação correta da realidade *ens mentis* para tornar-se um conceito. Entre as dez conhecidas categorias dos termos, trata-se de um termo de qualidade e categoricamente diferente, o que justifica o exame dos bens públicos e dos bens privados, sem o preconceito próprio de nenhum deles. É necessário saber a extensão do termo terras devolutas, assim como a sua intenção, pois, como é cediço, quando colocada na Árvore de Porfírio, a relação entre a extensão e a intensão do termo é inversamente proporcional. Quanto maior a extensão que se dê ao termo *terras devolutas*, menor será a intensidade dos poderes sobre elas.

Não se perca de vista que uma definição lógica denota o que há de essencial da espécie em relação ao seu gênero mais próximo, quais sejam os bens privados e os bens públicos. O termo *terras devolutas não é summus genus*, mas também não é *infima species*. A comparação relacional é indispensável em casos tais.

A Ciência, qualquer que seja ela, divide seu objeto para estudar e conhecer, o que não é diferente com a Ciência do Direito.

⁹⁹ JOSEPH, Miriam. *O Trivium*. 12.^a ed. São Paulo: É Realizações Editora, 2008, p. 103-113.

O gênero *bens* fratura-se em duas grandes espécies, os bens privados e os bens públicos e, dentro de cada uma delas há bens cujo estudo é necessário para excluir as hipóteses falsificantes e isso se baseia na forma dada pelos juristas à matéria.

Portanto, não pode haver prévios conceitos, mas sim perplexidade em cada momento do exame dos bens privados e dos bens públicos.

Como surgiu a apropriação dos bens, se coletiva ou privada, e qual a disciplina jurídica que lhe foi dada na cultura romana e romanística do passado? Na mesma época, entre os gregos antigos, como foi que ocorreu a abordagem da mesma matéria? É uma questão milenar e a resposta está em constante mutação, assim como muda o olhar do jurista contemporâneo para o próprio passado de sua arte e de sua ciência. Antes do estudo do domínio, em qualquer das suas adjetivações, é necessário abordar as coisas que são seu objeto. A terra devoluta é destinada à constituição do domínio público ou do domínio privado?

O que seria o domínio e quais as consequências da sua divisão em público e privado? O resultado da divisão conserva a essência do conceito dividido? É possível haver ampliação ou restrição do conceito sem prejudicar a sua essência? O que é o domínio privado e o que é o domínio público? Como surgiram?

Os bens devolutos, especialmente as terras devolutas rurais e urbanas, despertam um imensurável interesse científico, diante da demanda pelo espaço territorial, seja para fins de exploração econômica ou para fins habitacionais e, nesse contexto, qual seria o seu regime jurídico? A qual ramo da Ciência do Direito estaria afeto o seu estudo?

Existem bens de domínio público, de natureza imóvel, que não se destinam à constituição de propriedade privada, pois são insusceptíveis de apropriação particular, como é o caso do ar atmosférico e das águas marítimas e fluviais. Qual a qualificação jurídica desses bens? São devolutos ou de propriedade pública? Não se pode perder de vista que são bens essenciais à vida humana e, genuinamente, de interesse de toda a coletividade, ainda que, individualmente, as pessoas deixem de refletir sobre a indispensabilidade de tais bens, ao jurista não é lícito deixar de examinar a relação dialética entre o homem e seu ambiente e entre aquele mesmo homem e os bens que lhe são essenciais. Não significa fugir do objeto da investigação, mas sim de entrar no seu âmago e examinar a sua identidade ou as suas contradições internas, se houver.

Nos últimos dois séculos, o Direito, sem abandonar suas raízes romanas, mas influenciado pelo pensamento filosófico moderno e contemporâneo e pelo conhecimento científico, sofreu uma mutação evolutiva de ímpar relevância, exigindo de seus cultores uma visão interdisciplinar, o que os conduz às indagações de natureza filosófica, sociológica, antropológica e política. Nessa linha, o “*Ser aí*” (*Dasein*), de Martin Heidegger¹⁰, não pode ser deixado de lado, examinando-se os bens na sua relação com o homem, com a Sociedade e com a estrutura política estatal, de forma integral, resultando dessa interação de normas jurídicas compatíveis com os anseios sociais, um avanço do outrora sagrado *nomos*¹¹, que adquire uma natureza utilitária em favor do homem. O

¹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis (RJ): Vozes, 2002, p. 16.

¹¹ VILLEY, Miche. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, p.17.

embate é oculto relacional e, por isso, precisa ser clarificado e normatizado, de acordo com os anseios sociais.

A estrutura fundiária de um País deve acompanhar as expectativas sociais, não se descuidando, porém, dos direitos fundamentais resultantes da evolução histórica e cultural de sua gente. No contexto cabe a indagação sobre a distinção entre colonização e reforma agrária, apontando as justificativas de uma e de outra.

O Direito deve fixar juridicamente o que *deve ser*, mas este *dever-ser* é definido politicamente, com base nos fatos sociais e nos valores humanos consagrados ao nível de princípios jurídicos, o que conduz à indagação sobre a justificativa da Sociologia Jurídica para a mudança da estrutura fundiária, ou da necessidade dela, e dos critérios de repartição de bens existentes em determinado espaço territorial.

A terra é um meio de produção de recursos econômicos sustentáveis, o que, por si, já demonstra a sua relevância, mas não é a sua propriedade, em si, o seu aspecto jurídico mais importante, mas sim as relações jurídicas que sobre ela se concretizam. No Feudalismo, a terra era o principal instrumento de exploração de quem dela dependia para viver, o que a estigmatizou perante os pensamentos futuros. Após a Revolução Francesa, a terra continuou tendo a sua importância, porém, o poder econômico dela se deslocou para se concentrar no capital e, diante da mecanização da produção, modificaram-se as relações trabalhistas, de modo que a relação desfavorável ao trabalhador vai ficando cada dia mais distante da realidade. Embora o homem esteja sendo cada dia mais afastado da terra, enquanto bem de produção, de outro lado, a mecanização de tarefas repetitivas e o desenvolvimento de

máquinas e instrumentos precisos fazem aumentar exponencialmente a produção agrícola em um mesmo espaço territorial.

A evolução social e econômica de um país, como é regra na evolução nomística, faz com que seu direito interno adquira nova dinâmica para acompanhar e disciplinar valorativamente as novas atividades. Nos marcos dessa dinâmica está sempre presente a indagação: os homens foram criados para o Estado ou os Estados foram criados para os homens? A resposta nos parece agostiniana, pois nada pode tornar feliz o Estado, sem tornar feliz o indivíduo. A questão está aqui testilhada, pois a relação entre indivíduos nos conduz à ideia de uma justiça comutativa, um valor em si mesma, onde figuram apenas dois polos. É o campo das relações privadas, onde a interferência do Estado é apenas de coordenação. Nesse campo, a vontade declarada é de relevância ímpar, dentro dos limites coordenadores previamente estabelecidos. Trata-se com igualdade os iguais e o fim dessa relação apenas a eles interessa.

De outro lado, quando nos voltamos para os valores da justiça distributiva, e a atividade do Estado na preservação do meio ambiente, na colonização e na reforma agrária, quando for o caso, é uma atividade distributiva, os polos da relação já não são mais somente dois e sim, no mínimo três polos, pois se trata de uma relação de subordinação. A finalidade não é o interesse de apenas dois indivíduos ou de apenas dois grupos de indivíduos. O fim da justiça distributiva é a totalidade dos indivíduos de um determinado Estado. O Direito se subordina a esse fim (*Zweckmässigkeit*). É o campo onde se trata com desigualdade os desiguais, mas os valores éticos, lógicos, estéticos e econômicos adquirem especial relevância e não podem ser contornados.

Um ponto importante a ser considerado, pois não o foi no período da colonização, é que as terras brasileiras, embora não tivessem núcleos urbanos no sentido europeu do termo, já eram habitadas e aqueles primitivos habitantes, agora cidadãos brasileiros, ainda existem e carecem da proteção estatal, notadamente no campo da justiça distributiva. Resta saber se as terras a eles reservadas são públicas, privadas ou devolutas.

É no âmbito da justiça distributiva que se assentam os bens devolutos, especialmente as terras devolutas, e só ao Estado incumbe distribuí-los aos administrados, respeitando os valores já transpostos para o ordenamento jurídico, especialmente do direito administrativo, na forma de princípios jurídicos. Não se trata de novidade, pois a tarefa distributiva, como se verá, já estava na origem da colonização das terras brasileiras, mas com as limitações culturais da época.

O bem comum, a ser perseguido pelo Estado, nada mais é que a dignidade do homem que ocupa o seu espaço territorial, cuja associação primitiva, na forma de um presumido contrato social, foi construída com essa finalidade. Surge então a indagação se os valores informadores e determinantes dessa associação, por serem humanos e diante de uma nova realidade, podem ser modificados. É como se fosse uma cláusula nesse primitivo contrato associativo, sobre o qual se encontra apoiada a estrutura jurídica fundiária. Vale lembrar, a propósito, a preciosa lição de Miguel Reale:

Por serem referidos, por estarem sempre em relação com o homem, com o sujeito humano em sua universalidade, é que dizemos que a objetividade dos valores é relativa, que é uma objetividade in fieri na tela da História, mas não lhes falta

*imperatividade ética, desde que se considere a totalidade do processo estimativo que se confunde com o espírito humano, revelando-se em si mesmo e em suas obras, pois, como observa Brightman, não há valores que possam ser apreciados plenamente sem se levar em conta todos os demais, a experiência pessoal e coletiva*¹².

A disciplina jurídica das terras devolutas, como integrante da estrutura jurídica fundiária, deve refletir, necessariamente, aqueles valores fundamentais? É necessário saber se a hierarquia jurídica desses valores contempla a disciplina jurídica atual daqueles bens.

Não resta dúvida que os fundamentos constitucionais já consagram os valores necessários à vida do homem em sociedade, mas é necessário examinar, no campo da dogmática jurídica, a forma como isso é feito. Por se tratar de uma ciência dogmática, cujo ponto de partida não pode ser negado, e este é o direito romano, o exame da matéria deve começar pelo estudo da ocupação da terra pelos romanos antigos. A natureza conquistadora e expansiva dos romanos os levou à Península Ibérica e, especificamente a Portugal e, com eles, o direito que lhes era próprio. A expansão ultramarina lusitana fez com que o sistema jurídico romano lançasse raízes em terras brasileiras, onde vegeta e floresce a cada geração de juristas.

Da forma como vistas no Brasil, as terras devolutas estão na própria raiz existencial do País, pois foram distribuídas aos colonos no processo da ocupação portuguesa do território descoberto.

¹² *Filosofia do Direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 205.

Aliás, de forma paradoxal, as terras devolutas estão na raiz, no cerne da construção política e jurídica da nacionalidade e, decorrido mais de meio milênio, se colocam também no topo do salto produtivo de alimentos, na importância da preservação ambiental, na importância da preservação das comunidades indígenas e na necessidade do seu aproveitamento para fins habitacionais e de ocupação de parte do território ainda não ocupado. Pela extensão vista, são fenômenos que não podem passar ao largo das preocupações acadêmicas, especialmente no campo do Direito.

Não é possível, nessa altura da civilização ocidental, tratar das terras devolutas no Brasil sem examinar a natureza jurídica das terras constitucionalmente destinadas aos indígenas, qualquer que seja a etnia que viva de modo peculiar e tradicional. É necessário saber a que título ocupam as terras.

Na mesma situação estão as terras destinadas à preservação ambiental. São terras públicas, privadas ou devolutas? Em qualquer das hipóteses, é necessário perquirir sobre a natureza jurídica do gravame ambiental.

São estes pontos sobre os quais nos debruçaremos doravante, com a pretensão de oferecer respostas juridicamente adequadas a cada contexto histórico, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto.

CAPÍTULO I EVOLUÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

1. OS BENS ENTRE OS GREGOS ANTIGOS.

Os gregos antigos, mais voltados ao pensamento abstrato, preocupados em explicar a origem do *Cosmo* e da *vida*, não dedicaram, desde cedo, a sua reflexão ao Direito. Desde o Século VI a. C, o pensamento filosófico grego se ocupou em tirar o homem da escuridão da sua própria natureza, colocando-o na cidade-estado, aonde viria a se ocupar da política e da sua própria qualidade antropológica e ética. Tardiamente, em seu último e mais longo diálogo (*As Leis*), Platão se ocupou do Direito e, especialmente, da propriedade da terra, recomendando:

Que haja, em primeiro lugar, um código de leis que chamaremos de código agrícola. A primeira das leis deste código – aquela consagrada a Zeus, o protetor das demarcações, será assim formulada: ninguém alterará as demarcações da terra, sejam estas pertencentes a um vizinho que é um cidadão local ou pertencentes a um estrangeiro [em

caso de posse de terra em território fronteiriço (entre dois Estados)], entendendo que fazê-lo é verdadeiramente inculpar-se de estar movendo um marco sacrossanto; é preferível que alguém tente mover a maior das rochas que não é uma demarcação do que uma pequena pedra que serve de demarcação por sanção divina entre território amistoso e hostil, pois de um lado Zeus é testemunha e protetor daqueles que pertencem à mesma tribo e do outro Zeus é testemunha e protetor dos estrangeiros; despertar um ou outro desses deuses significa atrair guerras letais¹³.

Há uma impregnação teológica na abordagem platônica da propriedade da terra, o que se explica pela origem sagrada do *nomos* entre os gregos antigos, o que só seria modificado definitivamente no início da Idade Moderna, quando Puffendorf¹⁴ atribui a origem do *nomos* à razão do homem e não mais à vontade divina.

Antes de cuidar das leis e no bojo delas tratar da distribuições dos bens, especialmente da terra, Platão se dedicou à estruturação de um *Estado ideal*, a ele dedicando todo o diálogo *A República*, o que é conhecido pelo senso comum. Nesse diálogo, porém, começam as nossas investigações, não aquelas propriamente jurídicas, mas sim jusfilosóficas. No seu Estado ideal, Platão se ocupou da justiça individual e, em seguida, da justiça coletiva, como consequência da primeira, buscando um equilíbrio harmônico. Dividiu, à semelhança da sua visão da alma do homem (racional, irascível e inconcupscível), a sociedade em três classes, colocando no topo da sua pirâmide social os filósofos e os

¹³ PLATÃO. *As Leis*. Tradução Edson Bini. Bauru (SP): EDIPRO, 1999. P. 344.

¹⁴ PUFFENDORF, Samuel. *Gasamelt Werke. Band 4.1: De jure nature et gentium (liber primus-liber quartus)*, II e III, § 20.

magistrados, encarregados dos negócios de Estado, dotados, portanto, de esmerada razão e educação. Não é só isso, pois além de raros os filósofos, seria necessário um entre os melhores para ser o rei¹⁵; na parte intermediária da pirâmide, colocou os soldados, dotados de força e educação mediana e necessária ao uso dessa força. Nenhuma dessas duas classes piramidais tinha direito a propriedade, pois a razão e a força não precisam de propriedades, a não ser delas mesmas. É uma das várias alegorias bem ao gosto de Platão, apenas para indicar as funções da razão e da força na sua estrutura estatal.

No terço mais inferior da pirâmide, Platão colocou os artesãos e comerciantes, ou seja, colocou as classes laboriosas, conferindo a elas a propriedade dos bens. Porém, a elas só caberia obedecer pela razão ou pela força¹⁶. Note-se que no Estado Moderno, a razão e a força nele se concentram, mas o trabalho e a produção continuam na parte baixa da pirâmide. A parte superior da pirâmide é responsável pelas ideias, portanto, pela criação das leis e, para que as criem é necessária a sua persuasão; a parte intermediária é apenas a força, mas também deve ser convencida, mas através da dissuasão; por fim, a parte mais inferior, que não necessita na metodologia platônica, ser previamente convencida, mas sim obrigada a cumprir seu dever por meio da coerção.

Por isso, Platão cuidou antes do estruturar intelectualmente o seu Estado ideal, para, ao final, cuidar da propriedade da terra, o que só viria a fazer no seu último e incompleto diálogo intitulado *As Leis*.

¹⁵ PLATÃO. *A República*. Tradução Érico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 146.

¹⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. 2.^a ed. São Paulo, Martins Fontes, 2020, p. 28-37.

A preocupação, pelo que se extrai do texto, é com a propriedade individual e com o seu uso, embora não se tenha notícia da elaboração do citado código agrícola. Isso tem um fundamento que não se afasta da origem sagrada do *nomos*, pois ao tempo da cultura grega clássica, os deuses habitavam a terra (com Cristianismo foram para os céus) e distribuí-las coletivamente certamente criaria conflitos de vaidades entre eles, já sabidamente conflituosos. A evolução da cultura grega e, nela a disciplina jurídica da terra, foi interrompida pela subjugação dos gregos por outros povos, como lembra Bertrand Russel:

Quando os gregos se viram subjugados – primeiro pelos macedônios, depois pelos romanos -, os conceitos adequados aos seus dias de independência deixaram de se aplicar. Por um lado, isso gerou perda de vigor mediante a ruptura com a tradição; por outro, originou uma ética mais individual e menos social¹⁷.

Não encontrando mais entre os gregos antigos fundamentos para o objeto da nossa investigação, resta-nos examinar o direito daqueles que os conquistaram e deram ao mundo ocidental o sentido prático do Direito, mesclando arte e ciência numa forma de construção até então desconhecida.

É necessário o exame do direito romano para nele encontrar as raízes da classificação dos bens, notadamente do surgimento do *ager publicus*, embora não se desconheça a preponderância, entre os romanos, do direito privado, que os ocupou ao longo de sua história. É como diz Cretella Júnior, “os

¹⁷ RUSSEL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. Tradução Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 12.

romanos foram gigantes no direito privado e pigmeus no direito público”¹⁸. Ainda assim, o exame se justifica.

A cultura romana não se desenvolveu de forma isolada, pois havia colônias gregas no Sul da Península Itálica, a conhecida *Magna Grécia*, onde os romanos teriam ido buscar as suas *Leis das XII Tábuas*. O intercâmbio cultural decorrente impregnou a experiência prática dos romanos com variados níveis de abstração, o que persiste até nossos dias nas ordens jurídicas romanistas.

A *Lei das XII Tábuas*, marco inicial reconhecido do direito romano, tem visível inspiração nas *Leis de Sólon*, um dos sete sábios da Grécia antiga, cujo trabalho legislativo substituiu as já ineficazes *Leis de Drácon*. O direito romano rompeu com o pensamento abstrato grego, mas esse rompimento não foi obra de momento e sim uma mudança cultural influenciada por diversos fatores que fogem ao âmbito do nosso estudo. A cultura romana, como leciona Michel Villey, absorveu parte significativa da cultura grega:

A cultura romana do chamado período clássico é sobretudo a cultura grega, assim como em nossos dias a cultura senegalesa é a cultura europeia. Graecia capta ferum victorem cepit. Ou, pelo menos, a filosofia dos romanos é a da Grécia. Muitas obras gregas foram transpostas para o latim; sobretudo as noções de uso comum, cuja definição resulta do esforço filosófico grego (como as de direito natural, de equidade, de lei em sentido amplo), passaram para Roma pelo canal da gramática e da retórica. É claro que não se deve imaginar a influência sobre juristas de nenhuma doutrina filosófica como uma oposição literal; as necessidades da prática impedem que

¹⁸ *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7.

o jurista se feche nos quadros estritos de um sistema filosófico em particular; os juristas mais se inspiram livremente nas filosofias do que as aplicam acadêmica e conscientemente. A ciência jurídica romana, quanto aos princípios, parece ser um produto da cultura grega. Mas os romanos fizeram empréstimos simultâneos de diversas escolas. O estoicismo, principal formação de Cícero e ao qual adere um bom número de jurisconsultos clássicos, deixou no direito romano uma marca muito evidente. Mas, a nosso ver, foi da doutrina de Aristóteles que, no começo do período clássico, ele recebeu seus princípios constitutivos e seu excepcional valor¹⁹.

Pelo que se extrai das lições dos pensadores da cultura jurídica ocidental, o direito romano não é produto do acaso, como se tivesse surgido nada. É consequência de um processo civilizatório. O pensamento oriundo das colônias da Magna Grécia, pela proximidade com Roma, teve grande influência sobre a futura cultura romana. Se hoje a influência da cultura grega ainda de faz sentir, é de se imaginar que naquele período a sua influência tenha sido ainda mais forte.

2. OS BENS PÚBLICOS NO DIREITO ROMANO – O *AGER PUBLICUS* E SUA EVOLUÇÃO

Antes de qualquer incursão na cultura jurídica romana, é importante fixar o período no qual o estudo será realizado, pois a ciência não se contenta com objetos indefinidos ou demasiadamente vagos. É evidente que a história de Roma vai além

¹⁹ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução Cláudia Berliner. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 67.

da história do direito romano propriamente dito. Por isso, o direito romano é aquele pensamento e normas jurídicas que vão do período que habitualmente se define como da adoção da Lei das XII Tábuas até o Código Teodosiano, pois, a partir desse código, a influência da cultura dos bárbaros germânicos tirou a pureza jurídica do direito romano tradicional. Aliás, trata-se de um período aceito pelos romanistas, razão pela qual aqui o adotamos:

O Direito Romano, prático e útil, que se perpetuou nas legislações de quase todos os povos, é o Direito Romano que se encerra no período que vem da Lei das XII Tábuas até o Código Teodosiano, melhorando e transformando, pela ação eficaz dos grandes juriconsultos e pela influência das ideias cristãs. É nesse Direito, codificado mais tarde por Justinianus, que o analista atento pode perceber os fundamentos morfológicos, anatômicos e fisiológicos que autorizam o estudo comparativo com o corpo humano²⁰.

É ainda necessário frisar que o nosso objetivo não examinar o direito romano como um todo, mas sim apenas a disciplina da propriedade e dos bens naquele período, que se perpetuou em todo o mundo jurídico romanista.

O estudo da natureza dos bens no direito romano é um caminho menos penoso aos adeptos do direito privado, mas, na mesma proporção, é dificultada aos adeptos do direito público, especialmente a quem pretende examinar qualquer instituto jurídico que tangencie o direito público, na feição vista na atualidade. A dificuldade se prende às fontes de produção, às fontes de cognição do direito romano, notadamente no período da realeza,

²⁰ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2006, p. 130.

pois são apenas duas as fontes, quais sejam, o costume e a lei, mas esta não tinha a face vista do mundo jurídico atual. O costume, como se sabe, tem um aspecto externo, que é o *usus*, e outro interno, que é a *opinio necessitatis*, elemento psicológico da linguagem jurídica da época, traduzido na convicção comum de que determinada norma costumeira funciona como lei. Nos costumes, seja no *usus* ou na *opinio necessitatis*, nada se via que fosse semelhante ao direito público contemporâneo, até porque o acesso ao elemento psicológico do costume se tornou inviável em razão do decurso do tempo. As leis, por sua vez, não tinham o caráter genérico com o qual se apresentam hoje ao mundo jurídico, pois eram particulares, assemelhando-se aos contratos. Nesse sentido leciona Cretella Júnior:

Atualmente as leis têm um sentido geral, impessoas, destinando-se à coletividade. No direito romano da realeza, as leis eram particulares, regendo determinados casos, verdadeiros contratos entre patres da cidade. (...) Discute-se, ainda hoje, se teria havido, em Roma, no tempo da realeza, leis de alicação geral, como as atuais, julgando alguns que se encontram neste caso as denominadas leges regiae. Para Pompônio estas leges regiae tinham sido votadas pelos comícios curiatis e haveria mesmo uma coleção antiquíssima, redigida por Sexto Papirio e que foi chamada de jus papirianum. A crítica moderna não aceita a afirmação de Pompônio²¹.

Na República, porém, a situação se modificaria, pois as fontes do Direito foram substancialmente alargadas, acrescentando-se, ao lado do costume e da lei, o plebiscito, a

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 28-29.

interpretação dos prudentes e os éditos dos magistrados. É nesse período, mais precisamente em 462 a.C, que é nomeada a comissão encarregada de redigir uma lei de caráter mais genérico. Oito anos depois, em 454 a. C, uma comissão formada por três patrícios foi à Magna Grécia com a finalidade de estudar as leis gregas. No retorno, dois anos depois, em 452 a. C, uma nova comissão, desta feita com dez membros, chamados de decênviros, recebe a incumbência de redigir leis mais genéricas, surgindo, então, as X primeiras tábuas, gravadas sobre placas de bronze e expostas no *Comitium*. Um ano depois (451 a.C), mais duas tábuas são acrescentadas, resultando na *Lei das XII Tábuas*, cuja importância, tanto para o direito público quanto para o direito privado, é ressaltada pela doutrina romanista:

*A importância da Lei das XII tábuas é incontestável, os próprios romanos, aceitando a observação do historiador Tito Lívio, consideravam-na como a fons ominus publici privati que juris, fonte de todos direito público e privado. O conteúdo da Lei das XII Tábuas é variado; não foi esquecido o direito público, nem o privado, nem o direito sagrado, nem o processo civil*²².

Como se pode notar, não é tarefa fácil distinguir um ramo do direito de outro ramo do direito, pois unidade do direito romano implicava na indivisibilidade dos conceitos. Porém, a partir da *Lei das XII Tábuas*, a dificuldade diminui em relação aos ramos, mas tatear o direito romano à procura do germe do que viria a ser conhecido como bens devolutos, continuará sendo uma tarefa árdua.

²² Ibid, p. 33.

Na tábua VI, é disciplinado o *domínio* e a *posse* (*De domínio et possessione*), enquanto que na tábua IX é tratado do *direito público* (*De jure publico*)²³, dois campos que nos interessam, pois entre eles estão os bens devolutos, aos quais pretendemos examinar.

Os romanos, povo prático e conquistador, herdaram parte significativa da sua cultura e costumes dos etruscos, inclusive em relação à divisão do solo: “No terreno econômico, encontramos também a influência etrusca em Roma. Com efeito, os etruscos foram os mestres dos romanos nos afazeres agrícolas: ensinaram-lhes a arte de dividir o solo, de construir canais de drenar pauis”²⁴, o que os beneficiou em conquistas futuras. Com a unificação política e criação da liga *septimorum*, Roma prospera e adquire inatacável superioridade no campo militar. Até a derrota etrusca em *Aricia*²⁵, diante de um movimento de libertação organizado pela aristocracia romana, não houve avanços significativos na estrutura fundiária da cidade²⁶, mas já havia uma organização e a evolução de um modelo constitucional republicano.

A aquisição de terras, embora ainda não fosse significativa, já permitia uma visão do modelo republicano romano:

Podemos concluir, portanto, que embora as aquisições reais de terras por Roma no início da República fossem pequenas, as histórias de agitação severa sobre essas terras provavelmente

²³ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2006, p. 158.

²⁴ GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma: Antiguidade Clássica III*. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 26.

²⁵ Opcit, p. 32.

²⁶ ROSELAR, Saskia Tessa. *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*. Leiden: PhD thesis Leiden University, 2008, p. 33.

não são fantasias completas. No entanto, a natureza complicada das fontes torna muito difícil separar o fato da ficção para o período arcaico. A partir do século IV, no entanto, as fontes parecem se tornar mais confiáveis (...).

As fontes sobre o direito romano no período arcaico não permitem estudos mais profundos, pois a visão de hoje sobre aquele período é fantasiosa ou ficcionista, mas é possível notar que houve significativas conquistas dos *plebeus* e com eles algumas pretensões: “Dois objetivos eram principalmente visados pelos plebeus em suas reivindicações de ordem social: a solução do problema das dívidas e a reforma agrária”²⁷, o que nos interessa de perto, pois esta é uma das finalidades das terras devolutas brasileiras, objeto da nossa investigação. As pressões sociais, a *invasão sabélica*²⁸ (chave da evolução militar romana) e a decadência etrusca, foram três importantes vetores que impulsionaram Roma às guerras de conquista, notadamente porque adquiriu a supremacia sobre o *Lácio*. Após a Primeira Guerra Púnica, com a conquista da Itália meridional, que expandiu o território romano à região da Magna Grécia, da *Etrúria* meridional e da Itália central, subjugando os *celtas*, e com o domínio do Mar Mediterrâneo, estava aberto o caminho para a expansão romana a toda a Europa, o que se verificou, de forma mais acentuada, após a Segunda Guerra Púnica (218 a.C a 201 a.C), onde houve a rendição de Cartago a Públio Cornélio Cipião Africano, época na qual se verificava uma grande tensão social na República Romana. É nesse sentido a lição de Marco Schmidt, escrevendo sobre a matéria:

²⁷ GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma: Antiguidade Clássica III*. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 35.

²⁸ *Opcit*, p. 36.

A segunda Guerra Púnica marca o início de um processo de transformação na história de Roma, que em pouco tempo provocou profundas mudanças na estrutura do Estado romano e da sociedade romana. Roma havia se tornado um império mundial cuja estrutura econômica e ordem social estavam sujeitas a novas condições. Ao mesmo tempo, essa rápida mudança levou Roma a cair em uma crise social e política. As novas condições surgiram em parte das consequências diretas para a Itália da segunda Guerra Púnica, que foi o declínio e proletarização do campesinato italiano, o desenvolvimento de grandes propriedades e a transição para o uso em massa de escravos na produção (Traduzimos) ²⁹.

A primeira menção ao *ager publicus* ou *agrium poplicum* é encontrada no século II a.C.³⁰, quando Cássio Emina usou a expressão em seus escritos, conforme relata Nonio Marcello, autor conhecido no Século IV d.C. De forma mais precisa, a expressão foi utilizada no texto da *Lex agraria Epigrafica*, no ano 111 a.C.

Antes de avançar, é de todo conveniente mencionar a polêmica entre os romanistas acerca da origem da propriedade romana. De um lado, a corrente liderada por Pietro Bonfante sustenta que a propriedade surgiu de modo coletivo:

Os estudiosos modernos, sob a influência dos conceitos do direito comparado, acreditam que a propriedade romana era coletiva e precisamente centrada naquele grupo que se mostra tão vivo nas origens de Roma e que certamente precedeu a existência da civitas, isto é, da gens. Mas os dados que

²⁹ SCHMIDT, Marco. *Die Agrarkrise de römischen Republik*. München: GRIN Verlag GmbH, 2013, p. 55-56.

³⁰ Tavola di Polcevera, datada de 117 a.C (GIUSTINIANI, Agostino. *Annali della Repubblica di Genova*. Genova: scp. 1537)

deveriam demonstrar a origem da propriedade romana da comunidade estão em fontes romanas de caráter muito duvidoso e equívoco (Traduzimos)³¹.

De outro lado, se insurge a corrente contrária, argumentando que apenas o uso da propriedade era coletivo, mas não o direito em si. É dessa corrente a lição de Michel Villey:

Não é possível que as antigas tribos, que formaram Roma, tenham conhecido muito antigamente a comunismo. Tentaram inferi-lo de poemas de Virgílio ou de Lucrécio, que contam uma idade de ouro primitiva, onde a propriedade individual fora desconhecida. Existem outros indícios mais sólidos. A verdade é que quando Roma se funda e se constitui o direito civil, uma propriedade individual existe. Cada um dos pais de família, cujo conjunto forma a cidade, entende não abdicar da sua liberdade: e o suporte desta liberdade, a terra hereditária, base da vida de cada família. Deixo aqui o problema delicado da consistência precisa desta primeira propriedade individual e da sua origem³².

O mesmo autor, em outro ponto, viria a se contradizer, admitindo a possibilidade da existência de uma propriedade romana coletiva.

Embora, possa haver algum indício de uso coletivo da terra, não há que se falar em direito de propriedade coletivo. A expansão romana, seguida da disponibilidade das terras conquistadas, exigia uma colonização e aproveitamento imediato

³¹ BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii: proprietà e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918, p. 6.

³² VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto (Portugal): Resjurídica, 1990, p. 126.

daquelas terras, sob o risco de perder o objeto da conquista. É o que de ordinário acontece em todas as conquistas bélicas.

Como a conquista resultou em grandes áreas territoriais, sem que houvesse, a princípio, cidadãos romanos suficientes para ocupa-las individualmente, é forçoso admitir a possibilidade de uso coletivo. Isso porque, no início da expansão, a propriedade das áreas ocupadas era atribuída ao *populus romanus*, o que leva à conclusão lógica de que a propriedade romana, na origem, era de uso comum. Aliás, as terras conquistadas pelos romanos, na Europa em especial, são juridicamente idênticas às terras que viriam a ser conquistadas por europeus no continente americano. Sob a ótica romana, eram terras devolutas, embora não tenham recebido essa qualificação.

A ausência de divisas ou de marcos divisórios, como apontado por Bonfante³³, louvando-se nos textos poéticos de Virgílio, Ovídeo e Vegóvia, por si, não permite afirmar que a origem da propriedade romana tenha sido coletiva, apenas o seu uso aparentemente tinha essa característica, mas muitos estudiosos do direito romano admitem-na como possibilidade, notadamente em relação às terras conquistadas:

Contudo o dominium estava longe de se aplicar a todas as terras, sobre todos os bens. Não somente as terras públicas (muito importantes e aumentadas com as conquistas da cidade vitoriosa), as terras comuns escapam-se-lhe de tal maneira que o primeiro regime romano está mais próximo talvez do comunismo do que do sistema do Código Civil, inteiramente individualista. Mas, de uma menira geral, a propriedade

³³ BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii: proprietà e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918, p. 8.

*quiritária não podia existir senão nas terras romanas, mais tarde apenas nas terras 'itálicas', jamais sobre as inumeráveis terras que constituíam as províncias romanas*³⁴.

Pelo visto, *dominium* não se aplicava a todas as terras romanas, pois tanto as terras públicas, assim como as terras conquistadas não se sujeitavam a ele, pois era privativo do *pater familiae* e este, necessariamente, teria que ser cidadão romano e, obviamente, não era o Estado. A propriedade *quiritária* só poderia existir sobre terras romanas privadas e mais tarde, com a expansão sobre a Península Itálica, sobre as terras itálicas.

É certo que, se não existe um substantivo feminino, a propriedade, não vemos como sustentar a existência de um adjetivo, individual ou coletivo. O próprio Pietro Bonfante, embora sustentando a precedência da propriedade coletiva sobre a propriedade individual, admite que havia pelo menos duas formas de propriedade em roma, a coletiva e a individual:

*Em primeiro lugar, que o senhorio individual sobre a coisa não é a única forma de propriedade, mas há também uma forma coletiva, porém, deve ser concebida em sua construção jurídica. Em segundo lugar, a propriedade coletiva precedeu historicamente a propriedade individual: portanto, toda a história da propriedade primitiva seria a história da propriedade coletiva; dessa propriedade individual teria se desenvolvido por meio de uma evolução lenta e gradual (Traduzimos)*³⁵.

³⁴ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto (Portugal): Resjurídica, 1990, p. 128.

³⁵ BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii: proprietà e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918, p. 3.

Houve uma evolução gradual da propriedade até atingir a sua face vista no final do Império Romano. Não resta dúvida de que a face individual da propriedade contemporânea tem sua fábrica matriz no direito romano, mas não há dados seguros que permitam afirmar que a propriedade romana, se considerada a primazia da *propriedade quirítária*, tenha surgido no modo coletivo. Apenas se admite a possibilidade de que isso possa ter acontecido, mas não há registro que permita uma conclusão segura³⁶. Não se tem notícia de outra espécie de propriedade, antes da propriedade quirítária. Por isso, não é possível fazer qualquer afirmação acerca de alguma espécie de propriedade existente antes dela, até porque não havia uma definição do direito de propriedade, nem mesmo na Lei das XII Tábuas. Tudo o que se conceituou sobre o direito de propriedade romano foi na Idade Média, extraindo-se os elementos conceituais apenas do aspecto prático textual da propriedade. É nesse sentido a lição de José Carlos Moreira Alves:

Os romanos não definiram o direito de propriedade. A partir da Idade Média é que os juristas, de textos que não se referiam à propriedade, procuraram extrair-lhe o conceito. Assim, com base num rescrito de Constantino (C. IV, 35, 21), relativo à gestão de negócios, definiram o proprietário como suae rei moderator et arbiter (regente e árbitro de sua coisa); de fragmento do Digesto (V, 3, 25, 11), sobre o possuidor de boa-fé, deduziram que a propriedade seria o ius utendi et abutendi re sua (direito de usar e de abusar da sua coisa); e de outra lei do Digesto (I, 5, pr.), em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a naturalis in re facultas eius quod cuique

³⁶ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto (Portugal): Resjurídica, 1990, p. 126.

facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur (faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito). Ainda hoje os juristas se defrontam com o problema da conceituação do direito de propriedade. Ele reside, com relação ao direito vigente em cada país, na dificuldade de se resumirem, numa definição, os múltiplos poderes do proprietário. Quanto ao direito romano, a questão se torna ainda mais complexa em face das alterações por que passou a estrutura desse direito ao longo de uma evolução de mais de uma dezena de séculos. Para que se possa avaliar a intensidade dessas modificações, basta atentar para o fato de que, em épocas relativamente próximas, o conteúdo do direito de propriedade se reduz ou se alarga em face não só do regime político, mas também das exigências econômico-sociais. Em vista disso, as definições que têm sido propostas pelos mais notáveis romanistas pecam, sempre, por incompletas. Mesmo o conceito formulado por Bonfante – e muito difundido principalmente na literatura italiana –, segundo o qual a propriedade “é a senhoria mais geral sobre a coisa, seja em ato, seja pelo menos em potência”, reflete, como salienta Volterra, a concepção que o autor tinha da propriedade romana primitiva (soberania do pater familias sobre a coisa), mas não se aplica exatamente à propriedade como se apresenta nos direitos clássico e pós-clássico. O que distingue o direito de propriedade dos outros direitos reais (os *iura in re aliena*) é a circunstância (...) de ser ele o direito real de conteúdo mais amplo, e o único autônomo³⁷.

³⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 20.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 305.

Pelo que se extrai das apreciações doutrinárias, repita-se, não é possível afirmar ou negar nada acerca da propriedade romana, antes da Lei das XII Tábuas e, mesmo depois dela, não há textos suficientes que permitam, salvo por um grande esforço intelectual, extrair as espécies de propriedade. Então, não há outro meio que não considerar a propriedade quiritária como sendo a primeira espécie, ao menos do ponto de vista jurídico.

De outro lado, as terras conquistadas estavam numa situação de *res nullius*, pois não eram públicas e não eram de propriedade *quiritária*, o que leva alguns romanistas a sustentar que era uma propriedade coletiva. Mais tarde, já no baixo Império Romano, a propriedade romana, com todas as suas fórmulas, recepcionou as terras conquistadas:

Enfim, a criação duma nova fórmula permite reconhecer uma propriedade sobre terras provinciais, sobre todas essas terras do Império que constituem uma parte crescente das fortunas romanas. Esta última propriedade foi a mais difícil de reconhecer: as terras da província não eram por direito de conquista coisa do Estado romano? Não lhe deviam elas impostos? E podiam ser plenamente assimiladas às terras livres dos cidadãos? Começou-se por reconhecer a certas províncias o carácter itálico das suas terras. Uma moeda com o emblema de Marsyas, símbolo do direito itálico, mostra-nos que Beirute tinha recebido esse privilégio. Depois o pretor foi mais longe. E eis que todas as terras, e o conjunto dos bens no mundo romano se tronam objecto possível de propriedade. O regime de propriedade está generalizado³⁸.

³⁸ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto (Portugal): Resjurídica, 1990, p. 130.

Ora, se as terras conquistadas não eram objeto de propriedade dos romanos, não é possível falar em propriedade coletiva ou individual, mas sim em uso coletivo ou ocupação coletiva. A qualidade de individual ou coletiva, em relação à propriedade, só tem sentido se houver o reconhecimento jurídico da propriedade. Só então seria possível falar-se em propriedade coletiva ou individual. É possível que essas terras fossem de uso coletivo, mas não nos parece que fosse de domínio coletivo ou de propriedade coletiva.

Aliás, opondo-se aos coletivistas, há opiniões de romanistas de peso no mundo da lusofonia. Entre os romanistas portugueses, António Santos Justo, discorrendo sobre as limitações da propriedade romana, destaca que havia sim a demarcação, inclusive com uma parte da terra era reservada aos deuses:

(...) confinidade: é uma marca dos tempos mais antigos e traduz a demarcação dos prédios rústicos através de linhas contínuas que deixavam uma faixa livre com uma largura que variava entre 8 e 10 pés. Este espaço era consagrado aos deuses por meio de uma cerimónia que o tornava uma coisa santa e, portanto, extra commercium. A sua violação era considerada um sacrilegium, punível com a pena de morte; por isso, se compreende a ausência de litígios relacionados com a extensão de um prédio à custa do outro. Ademais, esta faixa, denominada limes e ambitus, respectivamente, no campo e na cidade, assegurava o acesso pleno aos prédios de homens, animais e alfaias agrícolas, sem necessidade de os onerar com servidões de passagem. Trata-se, como é evidente, duma característica que assinala inequivocamente o contributo das normas religiosas na defesa da pax social. No entanto, a

confinidade foi-se perdendo com o enfraquecimento da religiosidade e doravante a função pacificadora da sociedade romana foi confiada exclusivamente à ciência jurídica (iurisprudentia) que criou a figura da servidão predial³⁹.

Se havia a demarcação, é pouco provável que a propriedade fosse coletiva, no que diz respeito ao direito, nada impedindo, porém, que o uso assim o fosse, em alguns aspectos, como uma forma de limitação.

Prossegue lecionando o professor coimbrão, lembrando que, em razão de equívocos dos glossadores medievais da Escola de Irnério, no século XIX os pensadores marxistas tomaram a propriedade como fonte de abuso e de exploração, o que não tem origem na correta interpretação do instituto romano:

Em relação à primeira, da Escola de IRNÉRIO, considerado a lucerna iuris, não se convocaram as limitações que as fontes mostram; e, por isso, a propriedade romana foi, no século XIX, considerada o paradigma da propriedade absoluta, egoísta e anti-social. Daqui a consequência lógica: consagrada no Código Civil francês e acolhida nos Códigos Civis do século XIX, a ideologia marxista viu aí a origem da moderna propriedade burguesa e o direito romano foi desprezado e abandonado. Trata-se, no entanto, de afirmações erradas: primeiro, porque não se consideraram as limitações que o direito romano impôs ao exercício da propriedade; e, depois, porque o vocábulo abutendi da definição dos Glosadores foi

³⁹ JUSTO, António Santos. *Propriedade no direito romano: Alguns reflexos nos direitos português e brasileiro*. Anais do VI Seminário Italo-Ibero Brasileiro, realizado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, no dia 24 de Setembro de 2009. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 37, p. 67-96, 2009.

*mal traduzido: em vez de abusar, dever-se-ia ter referido consumir, ou seja, fazer uso normal das coisas consumíveis*⁴⁰.

De forma diversa, os glosadores da *Escola de Bártolo*, sustentavam que o proprietário pode dispor plenamente da coisa objeto da sua propriedade, mas deve observar as limitações impostas pela lei⁴¹. É a interpretação que entendemos a mais correta.

Deixando de lado o equívoco dos glosadores da *Escola de Irnério*, é importante observar que, já no período de Justiniano, a definição de coisa comum era dada pelas *Institutas* como sendo aquelas oriundas de um direito natural (2.1.1), o que não se via em períodos anteriores:

*Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen vilis et monumentis et aedificiis absteineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare*⁴².

As coisas romanas destinadas ao uso comum não diferem dos atuais bens de uso comum do povo, não se podendo presumir nenhuma origem coletiva, mas sim, frisa-se, um uso comum. Os romanos eram ainda mais restritivos, pois as coisas por eles destinadas ao uso comum deveriam contar da *publicatio*⁴³.

⁴⁰ Ibid, p. 77.

⁴¹ Ibid, p. 77.

⁴² Tradução: *Por direito natural são comuns todas as coisas seguintes: o ar, a água corrente, o mar e o seu litoral; pois a ninguém se pode impedir o acesso ao litoral, contanto que se abstenha de tocar nas quintas, nos monumentos e edifícios, coisas que não são de direito das gentes, como o mar.*

⁴³ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre (RS-BR): SAFE, 1998, p. 139.

Examinada a questão da origem da propriedade romana, justificada pela semelhança que guarda com as terras conquistadas por Portugal na América e da semelhança existente nas soluções adotadas para a ocupação do território, é necessário volver ao eixo temático do nosso estudo.

Retornando ao estudo histórico, a anexação e o confisco das terras ocupadas pelos romanos, nunca se deram de forma tranquila, mas na anexação da Península Ibérica, é de boa técnica destacar que os romanos enfrentaram feroz resistência, digna de nota pela cultura lusófona, por parte da Tribo Lusitana, liderada pelo lendário Viriato⁴⁴, que enfrentou e foi vencido pela traição, já que foi morto pelos seus enquanto dormia, mas não foi vencido pelos invasores romanos.

Na República Romana, com a *Lei das XII Tábuas*, em data aproximada por nós já declinada, os romanos fizeram a distinção prática entre o direito público (*publicum ius*) e o direito privado (*privatum ius*), tendo aquele a finalidade de organizar a estrutura jurídica da República (*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae pertinet*). É nesse sentido a lição doutrinária sobre a matéria:

A história do ager publicus no Lácio é complicada, porque muitas conquistas nesta região foram feitas muito cedo na história romana e não estão bem documentadas. Já no período real foram registradas guerras com os vizinhos de Roma no Lácio, os Hernicos, Volscos e Aequis. A extensão em que Roma expandiu seu território durante o período real pode ser determinada pela declaração de Tito Lívio de que Roma tinha

⁴⁴ GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma: Antiguidade Clássica III*. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 49.

21 tribos em 495, todos situados nas proximidades de Roma. Provavelmente esta terra era toda privada, mas pode ter havido ager publicus entre os territórios das tribos ou fora deles. No entanto, esta era provavelmente apenas uma quantidade limitada de terra, a julgar pelo fato de que todas as guerras de Roma foram travadas nas proximidades da cidade e não houve oportunidades de confiscar grandes extensões de terra em outros lugares. Como vimos, durante o século V, Roma teve de compartilhar a maior parte de suas terras com a liga latina e adquiriu apenas pequenas extensões de ager publicus para si (Traduzimos)⁴⁵.

Ainda que não haja outras fontes documentadas no período régio e que os autores se inclinem pela existência da propriedade privada, a proximidade das batalhas romanas em relação às cidades faz presumir o surgimento de um espaço público, após a conquista romana, que seria regido por normas de direito público, ainda que costumeiras.

De qualquer forma, não resta dúvida de que a fonte formal de todo o Direito romano (*fons omnis publici privatique ius*), incluindo o *publicum ius*, foi a *Lex Duodecim Tabularum* (Lei das XII Tábuas) ou *Lex Decemviralis* (denominação menos conhecida), embora nessa época o costume ainda desempenhasse um relevante papel⁴⁶, dado o seu caráter prático.

A fonte formal do direito romano é de vultoso interesse à nossa investigação, pois os romanos, com a sua conhecida

⁴⁵ ROSELAR, Saskia Tessa. *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*. Leiden: PhD thesis Leiden University, 2008, p. 39.

⁴⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 40.

praticidade, não se ocupavam com conceitos abstratos, ou o faziam muito pouco, como anota a doutrina:

*O Direito romano não se preocupava com a elaboração de normas abstratas, mas procurava soluções apenas para casos concretos que eram propostos aos magistrados. Os romanos demonstraram uma resistência em fixar conceitos jurídicos e uma aversão aos conceitos gerais que acompanharam a resistência à formulação abstrata de normas jurídicas*⁴⁷.

Portanto, poucos conceitos efetivamente romanos restam para serem examinados, figurando os conceitos atuais como interpretações dos romanistas acerca de determinados institutos.

Há, então, que se entender, à míngua de outra fonte, que o *publicum ius*, e conseqüentemente, o *ager publicus*, são documentados a partir da eleição das comissões dos decênviros (*decemviri legibus scribundis*), em 451 a.C e 450 a.C, que foram encarregadas de ir à Grécia antiga, para estudar as leis de Sólon, o que resultou na *Lex Duodecim Tabularum*. Por uma questão metodológica, temos que aqui começa a evolução do *Ager Publicus*.

Em razão das tensões sociais no seio de Roma, o que possibilitou o acesso da *plebe* ao *Consulado*, com os tribunos Tibério Graco e Caio Graco, houve a primeira reforma agrária da história romana. Tibério Graco propôs a *Lex Simpronia Agraria* (134 a. C), onde a República Romana reconhecia seu poder sobre as terras públicas (*Ager Publicus*), como já mencionamos, notadamente aquelas terras conquistadas pelas Legiões romanas, redistribuindo-as em módulos rurais não superiores a 500 *jugera* (em torno de 125 hectares atuais), desapropriando as porções a maior daquele

⁴⁷ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre (RS-BR): SAFE, 1998, p. 25.

módulo. A extensão do módulo rural já havia sido fixada pela *Lex Licinia Sextia* (367 a.C), mas poderia ser acrescida de 250 *jugera*, para cada filho que tivesse o beneficiário. As terras públicas devolutas seriam redistribuídas em módulos de 30 *jugera*, o que tornava o beneficiário um contribuinte do fisco romano e elegível para o serviço militar nas Legiões romanas.

A expansão romana, verificada no período da República, possibilitou um acúmulo de terras em poder do *populus romanus*, pois os territórios ocupados não pertenciam a particulares e, sim, constituíam-se no *ager publicus*, transferindo-se àqueles apenas os direitos de fruição e gozo. É o que se extrai da lição de Michel Villey:

*(...) a criação de uma nova fórmula permite reconhecer uma propriedade sobre as terras provinciais, sobre todas essas terras do Império que constituem uma parte crescente das fortunas romanas (...) as terras da província não eram por direito de conquista coisa do Estado romano?*⁴⁸

A estrutura jurídica da propriedade mantém-se tal qual no direito privado, figurando o *populus romanus*, no caso do *ager publicus*, como seu *dominus*, embora os direitos de fruição e gozo fossem transferidos aos particulares, mediante o pagamento do *vectigal*. É nesse sentido a alusão de Ana Raquel Gonçalves Moniz:

(...) a propriedade do ager publicus pelo populus Romanus é, a partir de então, sobretudo encarada como direito a receber o vectigal. Esta evolução desembocou, no final da República, na transformação em objeto de dominium ex iure Quiritium (de caráter privado, portanto) de muitos dos fundi situados

⁴⁸ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto (Portugal): Resjurídica, 1990, p. 129.

na Itália, tornando-se res mancipi, passando, por conseguinte, a sua titularidade para os particulares. Não se olvide, porém, que, ao lado das propriedades privadas e resultante, de igual modo, da partilha do ager publicus, vai subsistir uma parcela do território composta por terras de pastos e bosques, reservada, em parte, ao Estado (ager scripturarius) e, noutra parte, aos cidadãos locais (ager compascus). Paralelamente, e com a expansão do domínio Romano para fora da Itália, os novos territórios incorporados e posteriormente organizados em Províncias constituíam, de igual forma, propriedade do populus Romanus ou do Imperador, consoante estivessem em causa províncias senatoriais ou imperiais⁴⁹.

Nesse ponto, o estudo de Andrea Trisciuglio, no âmbito comparativo, é lapidar e o transcreveremos em excerto significativo, para uma perfeita noção da matéria tratada:

Teniendo en cuenta, por tanto, estas recientes orientaciones normativas y las reacciones relativas a las mismas, puede ser interesante, creo, observar fragmentos de la experiencia romana adquirida durante la edad imperial en los ámbitos correspondientes. Y me gustaría recordar a este respecto una fuente que no es jurídica en sí misma, pero que podría denunciar una cierta sensibilidad técnica, dado que el autor es Tertuliano de Cartago, el famoso apologista del Cristianismo, que se identifica (pero no pacíficamente) con el jurista romano del mismo nombre. Sin tener en cuenta las implicaciones de la polémica antipagana el texto nos presenta para la etapa severiana una disciplina de derecho público

⁴⁹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2003, p. 10-12.

(explícita es la referencia al ius publicum). En base a esta regulación algunos lugares públicos de las ciudades - Tertuliano está refiriéndose probablemente a las civitates de su provincia (África) - tenían que ser subastados con la previsión de que el arrendatario, obligado a pagar un alquiler en favor de la caja pública de la ciudad, recibiría ingresos calificados como públicos (vectigalia). Tertuliano aporta unos ejemplos: los templos paganos (en particular, el Capitolium) y el área de mercado (el forum olitorium). Gracias a la percepción de vectigalia relacionada con la gestión de estos espacios públicos los contratistas podían sufragar los costos ocasionados (sobre todo el pago de la merced al erario de la ciudad) y obtener ganancias; pero, si en el primer caso la posibilidad de adquirir contribuciones de quienes frecuentaban los templos se asociaba, creo, con la prestación de un servicio (de mantenimiento y vigilância de la estructura sagrada), en el segundo caso, probablemente había una sucesiva negociación, después de la subasta pública, en la que el arrendatario ganador (el manceps), llamémosle contratista general, subalquilaba a varios empresarios comerciales distintas porciones del area de mercado que había recibido en su conjunto por el cuestor de la ciudad. En otro texto jurídico, donde se toman en cuenta las tiendas (tabernae) que se hallan en un lugar público, Ulpiano, siempre en la etapa severiana, aclaró que al subarrendatario el manceps no transmite el suelo directamente, sino un derecho de explotación que le corresponde después de la adjudicación. Por lo tanto, parece que la subasta pública se refería a toda el área comercial y no a los lotes individuales; y tal solución debe haber tenido ventajas para la administración de la ciudad llamada a

*evaluar la solvencia de una única contraparte negociadora, posiblemente estructurada en sociedad, también mediante el examen de las garantías proporcionadas para el pago del alquiler. Pues, el objeto de la licitación era, precisamente, un derecho de explotación del área del mercado en su conjunto y el rendimiento económico para el adjudicatario consistía en la percepción de canones que los sub-arrendatarios tenían que pagar por el uso de fracciones del área de mercado. Se trata del mismo esquema articulado en una pluralidad de contratos que encontramos incluso en la gestión de los agri vectigales. Pues los usuarios directos de los espacios públicos no tenían una relación directa con la administración de la ciudad, y en esto podemos ver la diferencia fundamental con las concesiones actuales de las áreas de mercado; más bien, tenían que negociar su posición de forma privada con un contratista público general, aunque el contrato de subarrendamiento probablemente, en cierta medida, incorporaba cláusulas impuestas al adjudicatario por la administración de la ciudad*⁵⁰.

No final da República Romana, a posse da propriedade pública se transformou em *dominium ex iure Quiritium* e, como tal, objeto de propriedade privada, com os *fundi privati* existentes na Itália se transformando em *res Mancipi*. O *ager publicus* poderia, então, ser objeto de alienação privada, por ato *inter vivos* e *mortis causa*, mas o domínio não era transferido na sua plenitude e sim em apenas dois de seus atributos, o uso e o gozo. Trata-se de coerência

⁵⁰ TRISCIUOGLIO, Andrea. *Temas de Derecho Administrativo Romano Comparado*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021, p. 83-85.

com a tradição do direito romano, de orientação nitidamente privada.

É importante notar que, embora tenha sido feita a reforma agrária e aumentado o estoque de terras. É nessa direção a lição da doutrina:

No ager campanus, por exemplo, nenhuma forma, mostrando os limites do ager publicus, foi estabelecida até 165, e isso sugere que o ager occupatorius não foi medido de forma alguma até ser usado para algum propósito pelo estado (Traduzimos)⁵¹.

O aumento das terras disponíveis, repita-se, ainda que feita a reforma agrária, foi propiciado pelas ocupações e, conseqüentemente, pelo aumento do *ager publicus*. As decisões sobre a matéria, no entanto, continuaram nas mãos da elite romana, que tinha o controle político sobre os órgãos decisórios, até porque as assembleias eram de homens armados e não havia, por isso, muitas manifestações contrárias às deliberações nelas adotadas:

(...) Somente a assembléia dos cidadãos romanos poderia atuar como seu proprietário e exercer os privilégios de propriedade, ou seja, o direito de aliená-lo ou distribuí-lo em aluguel perpétuo a um indivíduo ou comunidade. Na prática, porém, o controle real sobre o ager publicus recaía em grande parte sobre a elite, uma vez que a influência dos pobres nas assembleias era limitada (Traduzimos)⁵².

⁵¹ ROSELAR, Saskia Tessa. *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*. Leiden: PhD thesis Leiden University, 2008, p. 87.

⁵² ROSELAR, Saskia Tessa. *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*. Leiden: PhD thesis Leiden University, 2008, p. 83.

Não houve, pois, modificação significativa na estrutura jurídica tradicional da propriedade romana.

A história jurídica distingue, no gênero *ager publicus*, algumas espécies que despertam interesse acadêmico. São elas:

a) O *ager occupatorius*, sendo esta notadamente afeta à expansão romana, iniciando-se com a fase da conquista sobre a Calábria e sobre a Sicília, ainda no período da Realeza. Não há informações precisas sobre o funcionamento do *ager occupatorius* (agro ocupado), mas é certo que se tratava de uma espécie do *ager publicus*, pois toda a terra ocupada por Roma tinha essa natureza jurídica⁵³. A terra ocupada, mesmo constituindo-se em *ager publicus*, só recebia disciplina jurídica quando tinha alguma destinação dada pelo Poder Público. Eram semelhantes às atuais terras devolutas do Brasil, pois não tinham destinação concreta e imediata. Por isso, a nosso ver o *ager occupatorius*, por si, não teve nenhuma disciplina específica, conservando-se na disciplina jurídica geral da propriedade romana, ou seja, ou era propriedade quirritária ou não era consagrada como direito de propriedade.

b) O *ager quaestorius* eram as terras cedidas pelos *Questores* aos particulares, com natureza jurídica mitigada, gravadas com o direito de revogação e cujo reconhecimento dependia do pagamento do *vectigal*. Aqui já se nota uma semelhança com o processo de transição das terras devolutas para a constituição da propriedade privada no Brasil. Nela convivia a natureza pública e a natureza privada da propriedade, pois, em face do particular, o proprietário

⁵³ "... we have seen that a large part of the confiscated land remained in the hands of the state as *ager publicus*. As long as ownership remained with the Roman state, this land was known as *ager publicus populi Romani*" (ROSELAR, Saskia Tessa. **Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the *ager publicus***. Leiden: PhD thesis Leiden University, 2008, p. 83).

a defendia como se proprietário pleno fosse, mas frente ao Estado, aparecia como mero possuidor direto. A semelhança nos mostra a origem possível do modelo adotado pelos colonizadores portugueses em terras brasileiras.

c) O *ager censorius* eram terras utilizadas pelos *Censores* para concessão às *Centúrias* (*ager divisus et adesignatus per limites in centuriis*), mediante o pagamento, também, de um *vectigal*. Porém, o proprietário tinha apenas o direito de gozo, pois não lhe era concedido o domínio em todos os seus aspectos. Era um arrendamento feito pelo *Censor*, mas no interesse da *Centúria*. As terras devolutas na faixa de fronteira brasileira, embora sem o pagamento do *vectigal*, são muito semelhantes ao *ager censorius*. Os romanos não o declararam, mas havia no fundo uma preocupação com a segurança das fronteiras do Império, o que também ocorre no Brasil.

d) O *ager vectigalis* era toda propriedade pública cedida aos particulares mediante o pagamento do *vectigal*.

e) O *ager scripturarius* era a cessão da terra ao particular para fins de pastagens, o que a torna semelhante ao *ager compascuus* aplicado à propriedade privada.

A divisão do gênero *ager publicus* nas espécies mencionadas, é assinalada na lição de António Santos Justo, *in verbis*:

A primeira compara a situação em que se encontram os concessionários de terras do agere publicus atribuídas pelo Estado romano (populus Romanus) com a precaridade que caracteriza o precarium. Com efeito, incapaz de promover a sua agricultura, a exploração das terras do Estado -- as originárias e as posteriormente adquiridas por conquista -- foi

concedida a particulares cidadãos romanos, por meio de distintas formas de concessão, de que destacamos: 1. O ager occupatorius: terreno conquistado ao inimigo e cedido a particulares, por cuja fruição pagavam, por vezes, um cânone periódico. O particular tinha a posse precária, revogável a todo o momento pelo Estado; 2. O ager scriptuarius: terreno do Estado concedido a particulares para a pastorícia, mediante o pagamento de um cânone periódico (scriptura); 3. O ager vectigalis: terreno do Estado cedido a particulares durante um prazo longo ou perpetuamente, mediante o pagamento de um cânone periódico. Originariamente era arrendado por censores por períodos de cinco anos; 4. O ager privatus vectigalisque: terreno do Estado vendido em hasta pública, pelo questor ou pretor. O adquirente não obtinha a propriedade, mas o direito de fruir, mediante o pagamento de uma renda ou cânone (vectigal) anual. O direito de fruir podia ser transferido inter vivos e mortis causa, mas não se identificava com a propriedade. Estamos perante concessões periodicamente renovadas em que a posse sem iusta causa não podia conduzir à aquisição da propriedade por usucapião⁵⁴.

A dinâmica jurídica romana era lenta, pois a evolução do costume, que era a fonte predominante como já anotamos, não tem a mesma rapidez que um processo legislativo nos moldes atuais. Portanto, décadas e até séculos se passavam sem que houvesse qualquer modificação na estrutura jurídica romana sobre uma determinada matéria.

⁵⁴ JUSTO, António dos Santos. *Precário: direito romano (breve referência aos direitos sontemporâneos)*. Repositório das Universidades Lusíadas. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/2814/1/LD_13_2.pdf>. Acesso em 10.04.2022).

Note-se que, até o reinado de Adriano (117-138) a estrutura jurídica romana não sofreu grandes modificações, coexistindo um poder normativo do Imperador e um poder normativo do Senado e dos Magistrados. É nesse período que se observam as *Mandatas*⁵⁵, que são instruções que o Imperador manda aos funcionários da administração e aos governadores provinciais, dando-lhes instruções para o correto exercício de suas respectivas magistraturas. É semelhante ao atual decreto regulamentar, embora fosse uma das cinco espécies de constituição imperial. Por isso, não nos parece haver outro diploma jurídico que melhor disciplinaria o *ager publicus* naquele período.

Ainda que houvesse espécies de propriedades públicas de terras, a estrutura jurídica romana, aqui incluindo a estrutura da propriedade pública, subsistiu mesmo após a conquista dos Bárbaros, pois os reinos bárbaros de primeira geração, assim entendidos os reinos mediterrâneos, conservaram por longo avanço, na Idade Média, a estrutura romana. Somente com as monarquias de segunda geração, notadamente a monarquia Merovíngia e a monarquia Lombarda, promoveram profundas modificações na velha estrutura romana⁵⁶.

Após a divisão do Império Romano, Justiniano, que herdara o Império Romano do Oriente, tornou-se absoluto, fundando o seu poder na suposta vontade divina, extinguiu as *mandatas*, as *decretas* e as *rescriptas*, subsistindo apenas os *edicta* ou

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41-43.

⁵⁶ GIORDANI, Mário Curtis. *História dos Reinos Bárbaros: Idade Média III*. Petrópolis: Vozes, 1971, p. 9. V 2 .

leges edictales, que eram ordens do Imperador ao Senado ou a qualquer funcionário sob seu império⁵⁷.

A queda do Império Romano do Ocidente (476), consequência da conquista dos Bárbaros, se representou uma demolição das estruturas políticas vigentes, não representou para o direito romano uma ruptura, já que os ditos Bárbaros sofreram grande influência da cultura romana e da religião cristã, de modo que já estavam romanizados, quando houve a chama invasão bárbara. Para o Direito houve apenas uma evolução e não uma revolução jurídica.

Antes de Justiniano houve condificações de caráter oficial ou particular, mas o *Corpus Juris*, contendo o *Código antigo* (529), o *Digesto* (533), as *Institutas* (533), o *Código novo* (534) e as *Novelas*, se eternizou no solo jurídico. Ao *Corpus Juris*, acresceu-se a palavra *Civilis*, para distingui-lo do *Corpus Juris Cononici*, tonando-se conhecido na posteridade por *Corpus Juris Civilis*⁵⁸.

Enquanto no Império Romano do Oriente, o direito romano subsistia na sua inteireza, no Ocidente já estava em vigor o *Breviário de Alarico*, composto pela *Lei romana dos visigodos*, pelo *Corpo das leis ou Breviário de Aniano*, cuja organização foi determinada por Alarico II, mas concluído sob o mando de Aniano⁵⁹, ambos reis bárbaros.

Aqui cabe uma rápida abordagem sobre o conteúdo histórico das expressões linguísticas “bárbaros” e “visigodos”. A expressão “bárbaros” foi inicialmente utilizada pelos gregos antigos

⁵⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 46-48.

⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 51.

⁵⁹ *Ibid*, p. 50.

para se referir, primeiro, a todos os estrangeiros e, depois, para se referir, de modo pejorativo, aos súditos do Império Aquemênida, especialmente os persas. Mais tarde, os romanos usaram a mesma expressão para designar as tribos nômades da Europa Central e Oriental que estavam além das fronteiras do Império Romano e, portanto, não submissas à *pax romana* e ao seu sistema jurídico-político.

Entre os povos nômades bárbaros estavam os Godos, que habitavam a região banhada pelo Mar Negro, especialmente na região da atual Polônia⁶⁰, e se dividiam em duas etnias com costumes semelhantes, mas com dialetos diferentes. Eram os Visigodos e os Ostrogodos.

No avanço sobre as terras dominadas pelo Império Romano, os Visigodos se espalharam sobre parte do território da atual França e pela Península Ibérica, enquanto que os Ostrogodos ocuparam também parte da atual França e a Península Itálica.

Os Godos não eram os únicos bárbaros, mas são aqueles bárbaros que, no retrospecto histórico, mais interessam ao estudo aqui desenvolvido, especialmente os Visigodos, pois foram eles que, em maior número, ocuparam a Península Ibérica, até serem dominados, no século VIII, pelos Árabes muçulmanos. Boa parte da

⁶⁰ No Século V, o historiador bizantino, de origem gótica, Jordanes, dizia que os Godos eram oriundos de “Scandza”, na Escandinávia: “ *Ex hac igitur Scandza insula quasi officina gentium aut certe velut vagina nationum cum rege suo Berigo Gothi quondam memorantur egressi*” (JORDANES. *Iordanis de Origine Actibusque Getarum*. Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/iordanes1.html>>. Consultado em 03.07.2019). Predomina, porém, o entendimento de que a origem dos Godos é a região da atual Polônia (BORDELÓN, Serafín. *Jordanés y la problemática de la gética. Memorias de Historia Antigua*, Instituto de História Antigua. Oviedo (Espanha), v. 15-16, p. 49-72; SWAIN, Brian Sidney. *Empire of Hope and Tragedy: Jordanes and the Invention of Roman-Gothic History (Tese de doutoramento)*. Ohio (EUA): The Ohio State University, 2014).

estrutura jurídica romana, preservada pelos Visigodos e com os acréscimos culturais por eles promovidos⁶¹, sobreviveu à ocupação árabe e se incorporou às culturas espanhola e portuguesa, notadamente a estrutura jurídica que, pelo processo de colonização português, chegou ao Brasil e nele sobrevive.

Com a retirada das Legiões Romanas e com a ocupação paulatina, pelos Bárbaros, das terras antes pertencentes ao Império Romano, começaram a surgir terras devolutas, ou seja, aquelas terras que antes eram o *ager publicus* romana, passaram a ser *ager publicus visigothorum*. Era o recomeço de um ciclo, em tudo semelhante àquele que já havia ocorrido com as terras conquistadas pelos romanos durante a expansão do Império, cuja semelhança com as terras devolutas já ficou por nós frisada.

Os Visigodos, de origem nômade, não tinham a noção do bem público, pois cada visigodo tinha seus bens pessoais e familiares que se adaptavam à sua condição nômade. Assim também ocorria com a sua Realeza, mas sabiam que a soberania do povo acarretava um direito de propriedade sobre todo o território ocupado.

Entre os bárbaros, os Suevos, que precederam aos Godos e ocuparam as regiões atuais da Galiza e do Norte de Portugal entre os anos 409 e 585, mereceram atenção especial do Imperador Júlio César, mesmo antes da expansão bárbara, mencionando que não tinham a noção da propriedade, já bastante desenvolvida entre os romanos: “*A propriedade privada não existe entre eles, não lhes é permitido permanecer por mais de um ano no mesmo local, portanto, nada se cultiva. Não se sustentam muito de trigo, vivem principalmente do leite*

⁶¹ Lex Visigothorum, liber Decimus.

e da carne dos rebanhos. São também grandes caçadores” ⁶². Pelo que se pode extrair do texto, os suevos eram nômades e a propriedade privada da terra só tem sentido entre os povos sedentários. Não havia a propriedade sobre bens imóveis, mas existia a propriedade sobre os bens móveis pessoais. Tratando-se de nômades, obviamente, cada um tinha seus bens pessoais, inclusive o Monarca. Entre os Suevos, é possível afirmar, que todas as terras eram devolutas e de uso comunitário.

Na ocupação das terras antes pertencentes ao Império Romano, os Monarcas permaneceram com seus bens pessoais, tornando nítida a distinção entre bens públicos e bens privados do Monarca. A propósito leciona Ana Gonçalves Moniz:

(...) o direito visigótico não encarava todo o território dominado como propriedade do Rei. Aliás, deve considerar-se que já era reconhecida personalidade jurídica autónoma ao próprio Estado. Com os visigodos, havia uma distinção mais ou menos nítida entre bens do Rei (não enquanto tal, mas como pessoa) e bens do Estado, baseada num critério de publica utilitas... ⁶³.

A distinção é visível ao jurista, mas não ao leigo, pois a confusão entre a monarquia e o reino só se desfez com o tempo e com o avanço dos estudos romanistas medievais.

O Direito Visigótico não deu tratamento específico à propriedade dos bens públicos, até porque na linha da tradição romana, o que se pode notar no Código Visigótico, o domínio

⁶² CÉSAR, Júlio. *Comentários sobre a Guerra da Gália*. Tradução Francisco Sotero dos Reis. São Paulo: Edições Cultura, 2001, p. 105-106.

⁶³ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Domínio Público: O critério e o regime jurídico da dominilidade*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2003, p. 19.

permanecia em mãos do Estado, figurando os atributos do domínio, para o particular, como mero direito obrigacional, como leciona Paulo Merêa:

*(...) ao lado da venda concebida como ‘acto sintético’, o direito visigótico admitia uma venda de efeitos puramente obrigacionais. Essa venda, derivada do contracto consensual romano, adquiria existência jurídica desde o momento em que o acordo das partes se concretizasse na entrega de uma arra ou (sem dúvida também) na redação de uma escritura*⁶⁴.

Já tivemos oportunidade afirmar, mas importa repetir que os atributos do direito de propriedade não existiam entre os romanos, pois foi obra dos estudiosos romanistas medievais. Então, não poderia mesmo o Código Visigótico ter dado tratamento específico à espécie que ainda não existia.

Uma anotação nos parece relevante no contexto, pois não havia falta de espaço territorial fértil, como relata Gama Barros, mas sim falta de pessoas para explorar a terra nas condições do direito visigótico, o que explica o domínio em mãos do Estado. Os confins da Lusitânia eram considerados como região de elevado risco de latrocínio, o que desestimulava a ocupação sob o abrigo de um direito meramente obrigacional:

*Há terrenos, embora excelentes, cuja cultura não dá vantagem por causa dos latrocínios a que sua situação os expõe; taes são alguns dos que ficam próximos da Celia na Sardenha, e na Hispania os que ficam nos confins da Lusitania*⁶⁵.

⁶⁴ MERÊA, Paulo. *Estudos de Direito Visigótico*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1948, p. 102.

⁶⁵ GAMA BARROS, Henrique da. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia Castro Irmão, 1922, p. 14. t. IV.

Há, porém, repita-se, indícios de que havia divisão entre os bens pessoais do Monarca e os bens públicos propriamente ditos, pois o Código Visigótico distingue a sucessão da pessoa física do Rei e a sucessão da pessoa jurídica da Coroa. Se havia distinção nas sucessões, havia distinção também entre os bens incluídos em cada uma delas. No direito francês, em especial, por influência cultural dos francos, essa é uma questão pacífica, pois não se confunde a Coroa com o Reino:

Os reis da França são herdeiros da coroa e a sucessão do reino da França não é hereditária nem patrimonial, mas legal e estatutária, de sorte que os reis de França são simplesmente sucessores à coroa em virtude da lei e do costume geral da França(Traduzimos)⁶⁶.

Na Alta Idade Média, a *Lex Barbarorum* deixa evidente que o caráter restrito da propriedade germânica já experimentava o alargamento vigente no Direito romano, como é anotado por Ana Gonçalves Moniz:

Deve entender-se como verificada a existência de um verdadeiro direito público visigótico e não de uma mera transposição pouco aperfeiçoada do direito romano público. Com efeito, mesmo no período anterior ao das invasões no Império Romano, os povos germânicos já detinham uma organização política de cariz monárquico não necessariamente rudimentar, nem sempre correspondente à imagem que lhe foi atribuída a partir do humanismo. Daí que se as instituições visigóticas não foram indiferentes aos sucessivos contatos que

⁶⁶ ESMEIN. A. *Cours Élémentaire D'Histoire Du Droit Français*. 11.^a ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912, p. 367.

*tal povo estabeleceu com a civilização romana, a verdade é que mantiveram uma identidade própria*⁶⁷.

A natureza mais coletiva da propriedade germânica cedia espaço à natureza mais individualista da propriedade romana, o que se nota especialmente no Código Visigótico e, entre os Ostrogodos, no Código de Teodorico, o Grande. A síntese comunicativa entre os dois sistemas jurídicos fez surgir a utilidade pública como fator de distinção entre os bens privados, inclusive aqueles pertencentes ao Rei, e os bens públicos, de propriedade do Estado.

Ao testilhar esse tema, é impossível não lembrar a lição contemporânea de Max Weber, dando conta que o Estado moderno tem os seus meios totais de organização política, e os bens públicos aqui estão incluídos, sob o domínio de um chefe único:

*O Estado moderno controla os meios totais de organização política, que na realidade se agrupam sob um chefe único. Nenhuma autoridade isolada possui, pessoalmente, o dinheiro que paga, ou os edifícios, armazéns, ferramentas e máquinas de guerra que controla. No 'Estado' contemporâneo[...] a separação entre o quadro administrativo, os funcionários administrativos e os trabalhadores em relação aos meios materiais de organização administrativa é completa*⁶⁸.

⁶⁷ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Domínio Público: O critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2003, p. 19.

⁶⁸ (WEBER, Max. *A política como vocação*. In: *Ensaio de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. Revisão técnica de Fernando Henrique Cardoso. 5.^a ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 102).

O chefe é único, mas isso não implica na unidade dos entes públicos chefiados e nem na confusão dos bens pessoais do chefe com os bens públicos.

Pelo que tivemos oportunidade de abordar, por ocasião do exame da propriedade romana, aquelas terras decorrentes da ocupação, semelhantes às terras devolutas, eram concedidas aos particulares para fins de uso. Nesse ponto, os romanistas se dividiram em acirrada discussão sobre a qualificação jurídica daquelas concessões. Tais divergências ainda persistem, pois como latim é uma língua morta, nela não se verifica qualquer modificação pelo tempo, o que permite a reedição de divergências antigas.

Uma discussão que grassou a primeira metade do Século XX foi sobre a concessão de terras feita pelo Estado romano, mantida e continuada pelos Bárbaros, aos particulares, se isso caracterizaria ou não a enfiteuse de direito público. Diante da escassez de pessoas interessadas em ocupar as terras, ainda que férteis, como já mencionamos, a solução mais lógica nos parece ser a alienação, pelo Estado ao particular, do domínio útil, o que estimularia a ocupação da terra e a consequente produção agrícola.

De um lado, Alexandre Herculano⁶⁹, Félix Dahn⁷⁰ e Alberto Sampaio⁷¹ sustentavam que as concessões agrárias romanas tinham caráter enfiteutico, no que eram acompanhados por Gama

⁶⁹ HERCULANO, Alexandre. *História de Portugal*. Lisboa: Bertrand, 1980, p. 247. V. III.

⁷⁰ DAHN, Ludwig Julius Sophus Felix. *Rechtsphilosophische Studien*. Berlin: Otto Fante, 1883, p. 105.

⁷¹ SAMPAIO, Alberto. *As vilas do norte de Portugal*. Lisboa: Imprensa da Universidade de Lisboa, 2019, p. 86 e 156. .

Barros⁷², Adriano Vaz Serra⁷³ e Prieto Bances⁷⁴. Pelos motivos já louvados, essa é a posição mais sustentável, o que nos leva a acompanhar essa corrente do pensamento histórico-jurídico.

De outro lado, Paulo Merêa negava que as concessões agrárias bárbaras tivessem a mesma natureza da enfiteuse, argumentando que na *Lex Visigothorum* não havia qualquer dispositivo que atribuísse caráter perpétuo a qualquer das várias espécies de locação do período⁷⁵. Aliás, sustenta o autor que as *precárias* eram as únicas fórmulas de concessão agrária conhecidas entre os hispano-godos⁷⁶, mas, de outro lado, não havia nenhuma proibição. Como a enfiteuse é um instituto de direito privado, aplica-se o princípio de que se não é proibido expressamente, torna-se permitido.

Não se pode, ainda que considerada a discussão mencionada, negar que no direito romano houvesse, embora não com a face contemporânea, uma distinção entre terras públicas (*ager publicus*) e terras privadas (*ager privatus vectugalisque*). Essa distinção, com modificações, subsistiu entre os Bárbaros.

Seja como for, admita-se ou não a existência da enfiteuse, se as terras romanas eram públicas ou privadas, não poderiam, então, ter a natureza e a qualidade das terras devolutas,

⁷² BARROS, Henrique Gama. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia Castro Irmão, 1914, p. 371. V. III.

⁷³ SERRA, Adriano Pais da Silva. *Enfiteuse do Direito Romano, Pensinsular e Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1925 (tese), p. 212.

⁷⁴ PRIETO BANCES, R. *La explotación Rural del Dominio de San Vicente de Oviedo em los Siglos X al XIII*. Coimbra: Coimbra editora, 1940, p. 223.

⁷⁵ "...tiradas as referidas precárias, nenhuma lei nos informa sobre quais eram os vários tipos de concessão em uso, nem sobre se podiam revestir natureza perpétua." (MERÊA, Paulo. *Estudos de Direito Visigótico*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1948, p. 186).

⁷⁶ "Não se tira lição diversa das fórmulas 36 e 37 (escripturas de precárias), as únicas fórmulas de concessão agrária contidas nas coleções" (Opcit, p. 189).

pois estas não encontram lugar em nenhum dos dois elencos, se a olharmos pela face com que se apresenta no Brasil da atualidade.

3. INDÍCIOS DE TERRAS DEVOLUTAS ENTRE OS BENS PÚBLICOS NO REGIME DOS BÁRBAROS VISIGODOS – A SEMENTE DA DISTINÇÃO ENTRE BENS PÚBLICOS ESTATAIS E NÃO ESTATAIS NA CULTURA JURÍDICA LUSÓFONA.

A concessão da propriedade pública, por meio do *precarium*, é uma evidência que havia uma distinção, se não no campo teórico, pois os Godos, na origem, adotavam regras costumeiras, ao menos no campo prático, entre o *ager publicus* e o *ager privatus*. O nomadismo tornava desinteressante a propriedade privada individual da terra, em razão dos constantes deslocamentos migratórios, o que favoreceu a amplificação da noção de propriedade pública da terra ou pelo menos de uso comum. A propriedade da terra só tem sentido entre os povos sedentários, pois nela são fixos e a cultivam, justificando-se a divisão entre propriedade pública, de interesse e uso comum, e propriedade privada, que pode ser de interesse comum, mas de uso e proveito predominantemente individual.

A noção que se extrai é que as monarquias visigóticas tinham propriedades individuais, que não se confundiam com a propriedade pública, embora esta estivesse sujeita às determinações monárquicas. É o que a historiografia medieval viria a chamar de

*os dois corpos do rei*⁷⁷, pois havia bens que não poderiam ser vendidos, já que faziam parte do quanto necessário ao bem comum. Aliás, este ponto é interessante para qualquer estudo sobre os direitos reais administrativos e aqui está a evidência de que já existiam desde longa data e a recente doutrina lusitana faz referência ao patrimônio do Imperador na emergência dos direitos régios⁷⁸, embora depois afirme que a *propriedade pública está ultrapassada*⁷⁹. Oportunamente, ainda neste trabalho, voltaremos ao tema.

Mencionamos o bem comum, mas diante da desorganização social que grassava a Península Ibérica, não era possível sequer saber qual era a dimensão da população que a habitava. Em relação ao território aonde viria a se constituir Portugal, Gama Barros lembra:

Não é necessário um exame muito profundo dos monumentos históricos, desde a queda dos visigodos até o fim do século XI, para se descobrirem n'elles duas indicações, oppostas entre si, quanto ao cômputo dos habitantes que existiriam durante esse período na região, onde no século XII se constituiu o nosso paiz. Por um lado os documentos, e mais do que estes os chronistas ou coevos ou quasi coevos, não só nos mostram um estado de desordem social, occasionada por diversas causas, com o qual havia de ser difícil que se desenvolvesse a população, mas inculcam-nos, até, o frequente despovoamento

⁷⁷ “Uma coisa quase sagrada é uma coisa fiscal, que não pode ser prescindida ou vendida ou transferida para outra pessoa pelo Príncipe ou Rei em exercício; e essas coisas fazem da Coroa o que ela é, e dizem respeito ao bem comum, tais como a paz e a justiça” (KANTOROWICZ, Ernest. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre a teologia política medieval*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 115).

⁷⁸ RAMOS, José Luís Bonifácio. *Direitos Reais Administrativos: Ficção ou realidade?* Lisboa: AAFDL, 2019, 9, p. 53.

⁷⁹ RAMOS, José Luís Bonifácio. *O Regime e a Natureza Jurídica do Direito dos Recursos Geológicos dos Particulares*. Lisboa: AAFDL, 1994, p. 131.

de territórios inteiros com a espada e com o captiveiro. Por outro lado a persistência da lucta, a multiplicidade de actos da vida civil que chegaram até o nosso tempo, e as circumstancias que d'elles resaltam, attestam a existencia, nos séculos X e XI, de uma sociedade muito mais numerosa do que somos induzidos a julgar pela situação anormal em que ella se encontrava. Na narrativa dos chronistas é manifesto o contraste entre a despovoação de territórios inimigos, que se attribue com frequencia aos conquistadores, quer christãos, quer sarracenos, e o augmento que vae tendo a monarchia neo-gothica, onde não só se organizam exercitos para combater os adversarios externos e extender as fronteiras, mas onde tambem se ateiam a miudo as luctas civis. Segundo a Chronica Albeldense (seculo IX), os campos, que chamavam gothicos, ficaram convertidos n'um ermo até o rio Douro por Affonso I, 739-757, que o chronista nos diz, logo em seguida, ter dilatado os seus dominios; e só passado mais de um seculo é que foram mandados repovoar⁸⁰.

Aqui, repisamos, é importante notar a existência de um grande estoque de terras sem ocupação ou destinação, o que viria a legitimar, entre outras causas, a criação, séculos mais tarde, das sesmarias.

Da herança visigótica, as monarquias ibéricas deixaram evidente que faziam distinção entre os bens públicos e os bens privados dos súditos e dos monarcas, distinguindo estes em bens de uso especial exclusivo e bens sujeitos à concessão monárquica aos particulares, em regime de exploração econômica. Ainda assim,

⁸⁰ GAMA BARROS, Henrique. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia da Academia Real das Ciências, 1896, p. 2. t. II.

nem todos os bens sujeitos à concessão eram efetivamente concedidos, dando origem, em Portugal, aos chamados terrenos baldios. Uma pequena inserção aqui se faz necessária, pois muitos autores mais antigos⁸¹, em razão da circunstância que relatamos, apontavam os baldios como antecedente remoto das terras devolutas no Brasil, embora hoje sejam de feições diferentes.

Por conta da crise de 1375, muitas terras nos domínios continentais portugueses foram concedidas aos particulares, sujeitas a rigorosa fiscalização quanto ao seu efetivo aproveitamento econômico, surgindo naquela ocasião o sistema de sesmarias, que viria, dois séculos mais tarde, a ser adotado na colonização das terras brasileiras. Sujeito ou não às críticas, o sistema de sesmarias⁸² permitiu a um reino pequeno, embora forte do ponto de vista econômico e militar, ocupar e manter a posse de uma vasta porção territorial na América do Sul. Sem a adoção daquele sistema, certamente, Portugal teria dificuldades em manter as terras ocupadas.

Enfim, na distinção entre os bens da pessoa física do Rei e do Monarca, enquanto Estado, encontramos a semente da moderna distinção entre bens públicos estatais e bens públicos não estatais ou meramente dominiais. Desde já nos parece importante alertar que bens públicos não é sinônimo de bens estatais, pois estes podem ser públicos ou privados. Sobre isso, a lição de Thiago Marrara é lapidar e esclarecedora:

A razão dessa distinção teórica é simples e revela sua essencialidade. O Estado, em sua estrutura multiforme,

⁸¹ NONATO, Orozimbo. Vide nota 160.

⁸² LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1991, p. 35.

reparte-se em planos políticos federativos, em Poderes, e também em entidades de direito público e de direito privado, tudo isso para se especializar e executar com mais eficiência suas tarefas primárias. Isso revela que nem sempre o Estado atua por uma entidade de direito público interno. Há casos, por exemplo, em que desempenha suas atividades por meio de associações privadas (estatais), empresas (estatais), fundações privadas (estatais) e assim por diante. Daí porque seus bens não são todos públicos. Há bens estatais públicos ou privados⁸³.

Embora todos os bens pertencentes aos domínios territoriais de Portugal pertencessem à Coroa, nem todos aqueles bens eram públicos.

4. OS BENS NAS MONARQUIAS IBÉRICAS

A menção aos bens nas Monarquias Ibéricas se justifica, para os fins da nossa investigação, pois a retomada da Península Ibérica aos invasores mouros implicou na centralização do poder nas mãos dos monarcas, o que os levou a uma reorganização dos territórios dos seus respectivos reinos e isso, mais tarde, seria transposto para as terras conquistadas nas Américas.

De um ponto de vista menos universalizante, o direito romano e o direito visigótico passaram por um longo período de

⁸³ MARRARA, Thiago. *Uso do bem público*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>>. Acesso em 29.03.2022.

adaptação, absorção e unificação até que houvesse a centralização monárquica. Só então, com as Grandes Navegações, é que foram transplantados ao Novo Mundo.

Nessas Monarquias, resta indagar se as terras nas quais se assentavam os reinos eram públicas, privadas e se nelas havia terras devolutas.

4.1. A FORMAÇÃO DAS MONARQUIAS IBÉRICAS

A formação das monarquias ibéricas, de forma diversa da que ocorreu na Inglaterra e na França, não foi porque houve um desenvolvimento de mercado e, com ele, o desenvolvimento de uma classe social, a burguesia, mas sim porque houve a necessidade de unificação da nobreza para expulsar os muçulmanos e retomar o território ibérico. O Império Romano, já sabidamente cristão católico, ao declinar, deixou espaço para a ocupação dos bárbaros e muitos destes se converteram ao cristianismo católico. Ocorre que, a partir de 711, os muçulmanos invadiram paulatinamente toda a Península Ibérica, tomando-a dos bárbaros. A nobreza ibérica, constituída essencialmente por bárbaros convertidos ao cristianismo e por famílias remanescentes dos antigos romanos, se viu diante da necessidade de expulsar os mouros, dando início à guerra de reconquista. A nobreza ibérica, diante das ondas de muçulmanos, refugiou-se ao norte da Península, na região das Astúrias, ao longo da fronteira com a França. Ao final dela, são mantidos quatro reinos, Castela, Navarra, Aragão e Leão, restando ainda a retomada de Granada, consumada em 1492, concluindo a formação da monarquia espanhola.

Naquele momento Portugal ainda era o Condado Portucalense, dado pelo Rei de Castela ao nobre francês Dom Henrique de Borgonha, como dote pelo casamento com a filha ilegítima do Monarca, Teresa de Leão, e como recompensa pelo seu apoio na reconquista da Península Ibérica. A doação feita a Dom Henrique de Borgonha, embora não tenha sido previamente condicionada, é um benefício que lhe foi concedido em razão da reconquista:

O benefício militar bem pode ser um produto da Reconquista, e ainda assim é preciso ver o que se entende por essa expressão. Os exemplos que Sánchez-Albarnoz aduz, dos séculos X e XI, mostram que o serviço militar era frequentemente remunerado com <<prestamos>> ou <<atondos>>, mas não se infere deles que o serviço fosse devido em razão do benefício. O facto de os infanções de Espeja perderem os seus prestamos por se recusarem à prestação da anúduva não quer dizer que a não devessem independentemente dos prestamos, sendo talvez assim que se deva interpretar a frase quomodos totós infanzones facieban⁸⁴.

Foi o filho de Dom Henrique, Dom Afonso Henrique que, com a morte do pai, tornou-se o primeiro Rei de Portugal, da dinastia de Borgonha.

Uma questão de relevo para o estudo aqui efetuado se refere à concessão do foral⁸⁵ concedido a Soure, em junho de 1111, pelo Rei de Leão, portanto, antes da existência do Reino de

⁸⁴ MERÊA, Paulo. *Estudos de Direito Visigótico*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1948, p. 262.

⁸⁵ Os forais decaíram a partir do Século XV, até serem extintos em 1832, no contexto da Revolução Liberal, por José Xavier Mouzinho da Silveira, que se encontrava a serviço de Dom Pedro IV, de Portugal (Dom Pedro I, do Brasil).

Portugal, livrando-a da autoridade de Dom Henrique, a quem havia sido dado o Condado Portucalense. O foral era o instrumento jurídico pelo qual uma cidade, conselho, freguesia ou vila se libertava da autoridade do senhor feudal, colocando-se diretamente sob a autoridade imediata do Rei, embora em Portugal não tenha havido propriamente um feudalismo, mas sim apenas uma influência feudal, através do regime senhorial. O poder político era transferido do senhor para uma Junta ou Conselho, dotado de autonomia própria, mas sujeitando toda a população à jurisdição real. Não se tratava de uma simples transferência de poder, pois a carta de foral era um diploma jurídico, predominantemente de direito público, que regulava as relações da cidade com a Coroa, inclusive quanto aos tributos e as terras públicas. Aqui já havia um regime jurídico para os bens públicos, o que, de forma semelhante, viria a ser usado na colonização do Brasil, quando foram implantadas as Capitânicas, com os seus respectivos forais.

Nos costumes lusitanos, a concessão do foral era marcada, do ponto de vista externo, pela construção do pelourinho, símbolo da autoridade concedida à cidade.

No contexto da guerra de reconquista, surge a ordem de cavalaria dos Pobres Cavaleiros de Cristo e do Templo de Salomão, de caráter militar e religioso, que, de forma paralela ao objetivo papal de retomada da Terra Santa, influenciaria de forma acentuada na criação do Reino de Portugal. O Condado Portucalense pertencia ao Reino de Leão e, em 1112, com a morte de Dom Henrique de Borgonha, assume o condado Dona Teresa, Infanta de Leão, adotando uma política de alianças que não agradaria ao próprio filho Dom Afonso Henriques. No dia de Pentecostes do ano de 1125, Dom Afonso Henriques armou-se

cavaleiro na Ordem dos Pobres Cavaleiros de Cristo e do Templo de Salomão, em cerimônia celebrada na Catedral de Zamora. Em 1128, após vencer sua mãe na Batalha de São Mamede, assumiu o governo do condado, buscando o seu reconhecimento como reino. Em 1139, após vencer a Batalha de Ourique, contra um contingente mouro, Dom Afonso Henriques proclama-se Rei de Portugal, tornando o antigo condado independente do Reino de Leão, recebendo das mãos do Arcebispo de Braga a Coroa dos reis godos. Em 1143, a independência foi reconhecida pelos Reinos de Leão e Castela.

O Tratado de Zamora, celebrado em 05 de outubro de 1143, entre Dom Afonso Henriques e seu primo Dom Afonso VII, de Leão e Castela, resultado da conferência de paz entre ambos, assinala definitivamente a data da independência de Portugal. Dom Afonso Henriques se torna, então, o primeiro de Rei de Portugal. A data de 05 de outubro aparece com relevo na cultura jurídica lusófona, pois é a data da independência de Portugal (1143), é a data da proclamação da República Portuguesa (1910) e, no Brasil, é a data da promulgação da Constituição Republicana de 1988.

Curiosidade à parte, a partir da unificação dos reinos de Leão e Castela, operou-se a unificação de toda a Espanha.

Do ponto de vista jurídico, a história de Portugal iria se confundir por um longo período com a história de Leão e Castela, onde a aplicação do Código Visigótico era a regra. Nesse ponto, lembra Gama Barros que:

A história das instituições administrativas de Portugal, nos primeiros tempos da sua independência, há de ir necessariamente buscar as fontes mais próximas à história social de Leão e Castela, porque os elementos predominantes

então na sociedade portugueza não podiam deixar de ser os mesmos, que prevaleciam também nos Estados de que o novo reino procedia. E ainda séculos depois, da jurisprudência e dos usos de Castela trazíamos princípios e costumes, que sancionavamos na legislação ou introduzíamos no nosso viver; comquanto já no último quartel do seculo XIII as instituições e costumes de Portugal se apresentem com uma feição notavelmente modificada em relação ao que havia sido nos tempos anteriores, e distincta a varios respeitos da que offerecem as outras monarchias da Peninsula. A lei geral em Leão e Castela ao tempo da separação de Portugal era ainda o codigo visigothico. Attestam-no um sem numero de documentos, mostrando até a evidencia ter continuado a vigorar aquelle codigo, ainda por alguns séculos, nos novos reinos que nasceram da reconquista, e estes facto, que é indubitavel, ao passo que nos dá a certeza de que as leis e tradições visigothicas não se haviam obliterado durante o domínio dos sarracenos, convence tambem de que os vencidos continuaram n'esse tempo a regular as relações entre si pelo seu direito particular. O codigo visigothico é, pois, entre os monumentos da nossa primitiva legislação geral, o primeiro na ordem da antiguidade. Deve, portanto, merecer-nos um exame demorado⁸⁶.

Não é objeto do nosso estudo, aprofundarmo-nos no estudo do Código Visigótico, mas é um tema notável e de relevo para a história do Direito, pois revela uma grande influência do direito romano, até na forma da sua organização, pois foi ordenado

⁸⁶ GAMA BARROS, Henrique da. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885, p. 1-2. V.1.

em doze livros, à semelhança do Código de Justiniano. Por isso, feita a nota, voltamos à linearidade da nossa abordagem.

Em 1147, Dom Afonso Henriques conquista Lisboa, mas a independência, por parte da Igreja Católica, só viria a ser reconhecida em 1179, pelo Papa Alexandre III, por meio da Bula *Manifestis Probatum*.

A reconquista⁸⁷ das terras ibéricas aos mouros foi levada a cabo por um grupo pequeno de nobres cristãos, de modo que o estoque de terras em poder desse pequeno grupo foi gigantesco, assim como também o seu prestígio e a renda decorrente da exploração econômica desses bens. Nesse sentido é o relato histórico:

(...) os privilégios da nobreza geravam rendimentos, tenças, rendas indispensáveis para exercer seu papel na sociedade, ou melhor, para a manutenção da linhagem e da sua posição social. O sucesso econômico não era a condição de ingresso no segundo estado, mas o passado de glória não sustentava por si as casas nobres. As famílias sabiam que a falência econômica tornava impossível a sua sobrevivência enquanto grupo privilegiado. Assim, as mercês régias e o patrimônio deveriam gerar rendas capazes de financiar o cotidiano de luxo: festas, casamentos e funerais. As finanças familiares, segundo Scott e Storrs, eram administradas para atender estas finalidades conservadoras e tradicionais. Estranhas à lógica capitalista, as metas administrativas da nobreza europeia não visavam o lucro, mas a ostentação, ou seja, a manutenção do estilo de vida dos nobres. Recorrendo à análise quantitativa, Nuno

⁸⁷ Que havia sido iniciada em 722, pelo godo Dom Pelágio, primeiro Rei das Astúrias, na Batalha de Covadonga.

Monteiro observou a recorrência das dívidas entre os aristocratas portugueses. Os números permitem constatar que os principais credores das casas nobres eram a Misericórdia e o Hospital de Todos-os-Santos, seguidos dos mosteiros, irmandades, confrarias e negociantes da praça de Lisboa. A gestão do patrimônio senhorial - e suas recorrentes dificuldades financeiras - não era propriamente irracional, contrária à suposta racionalidade capitalista, mas antes se pautava na legitimação social do senhorio e na colaboração com a Coroa⁸⁸.

Por fim, é importante advertir que a menção às instituições visigóticas não é desnecessária ao nosso estudo, pois a influência do Código Visigótico ainda se faz sentir em Portugal e em todos os países por ele colonizados, notadamente no Brasil, pois o direito não evolui sem o seu passado. O ancestral mais distante da legislação lusófona é o Código Visigótico.

Não se trata apenas de um código de leis, mas também de um marco histórico da junção definitiva do direito romano com o direito visigótico.

4.2. A FORMAÇÃO FUNDIÁRIA NA PENÍNSULA IBÉRICA

A consumação da reconquista cristã da Península Ibérica restabelece a cultura dos visigodos e, com ela, a noção esboçada antes da invasão mulçumana, com uma propriedade

⁸⁸ RAMINELLI, Ronald. *Nobreza e riqueza no Antigo Regime ibérico setecentista*. Rev. Hist. (São Paulo), n.169, São Paulo, jul/dez. 2013, p. 83-110.

própria do monarca, uma propriedade por ele distribuída à nobreza e uma propriedade distribuída aos bispos. Dentro desse sistema, típico do feudalismo, estabeleciam-se as relações entre os senhores e os seus vassallos. Como assentou António Manuel Hespanha:

“Do ponto de vista jurídico-político, o feudalismo caracteriza-se pela combinação de dois tipos de relações inter-pessoais: por um lado, o pacto de submissão pelo qual o vassallo promete fidelidade e serviços pessoais (acima de todos o serviço militar) ao seu senhor; por outro, a concessão de terras pelo senhor, em retribuição de serviços prestados ou a prestar (beneficium, stipendium), concessão acompanhada de ampla delegação de poderes. Esta concessão era inicialmente uma tenência precária – precarium, tenure (do lat. tenere, deter; a progressiva indispensabilidade dos serviços do vassallo (nomeadamente dos seus serviços militares foi-a transformando em definitiva e hereditária, ao mesmo tempo em que se consolidavam nela múltiplos poderes de natureza ‘pública’ (administração da justiça, cobrança de impostos, organização militar). Assim, para a concepção tradicional, o feudalismo existirá, en propre, onde se verificarem concessões territoriais pelo senhor, acompanhada da delegação de poderes soberanos, em troco de uma promessa, por parte do vassallo, de fidelidade e de prestação de serviços pessoais nobres. Ao lado destas fórmulas jurídicas, a alta idade média conheceu também a figura da simples ‘imunidade’; tal era a situação de um domínio isento (‘coutado’) da jurisdição real – e em que, portanto, cabia ao seu senhor (dominus terrae, Landsherr, senhor da terra’) o desempenho das funções de

soberano – sem que, no entanto, essa imunidade acarretasse obrigações de prestação de qualquer serviço ao soberano”⁸⁹.

Em Portugal, em razão da centralização monárquica, não houve imunidade da nobreza em relação ao poder real, o que implica dizer que o País não conheceu o regime propriamente feudal, mas houve um regime senhorial, de conteúdo semelhante ao feudalismo.

Quando afirmamos que em Portugal não houve um regime propriamente feudal, isso dá porque no feudalismo um homem era praticamente dono de outro homem, em razão da relação de dependência econômica do homem dominado em função da terra⁹⁰. Havia alguma semelhança com o regime senhorial, mas, respeitada eventual opinião divergente, não eram iguais.

Note-se que, antes do início das Grandes Navegações, a terra era a principal fonte de riqueza, sobre a qual se sustentavam as monarquias, as nobrezas e o clero, pois dela saíam os metais, as pedras preciosas e os alimentos. Aliás, as chamadas propriedades do reino não eram as terras ou qualquer outro bem, em si, mas sim a divisão das classes sociais. Assim, a monarquia, tal como a nobreza e o clero, eram propriedades do reino e, a estas classes sociais, eram distribuídas as terras e, conseqüentemente, os acessórios que as acompanhavam. É um traço distintivo da Península Ibérica naquele período.

Então, já na formação das monarquias ibéricas começaram a se formar a divisão da terra em propriedades reais, propriedades senhoriais e propriedades episcopais. Não há, na

⁸⁹ HESPAÑA, António Manuel. *História das Instituições: Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 84-85.

⁹⁰ BLOCH, Marc. *A Sociedade Feudal*. Tradução Emanuel Lourenço Godinho. Lisboa: Edições 70, sdp, p. 1031-1092.

origem, distinções entre o tratamento dado à propriedade dos bens pelas monarquias ibéricas, as primeiras da Europa a se tornarem Estados nacionais.

De uma forma ou de outra, a população estava ligada a terra, numa relação de servidão, prestando obediência a um nobre que dela era o proprietário (senhor feudal) ou a um proprietário eclesiástico, pois o clero era, na sua maioria, oriundo da nobreza. Mesmo dentro da propriedade senhorial, havia uma parte destinada ao uso pessoal do senhor, com casa, celeiros, estábulos e áreas de plantio, denominada de *manso senhorial*. O restante do feudo era composto por propriedades menores denominadas *mansos servis e mansos comunais*. Os primeiros eram cedidos aos particulares, denominados vassalos, os quais buscavam a sua subsistência, mediante a entrega ao senhor feudal de parte da sua produção. Os segundos poderiam ser explorados conjuntamente pelo senhor feudal e pelo vassalo.

A posse, no *manso servil*, tinha dupla natureza, ou seja, o senhor feudal tinha a posse jurídica da terra, enquanto que o vassalo tinha a posse útil daquela mesma terra. Nos *mansos comunais*, a posse do senhor feudal era útil tanto quanto era a posse do vassalo. Normalmente, os *mansos comunais* eram compostos por terras de pastagens, áreas de extrativismo e territórios de caça.

Note-se que, na essência, a propriedade da terra determinava uma relação piramidal de poder, com o rei se colocando no topo e o vassalo em sua base. O nobre também estava sujeito à vassalagem em face do rei, prestando-lhe obediência e recursos para a manutenção do reino.

As terras não concedidas pelo rei a um nobre eram as terras devolutas da Coroa, embora não tenham recebido essa

denominação. É certo que não tinham a feição atual dos baldios, o que nos leva a vê-las como terras devolutas.

Com poucas variações, o sistema era o mesmo adotado em toda a Europa, embora tenha durado menos tempo na Península Ibérica em razão da Guerra de Reconquista, quando a terra estava toda em mãos dos muçulmanos, e em razão da superveniência das Grandes Navegações, cujo objetivo primordial era a busca de rotas comerciais e de produtos comercializáveis, numa atividade dinâmica e diferente daquela que prendia o homem a terra.

Antes do início das Grandes Navegações, a Península Ibérica, como toda a Europa, se viu diante da *Peste Negra*⁹¹, que dizimou boa parte da mão de obra, com a morte de cerca da metade da população de Portugal, sobrevivendo uma crise alimentar, o que levou Dom Fernando I a adotar nova forma de concessão de terras, criando as chamadas *sesmarias*⁹². É como relata Erivaldo Fagundes Neves, foram:

Repetidas epidemias de peste, que dizimavam a população; sucessivas guerras contra Castela (1334-1339, 1369-1370, 1372-1374, 1381-1382); conflitos sociais internos; depressão econômicas e abastecimentos, nos quais segmentos

⁹¹ GOTTFRIED, Robert S. *The black death: natural and human disaster in Medieval Europe*. New York: The Free Press, 1983, p. 7-350.

⁹² Lei Promulgada em 28 de maio de 1375, em Santarém (Portugal), onde se destaca: "(...) *Stabeçemos. Ordinhamos e mandamos que todos que ham herdades suas proprias ou teuerem emprazadas ou aforadas ou per outra qualquer guisa ou titulo perque aiam direito em essas herdades deiam costranjudos pera as laurar e semear. E sse o senhor das herdades nom poder per ssi laurar todas as ditas herdades que ouuer, por serem muitas ou em mujtas desuairadas comarcas ou ele for embargado per algua lidima rrazom per que as nom possa per ssi laurar todas, laure pare delas per ssi e per hu ell quiser e lhe mais aprouver e quanta laurar poder sem grande deu dapno e com meor seu encarrego a bem vista e ordinhaço detremjnhaçom daqueles a que pera esto for dado poder.(...)*" (GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. *O Regramento Jurídico das Sesmarias*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 140).

*sociais de poucos recursos sofriam com a fome, que ceifava muitas vidas por inanição*⁹³.

A adoção do sistema de sesmarias⁹⁴ não foi por acaso, mas sim produto da experiência jurídica e econômica adquirida com a adoção do *sistema de presúrias*, forma transitória de ocupação de terras onde os poderes do Soberano ainda não haviam sido consolidados. É como sustenta Évelyn Carra:

*“Existem momentos históricos em que institutos específicos fazem-se necessários quer pelas particularidades do momento quer pelas tribulações a serem resolvidas. Os fatores que justificavam a presúria remetem às necessidades da guerra e da conquista de terras; quando os limites territoriais das terras do conquistador foram fixados e o Estado se estruturou de maneira satisfatória, o instituto, então, desapareceu. Outrossim, a presúria significava a aquisição de domínio da gleba através do cultivo, com ou sem o auxílio ou interferência do Rei”*⁹⁵.

As primeiras feitorias realizadas em terras brasileiras guardavam grandes semelhanças com as presúrias, notadamente durante as três primeiras décadas da dominação portuguesa, pois bastava a mera ocupação do espaço, com a posse se consolidando ao longo do tempo, na mesma medida em que se consolidava o poder do Soberano sobre as terras ocupadas. Não se desconhece que as feitorias tinham por finalidade o comércio, enquanto que as

⁹³ NEVES, Erivaldo Fagundes. *Sesmarias em Portugal e no Brasil*. Vitória da Conquista (BA): Politéia, v1., n. 1, p. 111-139, 2001.

⁹⁴ A expressão *Sesmaria* decorre de um antigo costume português de dividir a terra de alguém em seis partes (CAETANO, Marcelo. *História do Direito Português (séculos XII a XVI) seguida de subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no século XVI*. Lisboa: Editora Verbo, 2000, p. 280).

⁹⁵ CARRA, Évelyn. *As Sesmarias: do Reino à Colônia* (dissertação de mestrado). Coimbra: Gráfica da Universidade de Coimbra, 2020, p. 11.

presúrias tinham por finalidade a exploração agrícola, mas o seu fim não prejudica a comparação dos princípios com as feitorias, mesmo porque estas, em muitos casos, eram usadas como ponto de apoio para as explorações em curso. É fato que as feitorias não sobreviveriam sem, pelo menos, uma agricultura de subsistência, como se verificou na feitoria de Cananeia, onde Gaspar de Lemos e Américo Vespúcio aportaram em 24 de janeiro de 1502, demarcando os limites das novas terras portuguesas. Naquela ocasião, ali teriam deixado o degredado português Cosme Fernandes, o que seria um ato de posse semelhante a uma *presúria*. Ocorre que, por falta de documentos probatórios desse relato, a data de fundação da feitoria ficou marcada como sendo 12 de agosto de 1531, quando ali aportou Martin Afonso de Souza⁹⁶, mas a ancoragem da frota naval naquele local já indica a existência de uma infraestrutura mínima instalada⁹⁷.

A semelhança que sustentamos é demonstrada por Évelyn Carra, com suporte nas lições de Gama Barros, quando afirma que:

“A fundamentação da propriedade através da presúria dependia da existência de dois fatores: o presor deveria estar sujeito à obediência do rei, e não poderia alienar a terra a outro que não o seu vizinho do mesmo lugar, se decidisse ir viver por outras partes. A partir disso, Gama Barros concluiu que a residência no prédio pretendido era indispensável”⁹⁸.

⁹⁶ ALMEIDA, Antonio Paulino de. *Memória Histórica sobre Cananéia*. Revista de História, v. 22, n. 46, 1966, p. 1-46.

⁹⁷ *Sesmarias*. Publicação Oficial do Arquivo Histórico e Geográfico do Estado de São Paulo. São Paulo: Tipografia do Globo, p. 7-96.

⁹⁸ CARRA, Évelyn. *As Sesmarias: do Reino à Colônia* (dissertação de mestrado). Coimbra: Gráfica da Universidade de Coimbra, 2020, p. 13.

As feitorias eram implantadas por ordem do Rei e o feitor, necessariamente, teria que residir no local. Era uma cultura portuguesa, adquirida com as experiências da reconquista cristã, que foi transferida às novas terras descobertas, aguardando o momento oportuno para a implantação de uma infraestrutura mais complexa.

A descoberta, em si, não conferia pacificamente a Portugal o direito sobre a terra descoberta, pois esse direito decorria da ocupação do território por portugueses, o que justificou a instalação das feitorias e a presença permanente de esporádicos súditos, até que houvesse um povoamento mais numeroso.

É importante anotar a observação de Hélio Vianna, quando afirma que:

“O território hoje brasileiro não se originou de doações papalinas à coroa portuguesa, nem de um acordo prévio entre esta e a espanhola. Não foi obtido simplesmente em consequência da prioridade lusitana no descobrimento marítimo oficialmente válido. Resultou de um esforço trissecular, duro e contínuo, que devemos tanto à ação militar, administrativa e diplomática de Portugal, como à penetração realizada por particulares, entradistas e bandeirantes que desconheciam as barreiras além do Atlântico opostas à sua expansão”⁹⁹.

A formação do Brasil foi uma construção iniciada pelos portugueses e erguida a muitas mãos, mas de um mesmo povo e com a experiência adquirida ao longo tempo. Essa é a compreensão também dos jovens historiadores:

⁹⁹ VIANA, Hélio. *Estudos de História Colonial*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1949, p. 32.

O sistema de sesmarias foi criado em Portugal pelo rei D. Fernando I desde o século XIV e mais tarde, executado no Brasil, durante um período equivalente há quase trezentos anos (1545-1826), visava basicamente resolver o problema da improdutividade das terras ermas, do declínio da população rural e por causa do êxodo rumo aos centros das cidades (...). Nesse sentido, um dos objetivos principais para a criação do regime de sesmarias foi restabelecer a agricultura que estava praticamente abandonada (...). ... no Brasil, essa lei foi implantada com a necessidade de promover a colonização do extenso território¹⁰⁰.

Não é inoportuno dizer que a colonização do território brasileiro começou com os portugueses, mas ainda prossegue, desta feita com os brasileiros, através do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Mudaram-se os nomes, mas a essência continua a mesma e em tempos diferentes.

4.2.1. A expansão ultramarina como necessidade econômica da Monarquia Portuguesa.

A formação dos Estados Nacionais ibéricos, com as respectivas monarquias, foi decisiva para a futura expansão ultramarina. Porém, as Casas Reais necessitavam de rendas para a sua subsistência, razão pela qual o Monarca reservava para si terras suficientes que lhe permitissem auferir a renda que bastasse para a manutenção da família real, para a defesa do reino, sem prejuízo

¹⁰⁰ ROLAND, Samir Lola. *Sesmarias, povoamento e trajetória militar: Inácio José Pinheiro e o processo de colonização do Maranhão Ocidental e Baixada Maranhense (1786-1820)*. Curitiba (Brasil): Editora CRV, 2020, p. 24.

do recebimento dos foros aos quais tinha direito em relação aos senhores feudais que lhe deviam a vassalagem.

A expansão portuguesa ocorreu com o incentivo da fé cristã e levou a bons frutos na Índia, mas as riquezas de lá extraídas não sustentariam a monarquia lusitana, carecendo, pois, de outros meios de sustentabilidade, o que foi logo notado. Isso a levou a ocupar as terras do Brasil. É como diz o Historiador:

As riquezas da Índia deram a Portugal uma opulência fictícia, pois grande parte saía para pagar as utilidades importadas, principalmente manufaturas, e, por outro lado, o desfalque no potencial humano que se perdia na aventura do Oriente era demasiado pesado em relação à população válida do país. De certo modo, a Índia redundara em fracasso e Portugal vira-se na contingência de corrigir a lição que aprendera. A primeira razão das capitânicas hereditárias era ocupar definitivamente a terra, e de modo a povoá-la para assegurar sua defesa¹⁰¹.

As propriedades reais, aqui entendidas propriedades estatais, rapidamente se expandiram e a criação das capitânicas e das sesmarias foi uma consequência inevitável, inclusive da necessidade de ocupação e povoamento das terras descobertas. Toda a terra descoberta era em nome de Sua Majestade, ou seja, do Estado português. É certo que ninguém previa que a manhã do dia 08 de março de 1500 iria marcar definitivamente a entrada do Brasil na comunidade banhada pelo Oceano Atlântico, mas foi um evento político de elevando significado para Portugal, conforme dá conta a literatura histórica sobre a data:

¹⁰¹ DIAS, Demóstenes de Oliveira. *Formação Territorial do Brasil*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1956, p. 15.

De fato, o dia 08 de março de 1500 caiu num domingo. A data fora cuidadosamente escolhida para que Lisboa, já então o principal centro da expansão ultramarina da Europa, pudesse se rejubilar em festejos e celebrações. Fazia apenas oito meses que os dois navios da esquadra de Vasco da Gama tinham retornado àquele mesmo porto da praia do Rastelo, junto ao rio Tejo, trazendo a notícia de que era possível atingir a Índia após circunavegar a África. Os 240 dias que se seguiram ao retorno de Gama foram os mais promissores que Portugal vivera desde a gloriosa conquista de Ceuta, em Marrocos, 85 anos antes. A certeza de que a Índia podia ser alcançada por mar era a recompensa por quase um século de esforços ininterruptos; a coroação de uma aventura que exigira grandes conquistas náuticas, custara muito dinheiro e reclamara centenas de vidas. Com a certeza de que o prêmio por tanto empenho estava ao alcance da mão, o rei D. Manoel I queria que todos – inclusive os espiões da Espanha e de Veneza, os representantes dos comerciantes genoveses e os agentes ingleses, além do povo em geral – vislumbrassem a gloriosa partida de sua nova missão, comercial e guerreira ao reino das especiarias¹⁰².

A esquadra de Cabral, além da sua missão declarada de partir para a Índia, tinha também a missão não declarada de propaganda militar naval, já que impressionava pelo seu volume e tamanho dos navios. O efeito dissuasório sobre os reinos concorrentes era evidente, mas o que não se deixava à vista eram as informações que Cabral levava consigo acerca do que tinha sido contatado por Vasco da Gama. Tão logo cruzasse a linha do

¹⁰² BUENO, Eduardo. *A viagem do descobrimento: um olhar sobre a expedição de Cabral*. Rio de Janeiro: I Brasil, 2006, p. 22-23.

Equador, uma corrente marítima impulsionaria a esquadra para sudoeste, o que levaria a alguma terra firme, pois havia visto vegetação flutuando, algas botelhos rabos-de-asno. Assim, em 22 de abril de 1500, quarenta e quatro dias depois de zarpar de Lisboa, Cabral avistou o Monte Pascoal e, no entardecer daquele mesmo dia, ancorou a esquadra em suas proximidades¹⁰³.

Do ponto de vista externo, as terras descobertas eram todas terras portuguesas, embora, do ponto de vista interno, pudéssemos denomina-las por terras devolutas.

É oportuno salientar que a viagem de Pedro Álvares Cabral tem uma longa e documentada história, mas o seu exame profundo foge ao objeto da nossa pesquisa. Por isso, dela extraímos o que interessa ao ponto de vista brasileiro.

4.2.2. As Propriedades Senhoriais na Europa e em Portugal.

Os feudos, em toda a Europa, eram divididos em *mansos* e estes tinham naturezas jurídicas distintas, conforme a sua forma de exploração econômica. O *manso* poderia ser explorado diretamente pelo senhor feudal, arrecadando para si toda a produção econômica, embora pudesse contar com a ajuda de seus vassallos ou servos, ambos submetidos a juramento de fidelidade. Os *mansos* poderiam ser *senhoriais*, *servis* ou *comunais*.

O *manso senhorial* correspondia à metade das terras cultiváveis de um feudo. Tudo o que era nele produzido era entregue ao *dominus* da terra. Ao trabalho no *manso senhorial*, o servo dedicava parte dos seus dias da semana, de modo que plantava e

¹⁰³ Ibid, p. 47-48.

ceivava o trigo, mas não comia o pão; criava os animais de corte ou de tração, mas não comia a carne e não podia usar os animais, a não ser para o trabalho.

O *manso servil* era aquela gleba destinada ao sustento do vassalo ou servo e de onde ele tirava também os recursos necessários ao pagamento dos tributos.

O *manso comunal* poderia ser usado tanto pelo senhor feudal quanto pelo vassalo ou servo, constituindo-se, normalmente, por campos de pastagens, áreas de coleta extrativista e campos de caça. O manso comunal era importante, pois dele o servo retirava o complemento necessário ao seu sustento, como a caça e a coleta, além da obtenção da lenha para o aquecimento em tempos de inverno.

Note-se que o imobilismo social, característico da Idade Média, aliado a uma forte sustentação na fé católica, permitiu que a estrutura fundiária do feudalismo perdurasse por séculos. A condição social de cada um era conferida por desígnios divinos, de modo que não havia espaço para contestações. Foi sobre esta estrutura social que se ergueu o moderno Estado Nacional, despontando os monarcas como ungidos e eleitos diretamente por Deus.

O senhor feudal tinha poderes absolutos sobre o feudo, fundindo-se nele a figura do particular e do Estado, do privado e do público, de forma que para o essencialmente público restava muito pouco. O absolutismo estatal, através das monarquias absolutas, se refletia na estrutura fundiária e, de forma mais amena, chegou às colônias ultramarinas, embora já com um propósito mercantil.

Não se pode olvidar a menção de que Portugal não conheceu efetivamente um regime feudal, pois ao tempo das grandes navegações a Coroa já tinha o poder centralizado, como lembra Demósthene de Oliveira Dias:

Por outro lado, é de ponderar que Portugal não conheceu verdadeiramente o feudalismo, e ao tempo dos descobrimentos já a Coroa fizera a centralização do poder. As concessões feitas pelo Mestre de Aviz já estavam, a esse tempo, praticamente anulada através da ‘Lei Mental’, provinda de Dom Duarte, autor do ‘Leal Conselheiro’, e cujo fim principal estava em fazer reverter à Coroa, dadas certas condições, aquilo que Dom João I se vira na contingência de distribuir entre a nobreza, quando da luta pela independência nacional¹⁰⁴.

Diante do desconhecimento português acerca do regime feudal, embora tenha conhecido o regime senhorial, cujo conteúdo era semelhante ao conteúdo feudal, naturalmente, as suas colônias também não sofreram reflexos daquele regime que predominou na Europa, mas sim sofreram a influência do regime senhorial. No regime senhorial não havia o sistema de *mansos*.

Ainda sobre o feudalismo, é importante notar que esta expressão não foi usada na época em que aquele regime se verificou, mas sim depois dele, o que justifica o alerta de que nem todos os feudos eram principados ou senhorios. Descreve a história que:

Não há mais de dois séculos que, sob o título La Societé Féodale, um livro pode ter a esperança de dar antecipadamente uma ideia do seu conteúdo. Não que o objectivo em si seja muito antigo. Sob a sua forma latina – feodalis – data da

¹⁰⁴ **Formação Territorial do Brasil**. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1956, p. 14.

*Idade Média. Mais recente, o substantivo 'feudalismo' remonta, no mínimo, ao século XVII. Porém, um e outro termo conservaram ao longo do tempo um valor estritamente jurídico (...). 'Governo Feudal' e 'feudalismo' figuram, nesta acepção, nas Lettres Historiques sur les Parlements, publicadas em 1727, cinco anos depois da morte do seu autor, o conde de Boulainvilliers*¹⁰⁵.

Em nosso trabalho usamos o termo feudalismo no sentido em que ficou juridicamente conhecido, mas a ressalva se faz necessária para atribuir rigor científico à pesquisa.

No Brasil, o regime feudal não chegou a ser adotado, embora alguma característica do regime senhorial possa ser notada em sua formação econômica, especificamente em relação aos antigos senhores de engenhos, e de forma marcante no período escravocrata. A escravidão, porém, difere muito do regime senhorial¹⁰⁶, pois entre ser gente e ser mercadoria a diferença é de substância e forma.

4.2.3. As propriedades episcopais na Europa, em Portugal e sua transposição para o Brasil.

As propriedades episcopais ou eclesiais estão estreitamente ligadas à função religiosa atribuída a determinados bens, juridicamente reconhecidas, primeiro como *res nullius*, desde a época dos romanos, com previsão expressa no Digesto de

¹⁰⁵ BLOCH, Marc. *A Sociedade Feudal*. Tradução Emanuel Lourenço Godinho. Lisboa: Edições 70, sdp, p. 35-36.

¹⁰⁶ PINSK, Jaime. *A Escravidão no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 1988, p. 21.

Justiniano: “*Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt* (D. 1.8.6.2)...*Sacra loca ea sunt, quae publice sunt dedicata, sive in civitate sint sive in agro* (D. 1.8.9)... *Sciendum est locum publicum tunc sacrum fieri posse, cum princeps eum dedicavit vel dedicandi dedit potestatem* (1.8.9.1)”¹⁰⁷. No primeiro dispositivo citado, as coisas sagradas, religiosas e santas são consideradas como coisa de ninguém (*res nullius*), enquanto que, no segundo, foi dada a definição do que se considerava sagrado, envolvendo o conhecimento público da sacralidade do bem. No último dos dispositivos citados, a norma diz quando uma propriedade pública pode ser transformada em lugar sagrado.

Não se olvide o que já anotamos, dando conta que o *Corpus Juris Civilis* só recebeu este nome para distingui-lo do *Corpus Juris Canonici*, o que permite uma noção aproximada do poder episcopal naquela época.

Com o cristianismo se tornando a religião oficial do Império Romano, é natural que aqueles bens sacros fossem destinados à Igreja Católica.

Ao longo de toda a história da Igreja Católica, os bispos ocuparam uma posição fundamental na cadeia hierárquica, tornando-se a coluna dorsal da estrutura religiosa. Na Idade Média, essa importância, hoje aferida por outros critérios, era aferida pela propriedade da terra, que se traduzia em riqueza. Por intermédio dos bispos e ordens religiosas, a Igreja Católica chegou a ser proprietária de dois terços de toda a terra na Europa.

¹⁰⁷ MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano: Livro 1*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90-92.

Não se olvide, mais uma vez, da importância que tinha o direito canônico nas monarquias ibéricas, sustentadas na cultura visigótica, como observou Gama Barros:

*A influência do direito da Igreja nos regimes de uma sociedade civil há de estar, como é obvio, em relação com o grau de preponderância que o clero exercer na direção d'essa sociedade. A autoridade do sacerdócio no governo dos visigodos foi imensa desde a conversão de Recarredo, e manteve-se quase sempre decisiva. Attestam-no as actas dos concílios de Toledo e o próprio código geral, que não faz mais, a alguns respeito, do que reproduzir as resoluções d'esses concílios*¹⁰⁸.

A importância jurídica do clero refletiu nas muitas doações de terras recebidas pela Igreja¹⁰⁹.

A propriedade senhorial da terra, oriunda de doações e concessões, levou a Igreja Católica, de forma crescente, à participação no poder político, ao ponto de ter para si uma vasta região no centro da Península Itálica, conhecida como os Estados Papais, o que perdurou de 756 a 1870. O sistema de exploração era o de vassalagem, típico da Idade Média e do feudalismo, não havendo nenhuma distinção entre a propriedade pública e a propriedade privada do *dominus* feudal.

Com a diminuição acentuada da participação da Igreja Católica no poder temporal e com a unificação da Itália, consumada em 1870, aquela conservou suas propriedades, com o título de propriedades eclesiásticas, isentas de tributação, mas com a regência jurídica de propriedade privada. Na Península Ibérica,

¹⁰⁸ GAMA BARROS, Henrique da. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885, p. 58. t.1.

¹⁰⁹ Ibid, p. 91-218.

onde a influência da Igreja Católica sempre foi muito forte, notadamente porque os reinos envolvidos na reconquista aos muçulmanos eram católicos, não houve contestação das propriedades de natureza privada da Igreja, o que se transportou às colônias portuguesas e espanholas na América, na África e na Ásia.

Enfim, a propriedade eclesiástica só se diferencia da propriedade senhorial pela sua titularidade e pela isenção tributária que ainda lhe é peculiar, mas não pelos atributos próprios do domínio privado, já que o seu uso, fruição e disposição eram feitos de acordo com o sistema econômico de cada época.

Nas colônias portuguesas, em razão da confusão entre algumas ordens, de natureza militar e religiosa, e a monarquia, eram aquelas que faziam a colonização e, ao mesmo tempo, a evangelização. O caso evidente é o da Ordem de Cristo, cujos membros chegaram ao Brasil em 1500, e que incorporou em seus quadros, a partir de 1559, o próprio Rei de Portugal. A Ordem de Cristo, na colonização e exploração econômica da terra, adotou o sistema de *sesmarias*, que já havia sido usado em Portugal em 1375 por Dom Fernando I, e o sistema de *capitanias*, estas para fins de controle público da atividade econômica.

O sistema de *sesmarias*, como toda a colonização brasileira, obedecia a um duplo ordenamento, ou seja, um sacro e outro religioso, embora isso não ficasse muito evidente em razão da confusão entre o Estado e a Igreja:

No começo da colonização, o território brasileiro submetia-se a dois conjuntos distintos, e por vezes conflitantes, de normas: as bulas papais e as ordenações do reino. De acordo com os preceitos inscritos nas cartas pontifícias, as terras do Brasil

pertenciam à Ordem de Cristo, posto que se achavam colocadas sob sua jurisdição espiritual e cabia-lhe – pelo auxílio financeiro para as conquistas ultramarinas e para fazer face aos gastos para a propagação da fé – o direito de receber o dízimo. Por outro lado, as Ordenações, que nada previam em relação à cobrança dos dízimos, proibiam que Ordens, Igrejas e Mosteiros se apropriassem dos maninhos – caso das terras da Colônia, que nunca haviam sido lavradas ou aproveitadas – que não fossem possuídos por título aquisitivo apropriado. Como essas entidades, entre elas a Ordem de Cristo, achavam-se impedidas de fazer uso de contratos de aforamento ou enfiteuse com os povoadores, inevitável se tornava a transplantação do instituto das sesmarias, para a terra achada por Cabral, suposto que meio legal diverso não havia para povoamento da imensa gleba, ainda inviolada. Em decorrência, ficava subentendido que os maninhos descobertos no Brasil constituíam propriedade da Coroa portuguesa, ainda que sobre seus beneficiários recaísse a obrigatoriedade do pagamento de dízimos à Ordem de Cristo¹¹⁰.

As marcas da *Ordem de Cristo* em todo o território brasileiro são inegáveis e indeléveis ainda hoje. Desde o primeiro nome atribuído a terra, que tem por inspiração aquela Ordem de Cavalaria, como relata Pero de Magalhães Gandavo, no Tratado da Terra do Brasil:

¹¹⁰ NOZOE, Nelson. *Sesmarias e apossamento de terras no Brasil Colônia*. Disponível em: <<https://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf>>. Acesso em 18.04.2022.

...o que não parece carecer de mistério, porque assim como nestes reinos de Portugal trazem a cruz no peito por insígnia e da ordem e cavalaria de Cristo, assim prouve a ele que essa terra se descobrisse a tempo que o tal nome (de Santa Cruz) lhe pudesse ser dado neste santo dia (3 de maio), pois havia de ser possuída de portugueses e ficar por herança de patrimônio ao mestre da mesma ordem de Cristo¹¹¹.

Até a sua última expansão territorial, consumada com a aquisição por compra da Bolívia em 1903, de uma área de 164.123,040 quilômetros quadrados, que constitui o atual Estado do Acre, há sempre a referida marca da Ordem de Cristo.

Alguns Estados brasileiros parecem mesmo refletir a história daquela Ordem, pois o Estado do Acre recebeu esse nome em homenagem à Fortaleza da Ordem dos Pobres Cavaleiros de Cristo e do Templo de Salomão (antecessora da Ordem de Cristo) na Terra Santa (Fortaleza de São João de Acre). Soure, no Estado do Pará, reflete o nome de uma das primeiras doações feitas à primitiva Ordem, mesmo antes da independência de Portugal, doação efetivada em 19 de março de 1128, após a consumação da conquista de Coimbra em 1064. Referimo-nos ao Castelo de Soure, no Distrito de Coimbra. No mesmo Estado, é possível anotar os nomes de Porto de Mós, Alter do Chão e Belém, a própria capital, entre muitos outros.

Ocorre que as ordens militares religiosas, após a reconquista e com perda definitiva da Terra Santa, foram perdendo gradativamente a sua importância e força, razão pela qual foram

¹¹¹ GANDAVO, Pero de Magalhães. *Tratado da Terra do Brasil.: História de Província de Santa Cruz, a que vulgarmente chamamos Brasil*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008, p. 92. V.100.

utilizadas na expansão ultramarina. Por isso, a Ordem de Cristo, sucessora da Ordem dos Pobres Cavaleiros de Cristo e do Templo de Salomão, assim feita pelas mãos de Dom Diniz, já não tinha mais a mesma importância de outrora, como lembra Gama Barros¹¹². Os Cavaleiros da Ordem de Cristo já não tinham o mesmo prestígio, mas tinham a experiência e o conhecimento necessários à tarefa de colonização.

A partir daqui, nas colônias já se desenha, de forma bem nítida, a futura separação entre a propriedade pública e a propriedade privada, pois os capitães gerais, ou capitães generais, todos cavaleiros da Ordem de Cristo, de toda a terra recebida como *capitania*, só poderiam ficar para si com vinte por cento, devendo distribuir aos particulares, para fins de exploração econômica e tributação, os outros oitenta por cento, na forma de *sesmaria*¹¹³. Em muitos casos, a própria concessão da sesmaria viria a ser o marco de criação dos municípios brasileiros¹¹⁴, em razão da formação dos ajuntamentos humanos pelos colonizadores.

As propriedades episcopais e das ordens religiosas ocupariam lugar de destaque na formação fundiária brasileira, o que será examinado em momento oportuno.

¹¹² ¹¹² GAMA BARROS, Henrique da *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885, p. 360-388. V.1.

¹¹³ FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, vol. I, item 34; FONSECA, Célia Freire. *Dicionário da História de Portugal: Sesmarias no Brasil*. Dirigido por Joel Serrão. Porto (Portugal): Figueirinhas, sd, p. 545-546, vol. V; SALDANHA, António Vasconcelos de. *As Capitânicas: O Regime Senhorial na Expansão Ultramarina Portuguesa*. Funchal (Portugal): Secretaria Regional de Turismo, Cultura e Emigração, 1992.

¹¹⁴ GARAVAZO, Juliana. *Riqueza e Escravidão no Nordeste Paulista: Batatais, 1871-1887*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 21-22 (Dissertação de Mestrado).

5. OS BENS PÚBLICOS NO DIREITO PORTUGUÊS, NO PERÍODO ANTERIOR À INDEPENDÊNCIA DO BRASIL.

5.1. A DISCIPLINA JURÍDICA DOS BENS DO DIREITO ROMANO APLICADA À PENÍNSULA IBÉRICA

O direito português, como é cediço, brota de duas grandes fontes¹¹⁵. A primeira são as leis decorrentes de hábitos e costumes nacionais e a segunda decorre do direito romano, pois os romanos, na ocupação da região antes ocupada pelos fenícios¹¹⁶, gregos e celtas, deixaram a marca indelével do seu gênio jurídico, mas isso não foi o suficiente para apagar os hábitos decorrentes da cultura local anterior¹¹⁷. Antes da criação do reino de Portugal, o direito que vigorava na antiga Lusitânia¹¹⁸ eram os fragmentos do direito romano compilados no *Édito Perpétuo*¹¹⁹, instituído no Século

¹¹⁵ “... nas Ordenações Philippinas contem dous elementos, a Legislação nacional, fructo da idéias, opiniões, e costumes da população em diferentes epochas; e a Romana, considerada Direito Commum, tanto a que foi incorporada, como a que o Legislador considerou subsidiaria” (ALMEIDA, Cândido Mendes. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14.a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. VII).

¹¹⁶ “Sabe-se que tanto os Fenícios como os Gregos estabeleceram na Península colónias importantes e que os Cartagineses levaram a ocupação até às regiões interiores. Porém, tudo se ignora ao certo sobre o direito por eles aqui adoptado” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5.ª ed. rev. atualizada. Coimbra (Portugal): Almedina, 2018, p. 94).

¹¹⁷ “Múltiplos factores estão na génese do direito romano vulgar. Podem, contudo, reconduzir-se a dois parâmetros básicos: a descaracterização do sistema romano clássico e a persistência ou revitalização de direitos locais ou regionais” (Ibid, p. 112).

¹¹⁸ Em contraposição à expressão antiga Lusitânia, a Capitania de Pernambuco, doada a Duarte Coelho em 10 de abril de 1534 e com foral expedido em 24 de setembro daquele mesmo ano, recebeu também o nome de Nova Lusitânia. Foi a doação portuguesa mais antiga feita na América (DIAS, Demóstenes de Oliveira. *Formação Territorial do Brasil*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1956, p. 51)

¹¹⁹ “...Destas datas se vê que tendo a Lusitania, como as outras provincias da Hespanha, passado ao dominio dos Barbaros desde o principio do 5.º século (409), não voltando mais ao Poder Romano, nunca o Codigo Theodosireno, nem o Corpus

IV por Justiniano, que haviam sido conservados pelos reis godos e que permaneceram nos costumes durante a ocupação sarracena, com os acréscimos pré-romanos.

Antes da chegada dos romanos à Península Ibérica, o que se completa em 19 a. C, não havia nada que se assemelhasse a um direito comum, pois os múltiplos Estados, cada um deles com costumes e normativas diferentes, não tinham um denominador jurídico comum. Era um direito local e costumeiro, autônomo e baseado em vínculos familiares¹²⁰. Naquelas estruturas estatais não havia nenhuma distinção entre bens públicos e bens privados, já que mesmo os bens comuns pertenciam a uma mesma família.

Neste contexto, merece uma menção específica aos Vaceus, povo celtibérico que habitava o centro da Península Ibérica antes da chegada dos romanos, pois adotava um sistema de

*Juriis tiverão força de Lei ali; nem naquellas épocas podião propagar-se o seu conhecimento e estudo. - Na Lusitania, os primeiros Barbaros de origem Germanica que ali se estabelecerão por conquista forão os Alános, que pouco se demorarão desbaratados por Wallia, Rey dos Visigodos, em 418, seguindo-se os Vandalos que passarão logo para Africa em 729, e depois os Suevos e Visigodos. Os Suevos commandados por Hermanerico, estabelecerão-se ali desde 409 e conservarão-se tanto na Lusitania como na Galliza até 580, quando os Visigodos, que já se achavão de posse da maior parte da Hespanha os subjugarão no reinado de Leovigildo. Assim se conservou o paiz até a época da conquista Sarracena em 711. Portanto o Direito Romano que vigorava na antiga Lusitania não consistia, antes do Edicto Perpetuo, senão em diferentes privilegios e direitos concedidos a diversas cidades, provavelmente Colonias Romanas, ou elevadas á esse gráo, e posteriormente o mesmo Edicto, e os Codigos gregorianoe Hermogeniano.” (ALMEIDA, Cândido Mendes. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14.a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. XII - XIII)*

¹²⁰ “Essas unidades políticas eram integradas por clãs ou gentilidades e por grupos locais ou povoados, que se mantinham uns relativamente aos outros, como círculos fechados, em princípio, e gozando de considerável autonomia. Os povoados radicavam na comunidade de vida local, enquanto os clãs se baseavam num vínculo familiar. Estes últimos, como as ‘gentes’ da antiga organização social romana, consistiam em conjuntos de famílias descendentes de um mesmo tronco, identificadas no culto religioso e na chefia política, e que tinham o seu direito próprio” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5.^a ed. rev. atualizada. Coimbra (Portugal): Almedina, 2018, p. 85).

propriedade de uso coletivo¹²¹, não importando a família ou clã, o que era atípico entre os povos ibéricos. Há discordância entre os historiadores do direito ibérico sobre este ponto, mas o registro histórico sobre a propriedade coletivista na Península Ibérica não pode deixar de ser feito, embora, a nosso ver, apenas o seu uso tenha sido coletivo.

Superada a fase da conquista romana (19 D.C), depois de dois séculos de guerras aos cartagineses e de inúmeras revoltas locais, sobrevém a *pax romana* e a assimilação das instituições políticas, da estrutura social e do direito romano, com a adaptação de alguns institutos que os romanos já haviam absorvido dos gregos antigos, como é o caso da controvertida enfiteuse¹²², que se tornaria importante na exploração agrícola das terras conquistadas. A romanização metódica começa com a concessão da *latinidade* aos ibéricos, levada a efeito por Vespasiano (73/74 D.C), depois estendida por Caracala a todos os habitantes do Império Romano (212 D.C).

Apenas para que não parem dúvidas sobre a narrativa aqui efetuada, os romanos distinguem a população livre sob seu domínio em três categorias básicas: os cidadãos romanos, os latinos e os peregrinos. O *cidadão romano* gozava de todos os direitos, próprios do *ius civile*, com capacidade plena para todos os atos da vida civil. Os *latinos*, habitantes primitivos das sete colinas do Lácio, por sua vez, tinham por estatuto o *jus gentium* e se dividiam

¹²¹ “Outros pretendem que os Vaceus, povo celtibérico, ou aproximado, que habitava o centro da Península, adotaram um regime de propriedade agrária de tipo coletivista” (Ibid, p. 93).

¹²² “...assim sucede a respeito da enfiteuse, uma instituição de origem grega e também difundida entre os romanos. Todavia, não se pode demonstrar que os aforamentos ou emprazamentos, que assumiram grande importância no quadro dos contratos de exploração agrícola do direito peninsular, desde a Reconquista, tenham esse antecedente primitivo, originado pelos colonizadores gregos”. (Ibid, p. 95).

em *latini veteres* (latinos antigos), *latini coloniarii* (latinos coloniais) e *latini iuniani* (latinos juniani). Os latinos antigos tinham o *ius connubi* e o *ius commercii*, assim como os cidadãos, mas eram limitados no campo do direito público, pois neste só tinham o direito de votar (*ius suffragii*). Porém, poderiam adquirir a cidadania romana plena, caso viessem a morar em Roma a qualquer tempo. Os latinos coloniais eram aqueles habitantes das colônias romanas, que recebiam a latinidade como privilégio. Tinham o *ius suffragii* e o *ius commercii*, mas não o *ius connubi*. Os latinos antigos e os latinos coloniais, quando exerciam cargos públicos na colônia romana, adquiriam automaticamente a cidadania romana.

Foi por intermédio dos latinos coloniais, que nas suas relações negociais privadas tinham o *ius commercii*, que o direito romano, com exceção do direito de família, se fixou entre os povos ibéricos, em razão do seu aspecto prático. Embora os latinos coloniais, no campo do direito público, tivessem o *ius suffragii*, não o exerciam, pois isso dependia da presença deles em Roma, em épocas específicas, o que era dispendioso e nada prático. Então, do direito público romano, em razão da ausência de prática, pouco ou nada restou entre os ibéricos.

Os latinos junianos, por sua vez, eram aqueles sujeitos à disciplina da *Lex Iunia Norbana* (19 D.C) e se constituíam basicamente por antigos escravos que haviam obtido o *status libertatis*, porém, sem efeitos de cidadania.

Por fim, os peregrinos, que não tinham nenhuma disciplina jurídica e nenhuma proteção do Estado romano, eram constituídos por *hostes* estrangeiras ou inimigas, que eram regidos pelo direito existente na localidade antes da ocupação romana. Excepcionalmente, admitia-se que se subordinassem ao *ius gentium*, em suas relações privadas e nas relações com os romanos.

Toda a estrutura social adotada pelos romanos, em maior ou menor grau, veio para a Península Ibérica, mas a sua assimilação não foi tranquila e imediata. A estrutura social romana, é importante ressaltar, já havia formado uma síntese com os costumes visigóticos, tendo mantido as servidões e o direito de propriedade sobre servos e escravos, conforme anotou Gama Barros¹²³, o que só viria a se extinguir século depois.

A colonização do interior da Península Ibérica, em razão da natureza não submissa de várias tribos locais, entre elas os lusitanos, de início, liderados por Viriato (137 a.C) e depois por Sertório (72 a.C), foi demorada e dispendiosa, obrigando os romanos a manterem as legiões estacionadas na Península. Com elas, sobreveio a imposição da estrutura administrativa e a vinda de funcionários públicos romanos, além de colonos, já que não lhes era possível contar com a adesão da população local. Com a estrutura estatal romana, ressaltando a estrutura jurídica, chega à Península Ibérica o *Ager Publicus romana*. Não se sabe ao certo em que momento preciso isso ocorreu, adotando-se, para tanto a consumação da conquista romana (19 D.C), mas é certo que aqui começa a distinção entre bens públicos e privados, pois essa já era uma distinção conhecida e adotada pelos colonizadores romanos.

A distribuição das terras públicas romanas, o *ager publicus*, ocorreu predominantemente aos latinos coloniais, restando, porém, terras não distribuídas, que seriam as *devolutas*, no conceito contemporâneo.

O direito romano, na sua plenitude, foi adotado na Península Ibérica em 212 D.C, quando Caracala estendeu a

¹²³ GAMA BARROS, Henrique. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia da Academia Real de Ciências, 1896, p. 32-38.

cidadania romana a todos os habitantes do Império, o que era inevitável, pois mais da metade da população do Império já era composta por cidadãos romanos e a outra parte por latinos. Portanto, era uma situação de fato, carecendo apenas do reconhecimento jurídico.

5.2. OS BENS DO DIREITO GERMÂNICO APLICADO À PENÍNSULA IBÉRICA

Os povos germânicos são ditos de raça indo-europeia, oriundos da Ásia Central e da Europa Central, que, em algum momento da pré-história, se fixaram na região do Mar Báltico, ocupando a área onde hoje se localiza a Dinamarca, parte da Suécia e a área de Schleswig-Holstein. Desses pontos, hordas migratórias partiram rumo aos diversos pontos da Europa, causando o surgimento de várias divisões étnicas. Muitas são as classificações étnicas dos povos germânicos, mas os historiadores do direito dividem e limitam esta classificação a quatro grupos: *os germanos antigos ou ocidentais*; *os germanos do Norte* e *os germanos orientais*. Entre os germanos antigos ou ocidentais, estão os Francos, os Suevos, os Bávaros, os Alamanos, os Turíngios, os Cimbrios, os Teutões, os Anglos, os Varnos, os Saxões e os Frísios. Entre os germanos do Norte estão os Suecos, os Noruegueses, os Dinamarqueses e os Islandeses. Por fim, entre os germanos orientais estão os Alanos, os Vândalos, os Borgúndios e os Godos, que nos interessam mais de perto e se dividem entre Visigodos e Ostrogodos, já autônomos antes mesmo da invasão ao Império Romano.

Estes chegaram às colônias ibéricas na América, através dos portugueses e espanhóis (Visigodos), e, mais tarde, com a

imigração italiana (Ostrogodos) para o Brasil e para a Argentina. Ainda que se trate de Países independentes e com disciplina jurídica própria e característica, as amarras culturais não se rompem de imediato, perdurando às vezes por séculos ou milênios¹²⁴. O direito se forma com o tempo e com o brotar da cultura, dependendo de trato frequente e de uma acurada manipulação intelectual e acadêmica. Nestes países subsistem, pois, traços do direito germânico.

A escassez de fontes de pesquisa sobre o direito dos povos germânicos impede o conhecimento pleno de períodos relativamente longos, pois os poucos marcos literários são os *Commentarii de Bello Gallico*, de César, escrito no Século I a. C, e *De Origine et Situ Germanorum*, de Tácito, escrito no fim do Século I. Entre o Século I e a consumação das invasões bárbaras (476), pouco se sabe sobre o direito dos povos germânicos, salvo que o contato deles com as fronteiras do Império Romano já havia produzido modificações culturais de grande relevo, especialmente em relação aos Visigodos, pois estes ocupavam a região do baixo Rio Danúbio e adotaram como religião o *arianismo*, uma forma primitiva de cristianismo, considerada herética pelo catolicismo romano.

Portanto, houve uma modificação cultural significativa entre os bárbaros¹²⁵ descritos por César em *Commentarii de Bello Gallico*, como aqueles que não conheciam o direito de propriedade,

¹²⁴ “Uma das lições definitivas da história do direito ensina que à Independência política de um Estado saído de um berço imperial nunca corresponde uma imediata autonomia do sistema jurídico. Nenhum Estado nasce com uma roupagem jurídica inteiramente nova. A emancipação apenas se verifica gradualmente, com o decurso de tempo” (MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando, NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 47).

¹²⁵ Bárbaros, para os romanos, eram todos aqueles estrangeiros, estranhos aos seus domínios e à sua cultura (THIEME, Hans. *Unidad y pluralidade em la historia del Derecho europeo*. Tradução de Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965, p. 691. T. XLIX).

e aqueles que invadiram o Império Romano, pois estes, especialmente os Visigodos na Península Ibérica, já tinham uma acentuada noção entre os bens privados e o *ager publicus* romano, até porque as soluções técnicas no campo do direito romano eram muito mais evoluídas e facilitadas. Os bárbaros, especialmente os Visigodos, já não eram mais aqueles nômades de outrora, já haviam se habituado à vida numa comunidade¹²⁶. Aliás, nos três textos legais que sobreviveram intactos, o *Breviário de Alarico* (506 D.C), a *Lei de Teudis* (546 D.C) e o *Código Visigótico*, isso restou bem evidente.

É importante notar que o direito dos bárbaros e o direito dos romanos já não poderiam conviver num mesmo espaço, com cada raça aplicando o seu sistema jurídico, pois o *princípio da territorialidade do direito*¹²⁷ manda que num mesmo território, aplique-se, em regra, o mesmo ordenamento jurídico. Bem por isso, do entremeio do direito germânico e do direito romano, surge um novo sistema jurídico, aglutinando características dos dois sistemas, acrescido das peculiaridades nacionais e locais:

Dessa fusão ou interpenetração de elementos romanos e germânicos, produzida essencialmente a nível popular ou da prática do direito, mercê, em grande parte, de normas consuetudinárias que não apresentavam diferenças profundas, surgiu um lastro jurídico unificado, embora com manifestas variedades locais. Por ele se regeram os povos da Europa

¹²⁶ “Crê-se que, predominantemente, se agrupavam em povoados, assentando cada um deles numa comunidade económico-agrária – a marca (“Mark”). Todavia, avançava-se para um sistema de propriedade privada. Os componentes da mesma família ou estirpe (“Sippe”) formavam unidade com grande significado social e jurídico” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5.^a ed. rev. atualizada. Coimbra (Portugal): Almedina, 2018, p. 122).

¹²⁷ Ao princípio da territorialidade se opõe o princípio da personalidade ou da nacionalidade do direito, segundo os quais havia, para os germânicos, um direito e para os romanos outro direito.

*ocidental até ao chamado renascimento do direito romano justinianeu, produzido, sobretudo, a partir do século XX*¹²⁸.

É o conhecido sistema romano-germânico ou *civil law*.

Não se perca de vista que o princípio da territorialidade do direito angariou maior simpatia entre os historiadores do direito, mas o princípio da personalidade foi adotado em muitos Estados Bárbaros¹²⁹.

Entre os suevos, povo germânico oriental que primeiro chegou à Península Ibérica, vigorava um direito germânico com maior influência do princípio da personalidade, pois tiveram contato por menos tempo com as fronteiras do Império Romano, enquanto que o direito dos godos dedicava maior prestígio ao princípio da territorialidade. As leis bárbaras, notadamente aquelas já mencionadas, se dividiam em *leges romanae barbarorum*, que eram normas de direito romano para os povos germânicos, e as *capitulares*, que eram normas editadas pelos Reis Bárbaros, que as dividiam em capítulos, destacando-se nisso as monarquias francas. As *capitulares* eram normas onde predominava o direito público.

Ainda que houvesse um esboço de Estado entre os bárbaros, não havia uma estrutura jurídica, semelhante à estrutura romana, que permitisse distinguir a figura abstrata do Estado. A monarquia, ao mesmo tempo em que não encarnava o Estado, ela era o próprio Estado, onde predominava a força. É o que leciona Mário Curtis Giordani:

No estudo da organização política dos Reinos Bárbaros, dois elementos são preponderantes e, ou, se completam

¹²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5.^a ed. rev. atualizada. Coimbra (Portugal): Almedina, 2018, p. 124.

¹²⁹ D'ORS, Álvaro. *La territorialidad del derecho de los visigodos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, p. 433. V. XXXI.

harmonicamente ou se antagonizam, às vezes profundamente: a realeza e a aristocracia. O princípio predominante nos estados fundados sobre as ruínas do Império Romano era a força. Essa afirmativa exige imediatamente uma explicação sobre a noção de estado então vigente. O vocábulo não deve levar-nos a um equívoco. A ideia de Estado, conceito e organismo que contém, define e coordena os deveres e os direitos dos indivíduos e dos grupos e força-os a cumpri-los e respeitá-los, estava ausente da realidade da Idade Média nascente; a forma e a atração que lhe havia dado Roma encontravam-se quase ignoradas. O pensamento segundo o qual poderia existir um território politicamente governado em virtude de uma verdadeira soberania, para a satisfação do interesse geral, e não para a satisfação do chefe e de suas tropas, era desconhecido. A Realeza constituía a mola real dos reinos bárbaros. Bárbara de origem, foi-se modificando com o decorrer das migrações, e seguidamente no contato com Roma. A necessidade de uma autoridade forte para guiar o povo em busca de terras e vencer os que se opusessem ao seu avanço e instalação; o prestígio e as riquezas que as vitórias e conquistas granjearam ao chefe, exemplo e herança do absolutismo imperial: tudo isso aumentou imenso(sic) um poder inicialmente pequeno. Conservou, no entanto, o seu caráter fundamental: permaneceu pessoal¹³⁰.

Embora não se encontre, entre os visigodos, regras típicas de direito público, entre os *alamanos*, na *lex alamannorum* (entre 629 e 639), nos capítulos 24 a 44, nota-se claras regras de direito público, o que permite presumir que, mesmo de forma não

¹³⁰ GIORDANI, Mário Curtis. *História dos Reinos Bárbaros*. Petrópolis: Vozes, 1971, p. 11.

expressa, havia uma prática própria do direito público entre os bárbaros, até porque, se assim não fosse, os reis bárbaros não teriam como distribuir terras públicas¹³¹ ou devolutas aos colonos. Então, tais bens não poderiam se confundir com os bens pessoais do monarca, o que já se evidenciou quando mencionamos o *foral* concedido a Soure.

É notável a forma como o direito visigodo ainda sobrevive nos países de colonização portuguesa. No Brasil, a colonização e a distribuição de terras para este fim, ainda é feita do mesmo modo. O Estado faz o assentamento e o colono tem a obrigação de fidelidade com o compromisso assumido de ocupar a terra e lhe dar destinação econômica, sob pena de não obter o título definitivo de propriedade e ter que devolver a gleba de terra recebida. Substituindo o monarca pelo Estado, muito pouco se diferencia.

Ainda sobre os bens na Península Ibérica, releva notar que o Rei Vália e o Imperador Honório celebraram um *foedus*¹³², em 448 D.C, onde disciplinavam o assentamento dos visigodos na Gália. O acordo era uma recompensa dos romanos pela desistência dos godos em ocupar outras partes do Império Romano. Pelo acordo, os visigodos ficariam com três partes de um determinado prédio rústico (*sortes gothicae*), enquanto que os romanos coloniais

¹³¹ “Sanchez-Albornoz, sem fazer sua a doutrina de Pérez Pujol – que ele considera com razão como a parte mais infeliz de toda a sua obra -, sustenta, todavia que a Espanha visigoda conheceu as formas embrionárias do feudo. Pretende efetivamente demonstrar que, não obstante os preceitos da lei visigótica sobre doações régias (c. Eur. 305 e L. Visig. V, 2, 2), os reis visigodos praticavam, a par das doações em propriedade plena, concessões temporárias em estreita relação com o vínculo de fidelidade que unia o beneficiário ao monarca, por forma que o primeiro não podia dispor livremente dos bens, e o rompimento do vínculo, ou a morte do rei ou do fiel, fazia cessar o direito aos bens” (Merêa, Paulo. **Estudos de Direito Visigótico**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948, p. 259).

¹³² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5.^a ed. rev. atualizada. Coimbra (Portugal): Almedina, 2018, p. 138.

ficariam com uma parte (*tertia romanorum*), sem prejuízo da existência dos baldios (com a semelhança com as terras devolutas) e das terras comuns, que eram destinados ao uso de todos os proprietários locais¹³³.

Os baldios daquela época, ainda hoje existentes em Portugal, são as terras devolutas no Brasil, embora, repita-se, com disciplinas jurídicas diferentes.

Começa, então, o esboço de um direito ibérico e, com ele, o esboço de um direito tipicamente lusófono.

5.3. OS BENS PÚBLICOS DURANTE A OCUPAÇÃO SARRACENA

Em 711, uma força muçulmana, comandada pelo General Tárique, no vácuo gerado pela disputa política pela sucessão no reino visigótico, instalada com a morte do Rei Vitiza (710), invadiu a Península Ibérica, dando origem, primeiro a uma província do Califado Omíada e, mais adiante, ao Emirado de Córdoba, obrigando as realezas e a nobreza cristãs visigóticas a se refugiarem ao norte da Península, no Reino das Astúrias, região que antes havia sido ocupada pelos Suevos e pelos mesmos Visigodos, que, em razão da facilidade defensiva proporcionada pela Cordilheira Cantábrica, propiciava uma melhor organização defensiva e uma reorganização cristã para fins de reconquista do território perdido. Dali, sob o comando do Rei D. Pelágio, partiram as forças de reconquista.

¹³³ GIORDANI, Mário Curtis. *História dos Reinos Bárbaros*. Petrópolis: Vozes, 1971, p. 15.

O direito e as leis muçulmanas, baseados na *sharia*¹³⁴, em razão do estreito vínculo com a religião, não se fixaram nos costumes e na cultura lusitanos, de orientação cristã, de modo que deles pouco restou, salvo os traços arquitetônicos, ainda hoje visíveis.

Da cultura jurídica árabe, repita-se, pouco restou na Península Ibérica, pois o fundamento jurídico adotado pelos árabes era de cunho essencialmente religioso. Porém, em outras áreas que, direta ou indiretamente, beneficiavam o bem comum, houve progressos:

*(...) a cultura e a ciência árabes não se constituíam de meras traduções clássicas, desconexas e empilhadas em velhas bibliotecas-arquivo, nos dão prova os manuscritos sobre essências (perfumes e venenos) de Al-Kindi; a Canon médico de Avicena; a alquimia de Al-Razes; a ótica geométrica de alhazen e a astronomia de al-Biruni, para dar somente uma pequena amostra da quase infindável constelação do saber islâmico. Para um ângulo mais prático são também encontráveis tratados sobre agricultura, irrigação e metalurgia, bem como a constatação da existência de boas instalações hospitalares e de banhos públicos por quase todo mundo árabe*¹³⁵.

Ocorre que a deterioração do Califado de Córdoba, a partir de 1088, fez-se seguir de um recuo da cultura muçulmana na Península Ibérica como um todo. As sucessões dinásticas

¹³⁴ AL-AMIR, Sheikh Ahmad. *Sharia (Lei) no islamismo, no cristianismo e judaísmo*. Disponível em <<https://www.islamland.com/uploads/books/Sharia-por.pdf>>. Acesso em 21.02.2020.

¹³⁵ ALFONSO-GOLDFARB, A. M. *Atanadores, cimitarras, minaretas: cultura árabe como tecido do saber sob o céu "medieval"*. Revista da SBHC, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 34, jan/jun. 1991.

almorávidas, com a sua guerra santa, e os interesses de grupos regionais aceleraram a divisão da Península em vários reinos muçulmanos independentes, os reinos taifas, entrando em conflitos com os reinos cristãos já existentes¹³⁶..

Em 1085, o rei Afonso VI, de Leão e Castela, retoma Toledo aos reinos taifas e, a partir daí, inicia-se uma série de tratados entre os reinos árabes e cristãos, mas os conflitos entre eles se multiplicam na forma de guerra santa. Segue-se que a Dinastia Almorávida tentou expandir-se para o Ocidente, conforme relato histórico:

Entre 1091 e 1117, várias campanhas militares permitiram a tomada de Sevilha, Lisboa, Badajoz, Santarém e de importantes posições em torno de Coimbra, naquilo que foi a derradeira tentativa de expansão para o Ocidente desta dinastia¹³⁷.

Os Almorávidas pediram auxílio ao Amóadas que já estavam na Andaluzia, mas o reforço não tardou a ser derrotado, o que ocorreu na Batalha de Navas de Tolosa, em 1212, marcando definitivamente a reconquista cristã da região do Alentejo e do Algarve.

A consumação da reconquista cristã em Portugal acarretou o ressurgimento do direito visigótico que adormeceu no seio do cristianismo, como se fosse uma semente aguardando o momento oportuno da germinação. Em substância, o direito

¹³⁶ COSTA, Sandra. *O Islão em Portugal*. In: PINTO, Maria do Céu. *O Islão na Europa*. Lisboa: Editora Prefácio, 2006. p. 157. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13680/15498>>. Acesso em: 03.05.2022.

¹³⁷ COSTA, Sandra. *O Islão em Portugal*. In: PINTO, Maria do Céu. *O Islão na Europa*. Lisboa: Editora Prefácio, 2006. p. 159. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13680/15498>>. Acesso em: 03.05.2022.

visigótico estava entre os lusitanos, apenas de forma temporariamente adormecida.

Nesse período de reconquista do restante da Península Ibérica, já consumada em Portugal, chama a atenção as *Leis da Cúria Extraordinária de Coimbra* (1211), promulgadas por D. Afonso II, especialmente na parte contra os decretos leigos do Frei Sueiro, onde o Monarca diz expressamente que o Código Visigótico estava em vigor no Reino de Portugal¹³⁸ e que havia uma distinção entre o direito público, aquele conferido à Coroa, e o direito privado aos bens, sobre os quais incidiriam as multas e outras cominações de direito público.

Naquelas Leis da Cúria, o Monarca se referiu “*ao meu direito*” e ao direito “*da minha corte*”, demonstrando, de forma inequívoca, que seus bens e direitos pessoais não se confundiam com os bens e direitos de sua corte. Por se referir àquele *livro de leis* (Código Visigótico), a conclusão possível é de que o direito

¹³⁸ “Afonso por graça de Deus rei de Portugal. Juiz de Santarém e alvazis e outros meus homens bons que aí tendes que julgar as minhas causas e tabelião e conselho. Saúde. Ordeno-vos firmemente que ninguém ouse invocar na nossa vila, para confiscar bens dos homens ou para fazer justiça nos seus corpos, aqueles decretos laicos estabelecidos por Sueiro Gomes, prior da ordem dos pregadores, com os frades da mesma ordem. Acordei isto com os meus vassallos, pois estes decretos representam uma grande violação **do meu direito** (grifo nosso) e **da minha corte** (grifo nosso) e daqueles que vierem a reinar depois de mim e dos meus fidalgos e de todos os outros homens do meu reino, fidalgos, vilãos, leigos e de ordens; e estes decretos também são contra **aquele livro de leis (=Código Visigótico)**(grifo nosso) que diz que não recebamos nova lei no nosso reino, pelo qual livro e por cujo foro devem ser julgados os fidalgos de Portugal. E estes tais decretos nunca existiram no tempo do Conde D. Henrique, nem em tempo do meu avô D. Afonso, a quem o Papa Alexandre III confirmou, por um privilégio seu, como rei e a sua terra como reino, nem em tempo do rei D. Sancho, meu pai, a quem o Papa Clemente III manifestou, por uma vez, a sua proteção, nem também em meu tempo, que gozei, por duas vezes, da protecção papal, uma do Papa Inocêncio III e outra do Papa Honório III. E tudo isto, quem ousar invocar estes decretos pagar-me-á mil morabitanos e farei justiça sobre ele e os seus bens conforme me parecer de direito...” (GILISSEN, John. *Introdução História ao Direito*. 3.^a ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 328).

visigótico havia sido restaurado e havia uma distinção entre os bens pessoais do rei e os bens da corte, que teriam natureza jurídica de bens públicos, semelhantes aos bens públicos atuais.

Então, mesmo durante a ocupação muçulmana, não houve uma modificação na compreensão do que hoje podemos chamar de bens públicos, em Portugal, havendo clara distinção entre os bens pessoais do monarca e aqueles bens destinados ao funcionamento e aos serviços públicos afetos à corte. Uma observação importante recai sobre o sistema econômico da época, pois em pleno regime feudal, a monarquia portuguesa já distinguia os bens em privados dos particulares, privados do monarca e bens públicos da corte. Ainda assim, não se pode afirmar que existisse na época um regime jurídico próprio dos bens públicos, notadamente aqueles bens sem destinação específica, incluindo aqui os *baldios*, que ficaram como *res nullius*, pois só pertenciam à coroa para fins de soberania e de distribuição aos particulares. Tais bens, sem destinação econômica e sem disciplina jurídica própria, apenas denotava a incapacidade dos Estados Nacionais, que já despontavam, para retomar a antiga cultura desenvolvimentista do Império Romano. Séculos ainda haveriam de se passar, até que houvesse o renascimento daquela cultura.

Com a independência portuguesa em 1139, quando D. Afonso Henriques foi aclamado Rei de Portugal, e com a consumação da reconquista cristã sobre a Península Ibérica, sobreveio a estabilidade territorial e política, o que propiciou um ambiente adequado para as Grandes Navegações, notadamente por parte do Reino de Portugal. Já no final da reconquista, Portugal se lança ao Mar, com a sua estrutura jurídica já formada, iniciando sua projeção de poder e cultura, àquela altura já com características

próprias, inicialmente sobre o Norte da África, com a conquista de Ceuta¹³⁹, em 21 de agosto de 1415, pelo Rei D. João I, e, dali para o Sul da África, para a América e para o Sudeste asiático.

Do ponto de vista estritamente jurídico, os portugueses sentiram a necessidade de compilar as normas que os regiam, razão pela qual, em 1446, foram organizadas as Ordenações Afonsinas:

Foram motivadas pela necessidade que os portugueses sentiram de consolidar a independência do Reino mediante legislação nacional própria, substituindo as Sete Partidas. Já no tempo de D. João I, João Mendes e Rui Fernandes deram início ao longo trabalho. Mas, precursor da obra teria sido o grande João Fernandes d'Aregas, chamado também de João das Regras ou Mestre João ex Regulis e que se ufanava de ter sido discípulo de Bartolo. O jurista português teria traduzido o Corpus Juris, nada se sabendo, porém, dessa tradução com certeza. Para a confecção do novo ordenamento jurídico, publicado em 1446 em nome de D. Afonso V, chamando-se, por isso, Ordenações Afonsinas, os compiladores tiveram como principal fonte os Direitos Romano e Canônico, dos quais extraíram títulos inteiros, além das inúmeras referências a ambos, que a cada passo de encontram no corpo da lei. Algumas disposições delas ainda são tiradas das Sete Partidas¹⁴⁰.

¹³⁹ Ceuta permanece sob o domínio português até 1640, quando, por ocasião da restauração da monarquia portuguesa, não aclamou o Duque de Bragança, optando por passar ao domínio espanhol. Entre 1580 e 1640, período conhecido como 'Período da União Ibérica', a Coroa portuguesa esteve unida à Coroa espanhola.

¹⁴⁰ BITTAR, Eduardo C. B (organizador). *História do Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 81.

As Ordenações Afonsinas são compostas por cinco livros, tratando o primeiro deles sobre o regulamento dos cargos públicos, do governo, da justiça, da fazenda e da guerra, no total de sessenta e dois títulos. O segundo livro, com cento e vinte e três títulos, trata da posse das terras, da cobrança dos impostos, da jurisdição dos donatários, dos títulos da Igreja e do estatuto dos mouros e judeus. O terceiro livro, com cento e vinte e oito títulos, trata do processo civil. O quarto livro, com cento e doze títulos, trata do direito civil. O quinto e último livro, com cento e vinte e um títulos, trata do direito penal. É importante notar que, na formação fundiária de Portugal, a posse da terra era concedida a quem pudesse fazê-la produzir, pois carência alimentar era uma preocupação constante.

Em matéria estritamente jurídica, as Ordenações Afonsinas representaram um avanço em termos legislativos, apresentando-se como o primeiro código de leis da Europa.

A expansão portuguesa no Além-Mar, em razão da distância das terras conquistadas, desde cedo fez por merecer da Coroa uma disciplina jurídica estruturante, o que se nota pelo empenho de D. Manuel I na elaboração das suas ordenações. O primeiro exemplo disso é o Regimento das Casas da Guiné e da Índia (1509) e as Ordenações da Índia (1520).

Em relação às terras descobertas, especialmente as terras do Brasil, a posse e os direitos portugueses sobre tais terras não eram tranquilos, pois havia a presença constante de estrangeiros no litoral brasileiro, obrigando a Coroa, antes mesmo da ocupação da terra, a lançar mão das capitânicas do mar para policiar frequentemente o litoral, suas feitorias e o comércio. Assim foi com as expedições de 1516 e de 1521, comandadas por

Cristovão Jacques, com as expedições de 1519 e 1521, comandadas por Jaime Cortesão¹⁴¹. Não era só no campo prático, mas também no campo jurídico, o domínio português era contestado, pois Portugal entendia que a simples descoberta já lhe dava o direito de posse, enquanto que a Coroa Inglesa argumentava que apenas a construção de casas, cercas e plantios eram fontes criadoras do direito sobre a terra descoberta. A necessidade de ocupação da terra era premente, pois somente as expedições não eram suficientes para garantir os direitos sobre as terras descobertas, como bem relata a história:

Entretanto, o ‘perigo era iminente. Urgia por meios novos e mais adequados, tomar posse das terras brasileiras e defendê-las das ambições estranhas’ afirmou o Cortesão. Diversas sugestões foram apresentadas a D. João III, rei de Portugal. A opção da monarquia recaiu por alargar as atribuições da capitania do mar, incorporando a ela as tarefas de averiguar notícias sobre as riquezas minerais, identificar e fixar os limites norte e sul das terras portuguesas na América e implantar os fundamentos de uma colonização efetiva. A Escolha para comandar uma expedição dessa complexidade recaiu sobre Martim Afonso de Souza, que partiu de Lisboa em dezembro de 1530, comandando uma esquadra de guerra e de transporte, com cinco navios e mais de 500 homens, entre marinheiros, homens de guerra e colonizadores e os equipamentos para a colonização¹⁴².

¹⁴¹ FRAGOSO, João, GOUVÊA, Maria de Fátima. *O Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2014, p. 524.

¹⁴² *Ibid*, p. 526.

O ordenamento jurídico português se fez presente, pois a primeira povoação se fez exclusivamente com portugueses, a serviço do governo português. O diário de Pero Lopes de Souza¹⁴³, irmão de Martin Afonso de Souza, relata detalhes da primeira ocupação efetiva da terra, ocorrida em São Vicente.

A cada nova descoberta de território, as circunstâncias exigiam uma nova faina normativa, o que levou as Ordenações Manuelinas a terem, gravitando em torno de si, um grande número de leis especiais ou extravagantes, que melhor se ajustavam à dinâmica da casuística dos novos tempos, ao mesmo tempo em que se avolumavam as interpretações vinculantes da Casa da Suplicação. As leis, especiais ou extravagantes, em razão do seu grande número, mereceu uma compilação, que ficou a cargo de Duarte Nunes de Lião, renomado jurista da época, que foi, finalmente, incorporada às Ordenações Manuelinas pelo Alvará Régio de 14 de fevereiro de 1569. Nessa compilação já se encontravam outras normas dirigidas ao Brasil, ao lado daquelas já constantes do Regimento dado a Tomé de Souza, notadamente no campo do direito penal, pois os moços vadios de Lisboa, reincidentes em furtos e outros crimes, eram condenados ao degredo e a pena deveria ser cumprida no Brasil, ficando o perdão aos degredados sujeitos à competência dos desembargadores do Paço.

Nas terras conquistadas e nas colônias estabelecidas, o ordenamento jurídico português era imediatamente posto à observância, mercê da lealdade dos navegadores ao monarca e da

¹⁴³ O diário está transcrito em: GUINARDO, Maria Cecília. *Relatos do descobrimento do Brasil: As primeiras reportagens*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 139-189.

necessidade de se adotar uma ordem jurídica já consagrada, de forma que, a partir de então, as Ordenações do Reino foram aplicadas de forma obrigatória, vigorando, no Brasil mesmo independente, especialmente as Ordenações Filipinas, de 19 de janeiro de 1603, até a promulgação do Código Civil de 1916. Aliás, a primeira norma régia dirigida especificamente ao Brasil foi o Alvará dado a Tomé de Souza em 17 de dezembro de 1548, com a carta patente expedida em 09 de janeiro de 1549, reestruturando a forma de governo da Colônia¹⁴⁴. Mais adiante, os capitães gerais, pelo Alvará Régio de 05 de março de 1557, do Rei João III, tiveram suas jurisdições limitadas. Os alvarás régios dados aos capitães gerais, com as doações de terras que lhes eram feitas, conferiam-lhes os poderes de imporem condenações à morte em seus domínios. Com o Alvará Régio de 05 de março de 1557, as condenações ficavam sempre sujeita a um recurso de apelação aos desembargadores do Paço, ficando ainda autorizada a entrada, nos domínios da Capitania, de um corregedor e alçada, visando preservar o interesse público¹⁴⁵, ou seja, o interesse da Coroa.

Embora Rui de Figueiredo Marcos¹⁴⁶ aponte este último Alvará Régio como a primeira norma jurídica destinada especificamente ao Brasil, é possível observar que o Regimento dado a Tomé de Souza, assim como outros ato régios editados nos dez anos seguintes, eram ricos em disciplina jurídica específica para

¹⁴⁴ Documentos históricos: 1549-1559 – Provimentos Seculares e Eclesiásticos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde - Biblioteca Nacional, 1937, p. VI a XIX. Disponível em <http://memoria.bn.br/pdf/094536/per094536_1937_00035.pdf>. Acesso em 31.03.2022.

¹⁴⁵ MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando, NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. 1.^a ed. 2.^a reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 67.

¹⁴⁶ Ibid, p. 67.

o Brasil, inclusive com a criação e implantação do Bispado do Brasil (bula *Super Specula Militantis Ecclesiae*) em 24 de dezembro de 1551¹⁴⁷.

O equívoco nos parece facilmente solucionável, pois as primeiras normas jurídicas às quais nos referimos eram de natureza estrutural, enquanto que aquelas apontadas por Rui Figueiredo Marcos eram normas de conduta, pois limitavam a ação do capitão geral.

Ainda no contexto da ocupação do território brasileiro no período colonial, do reino emergem preocupações de ordem social, quando Pero de Magalhães Gandavo, do seu *Tratado da Terra do Brasil*, justifica a sua empreitada intelectual, no prólogo ao leitor, sustentando que:

Minha tenção não foi outra neste sumário (discreto e curioso leitor) senão denunciar em breves palavras a fertilidade e abundância da terra do Brasil, para que esta fama venha à notícia de muitas pessoas que nestes reinos vivem com pobreza, e não duvidem escolhê-la para seu remédio por pobres e desamparados que sejam. E assim cada vez se vai fazendo mais próspera, e depois que as terras viçosas se forem povoando (que agora estão desertas por falta de gente) hão de fazer nelas grossas fazendas como já são feitas nas que possuem os moradores da terra, e também se espera desta província que por muito tempo floresça tanto na riqueza como as Antilhas de Castela por que é certo ser em si a terra muito rica e haver

¹⁴⁷ Documentos históricos: 1549-1559 – Provimentos Seculares e Eclesiásticos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde - Biblioteca Nacional, 1937, p. X. Disponível em <http://memoria.bn.br/pdf/094536/per094536_1937_00035.pdf>. Acesso em 31.03.2022.

*nela muitos metais, os quais até agora se não descobrem ou por não haver gente na terra para cometer esta empresa, ou também por negligência dos moradores que se não querem dispôr a esse trabalho: qual seja a causa por que o deixam de fazer não sei*¹⁴⁸.

Note-se que, primeiro o autor se preocupa com a situação das pessoas pobres e desamparadas que viviam em Portugal e, em seguida, as incentiva a se rumarem ao Brasil, onde poderiam fazer riqueza. Ocorre que as sesmarias só eram distribuídas àquelas pessoas que tivessem condições econômicas de ocuparem-nas, o que não era, obviamente, a situação das pessoas pobres, embora estas pudessem, de alguma forma, se acomodar em sesmarias já concedidas. Essa acomodação, porém, só transferiria a pobreza de lugar.

A razão pela qual os moradores da província não exploravam os recursos da terra é vista pelo próprio autor, quando descreve a capitania dos Ilhéus, junto do Espírito Santo. Eram os índios Aimorés, que se diferenciando de todos os outros grupos indígenas, não permitiam a ocupação além do litoral. Eis, *in verbis*, o texto:

Pelas terras desta capitania até junto do Espírito Santo, se acha uma certa nação de gentio que veio do sertão há cinco ou seis anos, e dizem que outros índios contrários destes, vieram sobre eles a suas terras, e os destruíram todos e os que fugiram são estes que andam pela costa. Chamam-se aimorés, a língua deles é diferente dos outros índios, ninguém os entende, são

¹⁴⁸ GANDAVO, Pero de Magalhães. *Tratado da Terra do Brasil.: História da Província de Santa Cruz, a que vulgarmente chamamos Brasil*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008, p. 29. V.100.

eles tão altos e tão largos de corpo que quase parecem gigantes; são mui alvos, não tem parecer dos outros índios na terra nem têm casas nem povoações onde morem, vivem entre os matos como brutos animais; são mui forçosos em extremo, trazem uns arcos mui compridos e grossos conforme as suas forças e as flechas da mesma maneira. Estes índios têm feito muito dano aos moradores depois que vieram a esta costa e mortos alguns portugueses e escravos, porque são inimigos de toda a gente.

Pero de Magalhães Gandavo escreveu seu tratado, pelo fato de não mencionar a divisão do Brasil em dois Governos Gerais, antes de 1573, período em que ocorreu a Guerra dos Aimorés (1555-1673) e a Batalha do Cricaré (1557)¹⁴⁹, o que justifica a sua perplexidade em relação à imobilidade dos moradores da terra, pois ele não tinha informações completas sobre os índios Aimorés. Eram mestres na arte da guerra móvel, mas também sabiam combater em posições fixas, o que dificultou o domínio português.

A arqueologia brasileira recente demonstra que Magalhães Gandavo não estava equivocado em sua descrição histórica, pois a área por ele indicada, que corresponde hoje a uma parte do Estado de Minas Gerais, parte do Estado da Bahia e do Estado do Espírito Santo, já era habitada desde a pré-história;

Outras manifestações ainda não receberam grande atenção dos arqueólogos. Entre elas pequenas depressões alinhadas ou formando padrões geométricos simples, em blocos grandes ou de tamanho médio, ou incisões profundas paralelas, cruzadas ou reunidas em ‘tridátulo’, que se encontra em diversas regiões.

¹⁴⁹ BRITO, Karine Ferreira. *Guerra dos Aimorés*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/brasil-colonia/guerra-dos-aimores/>>. Acesso em 02.06.2022.

Aparecem muito cedo (cerca de 9.000 anos atrás, na Lapa do Boquete) e continuam ocorrendo até o final da ocupação pré-histórica em todo o estado de Minas Gerais. Outras são conjuntos de pequenas depressões (cupules) alinhadas ou rodeando uma depressão central maior ¹⁵⁰.

Não é possível afirmar que os achados arqueológicos se refiram aos índios Aimorés, mas sim que a área era ocupada por habitantes primitivos da terra. Não se descartando, porém, os Aimorés.

Embora não haja um estudo específico sobre isso, suspeitamos que os Aimorés sejam uma dispersão da etnia tucano, que vive hoje na Amazônia Oriental, especialmente na Calha do Rio Solimões, pois falam línguas do mesmo grupo linguístico, qual seja o macro-jê¹⁵¹, e a descrição física feita por Magalhães Gandavo é equivalente.

Essas etnias indígenas tiveram relevância na formação territorial do Brasil, como se viu no relato histórico e na relação linguística, o que justifica a abordagem das terras indígenas, ainda que de forma não aprofundada, no desenvolvimento do nosso estudo.

Ainda assim, não é apenas uma questão histórica, pois tomando o relato de Karine Ferreira Brito, no artigo já citado, a pacificação dos Aimorés só ocorreria no Século XIX.

¹⁵⁰ PROUS, André. *O Brasil antes dos brasileiros: pré-história do nosso País*. 2.^a ed. rev. Rio de Janeiro: Zahar, sdp, p. 78.

¹⁵¹ JOLKESKY, Marcelo Pinho de Valhery. *Estudo Arqueo-Ecolinguístico das Terras Tropicais Sul-Americanas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 426 e 513-530.

No eixo da nossa investigação, importa saber se as terras reservadas à ocupação das etnias indígenas são públicas ou se conservam a qualidade de devolutas. Isso tem implicações jurídicas relevantes, como se verá quando tratarmos da questão mais adiante.

CAPÍTULO II

OS BENS PÚBLICOS E AS TERRAS DEVOLUTAS NA FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

A História do Brasil, como é conhecida, inicia-se com a *Carta a El Rey D. Manuel sobre o achamento do Brasil*, escrita em Porto Seguro no dia 01 de maio de 1500, por Pero Vaz de Caminha e levada a Lisboa por Gaspar de Lemos, comandante do navio de mantimentos da frota de Pedro Álvares Cabral. É o documento que marca o início da incidência do direito português sobre as terras descobertas, o que decorria do direito de conquista. O direito português refletia a agitação econômica da época na Metrópole, pois a moeda era lastreada em ouro ou prata, o que levava o Rei a impor constantes limitações às atividades dos ourives e ao comércio do ouro e da prata, o que ocorria em relação aos súditos, assim como aos estrangeiros. Os súditos, em especial, se viam

incomodados pela cobrança real da Sisa¹⁵², que era um tributo real incidente sobre a transmissão de bens *inter vivos*.

Além da carta de Pero de Vaz de Caminha, cujo conteúdo é nitidamente econômico, pois noticiava a fertilidade da terra, há uma corrente de historiadores do Direito que, com argumentos sustentáveis, apontam o Padre Manoel da Nóbrega como o introdutor da cultura jurídica portuguesa no Brasil¹⁵³, quando fez, em carta endereçada ao seu Provincial em Portugal, uma incisiva defesa da liberdade dos índios encontrados nas terras conquistadas. O sacerdote, filho do desembargador Baltasar da Nóbrega, iniciou seus estudos na Universidade de Salamanca e, posteriormente, transferiu-se para Coimbra, onde se bacharelou em direito canônico e em filosofia, na antiga Faculdade de Leis, no ano de 1541. Em 1549 embarcou na Armada de Tomé de Souza rumo ao Brasil, aportando na Bahia em 29 de março daquele mesmo ano.

De qualquer modo, a cultura jurídica brasileira de inicia, ainda no início do Período Colonial, a partir da Universidade de Coimbra, para onde fluía uma corrente migratória intelectual de estudantes brasileiros, registrando-se a diplomação em Direito de Manuel de Paiva Cabral, no dia 03 de junho de 1586, na antiga Faculdade de Leis¹⁵⁴. É o primeiro brasileiro a ser formado

¹⁵² GAMA BARROS, Henrique da. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia Castro Irmão, 1922, p. 508.

¹⁵³ “O tema da guerra justa envolvido pelo princípio da liberdade dos índios reacendeu-se numa carta escrita, em julho de 1552, pelo Padre Manoel da Nóbrega ao Provincial de Portugal. Há mesmo quem, munido de bons fundamentos, associe a figura insigne do Padre Manoel da Nóbrega à entrada da literatura jurídica no Brasil” (MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando, NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. 1.^a ed. 2.^a reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 118).

¹⁵⁴ *Estudantes da Universidade de Coimbra nascidos no Brasil*. Suplemento ao Vol. IV de Brasília. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Instituto de Estudos Brasileiros: Coimbra, 1949. Ver também: FERRO, Manuel.

em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, naquela altura da história chamada de Faculdade de Leis. A ele, na mesma corrente da sede do saber, se juntaram outros 3012 estudantes, entre 1577 e 1910, sedimentando a longeva cultura lusófona¹⁵⁵.

No início da colonização portuguesa no Brasil, não se falava em bens públicos, mas a sua essência estava no cerne do sistema de colonização adotado, ou seja, o sistema de capitânias e o sistema de sesmarias, concebido em Portugal. As sesmarias já vinham se louvando no prestígio monárquico desde o reinado de Dom Fernando¹⁵⁶ e não havia razão para que não fossem adotadas também na Colônia. Aliás, as Ordenações Manuelinas, de 1514, no livro IV, título LXVII, já haviam consolidado a definição de sesmaria, formulada antes da ocupação das novas terras, no que foi acompanhada pelas Ordenações Filipinas, de 1603, que disciplinou o instituto no livro IV, título XLIV. Então, não é demais afirmar que a história territorial do Brasil começa em terras portuguesas¹⁵⁷ e, para alguns, essa história se inicia antes mesmo da descoberta¹⁵⁸.

Contributos para a formação de uma identidade: Brasileiros na Universidade de Coimbra. Disponível em <https://www.uc.pt/rualarga/anteriores/RL21/21_16>. Acesso em 11.04.2020.

¹⁵⁵ “A influência dos Egressos de Coimbra espraiou-se ainda, quer no plano das instituições, que na própria marcha dos acontecimentos. Participaram em várias e arrojadas ações conspiratórias, à cabeça das quais se deve colocar a Inconfidência Mineira de 1789. Salientaram-se, entre os diplomados de Coimbra, Cláudio Manuel da Costa, José Inácio de Alvarenga Peixoto, Tomás António Gonzaga e José Alves Maciel” (MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando, NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. 1.^a ed. 2.^a reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 143).

¹⁵⁶ GAMA BARROS, Henrique da. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia Castro Irmão, 1922, p. 496.

¹⁵⁷ RUY CIRNE LIMA, com propriedade peculiar, dizia que “a história territorial do Brasil começa em Portugal” (*Terras Devolutas*. Porto Alegre: Globo, 1935, p 9).

¹⁵⁸ Não são poucos os estudiosos a afirmar que Portugal já conhecia as terras do Brasil antes da sua “descoberta”, pois, como se nota “antes de descoberto o

O sistema de capitanias hereditárias implicava na doação da terra¹⁵⁹ e na concessão do *foral*¹⁶⁰, constituindo-se este no direito público, imposto pela Coroa, que deveria ser observado pelo Capitão Geral, cabendo a este conceder provisoriamente a propriedade das sesmas, uma espécie de propriedade resolúvel, aos particulares que demonstrassem disponibilidade econômica para explorá-la e torná-la produtiva, com o respectivo pagamento dos tributos, num determinado prazo assinalado na própria carta de concessão provisória. A concessão era provisória porque dependia de homologação real, o que era feito por intermédio do Conselho Ultramarino. Somente depois da homologação é que o domínio sobre a terra da sesma se tornava absoluto e não poderia mais ser revogado, incidindo sobre ela todos os tributos devidos à Coroa.

As regras de direito público contidas no *foral* poderiam ser modificadas, quando modificado o direito público na Metrópole, pois a este estavam subordinadas, numa forma de unidade do direito lusitano.

O primeiro *foral* concedido, em relação ao Brasil, foi da Capitania de Pernambuco, passado aos 12 de março de 1537¹⁶¹, atribuindo a Capitania a D. Duarte Coelho, o que só ocorreu dois

Brasil suas terras já pertenciam a Portugal” (JUNQUEIRO, Messias. O Direito: *Terras Devolutas*. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, v. IX, sap, smp, pg. 153).

¹⁵⁹ DIAS, Demóstenes de Oliveira. *Formação Territorial do Brasil*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1956, p. 51.

¹⁶⁰ “...a carta de doação e o *foral* dados pelo rei formavam, também no Brasil, o fundamento do direito específico ao lado do direito geral do reino” (KHAN, Siegmund Ulrich. *As Capitanias Hereditárias, o Governo Geral, o Estado do Brasil – Administração e Direito quinhentistas*. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 54, abr./jun. 1972).

¹⁶¹ Há divergência em relação à data, pois Demóstenes de Oliveira Dias aponta o dia 10 de abril de 1534, como sendo a data da carta de doação (*Formação Territorial do Brasil*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1956, p. 51)

anos após a sua chegada ao Brasil, em 09 de março de 1535. O *Foral* concedido ao Capitão Geral D. Duarte Coelho dava-lhe poderes para criar vilas e distribuir, por meio do instituto da sesmaria, terras a quem quisesse cultivá-las, conferindo-lhe, ainda, poderes administrativos e judiciais, podendo escravizar indígenas para o trabalho agrícola, o que se tornaria proibido nas Ordenações Filipinas. A Coroa, no entanto, reservava para si o monopólio sobre o pau-brasil, impondo ainda ao Capitão Geral a obrigação de pagar dez por cento de imposto sobre tudo o que fosse produzido na terra, exceto os minerais preciosos, cujo imposto era de um quinto, ou seja, vinte por cento sobre tudo o que fosse encontrado.

Note-se que o *foral* dava autonomia ao Capitão Geral¹⁶², mas não soberania, pois esta, embora seja redundante dizer, era própria do Soberano e, como tal, intransferível.

O poder de legislar e, portanto, de revogar normas, era considerado de natureza divina e por Deus conferido ao Rei, a quem cabia zelar pela justiça, pela equidade, pela boa-fé, pela razão e pela imposição de limites sociais e políticos, não podendo, por isso ser transferido ao Capitão Geral. Por isso, as normas jurídicas baixadas pelo Capitão Geral eram sempre normas específicas. É o que se extrai do magistério de António Manuel Hespanha¹⁶³, onde

¹⁶² “O *foral* estabeleceu, ao contrário, regras gerais de natureza econômica, fiscal, militar e administrativa para número indeterminado de habitantes de dado território, a capitania. Para a devida publicação desse ato legislativo ordenara-se o seu registro nos livros da Alfândega de Lisboa e da feitoria, das câmaras das vilas e povoações da capitania” (KHAN, Siegmund Ulrich. *As Capitaniais Hereditárias, o Governo Geral, o Estado do Brasil – Administração e Direito quinhentistas*. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 54, abr./jun. 1972).

¹⁶³ “Um outro factor de autonomia do direito da colónia reside no modelo de relação entre direito geral e direito particular que a modelava a ordem jurídica de Antigo Regime. Abaixo do plano do reino, proliferavam as ordens jurídicas particulares, todas elas protegidas pela regra da preferência do particular sobre o geral. Por exemplo, as normas que protegiam os estatutos (ou direitos das comunas, cidades, municípios), considerando-os, nos termos da lei “*omnes populi*”, como *ius civile* (“*dicitur ius civile*”

o jurista faz menção à existência de certa autonomia no plano jurídico local, que constituía a direito colonial, e normas gerais, que constituía o direito comum.

A capitania, em si, era a materialização do Estado português em terras brasileiras, devendo o Capitão Geral transferir à iniciativa privada, pelo sistema de sesmaria, até oitenta por cento das terras, reservando para si apenas vinte por cento do total das terras recebidas¹⁶⁴. Note-se que aqueles vinte por cento das terras,

quod unaqueque civitas sibi constituit, [diz-se direito civil o que cada cidade institui para si], Odofredo, século XII), ou seja, com dignidade igual à do direito de Roma. Ou as que protegem o costume (nomeadamente, o costume local), cujo valor é equiparado ao da lei ("também aquilo que é provado por longo costume e que se observa por muitos anos, como se constituísse um acordo tácito dos cidadãos, se deve observar tanto como aquilo que está escrito", D., I, 3, 34; v. também os frags. 33 a 36 do mesmo título). Ou, finalmente, o regime de protecção dos privilégios, que impedia a sua revogação por lei geral sem expressa referência; ou mesmo a sua irrevogabilidade pura e simples, sempre que se tratasse de privilégios concedidos contratualmente ou em remuneração de serviços ("privilegia remuneratoria"). Ou seja, em todos estes casos, ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto manifestação de um poder político, podiam derogá-lo enquanto manifestação de um direito especial, válido no âmbito da jurisdição dos corpos de que provinham. E, nessa medida, eram intocáveis. Pois decorrendo estes corpos da natureza, a sua capacidade de autogoverno e de edição de direito era natural e impunha-se, assim, ao próprio poder político mais eminente" (HESPANHA, António Manuel. *Direito comum e Direito Colonial* in: *Panóptica*, ano 1, n. 3, P. 102-103. Disponível em :<http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/DireitoComuneDireitoColonial.pdf>. Acesso em 23.04.2022).

¹⁶⁴ "A Capitania Hereditária não era inteiramente transferida à propriedade do capitão, apenas uma fração dela era - cerca de um quinto. O restante deveria ser doado para outras pessoas capazes de utilizar a terra pelo sistema de sesmaria, que será apresentado a seguir. O tamanho da terra a ser de efetiva propriedade do capitão era estabelecido na Carta de Doação, ele escolheria o local, devendo escolher quatro ou cinco porções de terra separadas por pelo menos duas léguas no prazo de vinte anos. Essa porção de terra não poderia mais sair de sua propriedade, mas ele tinha liberdade para arrendar a terra e cobrar os tributos que desejasse, devendo, em contrapartida, pagar o dízimo "à Deos, á ordem do mestrado de Christo". Além do direito de propriedade sobre parte da capitania, ele tinha direitos sobre as benfeitorias e sobre os escravos. A respeito das benfeitorias, o capitão tinha direito sobre todas as minas de sal, moedas de água e quaisquer outros engenhos que construíssem na capitania. Nenhuma outra pessoa poderia construir tais benfeitorias sem sua autorização e deveria pagar o quanto lhe conviesse para receber essa licença". (FELONIUK, Wagner. *Direito público na origem do Brasil: Organização Administrativa tributária, Governamental e judiciária das Capitánias Hereditárias*. In: *Rev. Brasileira de História do Direito*, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 30, Jan./Jun. 2020).

que ficavam com o Capitão Geral, seriam as futuras terras públicas, enquanto que aquelas terras restantes, entre os oitenta por cento que deveriam ser doadas aos particulares e que, por algum motivo, não o foram ou foram retomadas, constituir-se-iam nas atuais terras devolutas.

É importante anotar que a criação de um governo geral, subsistindo ao lado das capitânicas, não se deu sem uma disciplina jurídica. Do preâmbulo do Regimento dado por D. João III a Tomé de Souza é possível extrair, com uma simples leitura, a preocupação do Monarca em marcar a presença do Estado Português, e do seu sistema jurídico, em terras brasileiras. Confira-se *in verbis*:

Eu o Rei faço saber a vós Tome de Souza fidalgo de minha casa que Vendo Eu quanto serviço de Deus e meu é conservar e enobrecer as capitânicas e povoações das terras do Brasil e dar ordem e maneira com que melhor e mais seguramente se possam ir povoando para exaltamento da nossa Santa Fé e proveito de meus reinos e senhorios e dos naturais deles ordenei ora de mandar nas ditas terras fazer uma fortaleza e povoação grande e forte em um lugar conveniente para daí se dar favor e ajuda às outras povoações e se administrar Justiça e prover nas coisas que cumprirem a meu serviço e aos negócios de minha fazenda e a bem das partes (grifamos) e por ser informado que a Bahia de Todos os Santos é o lugar mais conveniente da costa do Brasil para se poder fazer a dita povoação e assento assim pela disposição do porto e rios que nela entram como pela bondade abundância e saúde da terra e por outros respetos hei por meu serviço que na dita Bahia se faça a dita povoação e assento e para isso vá uma armada com gente artilharia

armas e munições e todo o mais que for necessário. E pela muita confiança que tenho em vós que em caso de tal qualidade e de tanta importância me sabereis servir com aquela fieidade e diligência que se para isso requer hei por bem de vós enviar por governador às ditas terras do Brasil no qual cargo e assim no fazer da dita fortaleza tereis a maneira seguinte da qual fortaleza e terra da Bahia vós havei de ser capitão.

Apenas pelo preâmbulo transcrito já é possível concluir que os bens públicos brasileiros, assim como as terras devolutas, têm origem jurídica nas normas monárquicas para a terra recém descoberta. Há, no dito preâmbulo, um vislumbre da divisão entre os bens públicos e os bens privados do Monarca. A distinção nos parece surgir das expressões “*a meu serviço*” (particular) e “*aos negócios da minha fazenda*” (Coroa) e quando investe Tomé de Souza no cargo de Governador. A fazenda monárquica não era de natureza privada do Monarca. Por isso, a nossa impressão de que as expressões adotadas, na verdade, apontam a mencionada distinção.

A origem dos bens públicos no Brasil é uma consequência imediata das normas portuguesas sobre a colonização daquelas terras descobertas. Em trabalho sobre a origem da propriedade privada no Estado Goiás, Claudio Grande Júnior anota que:

Quando chegaram a América, os europeus viviam os primórdios do mercantilismo, sob as rédeas dos Estados absolutistas recém-formados. Em Portugal, um capitalismo precoce afirmou-se em torno da Casa Real, anexo ao Poder Público. Esse capitalismo, monárquico e comercial, se expandiu a partir das navegações e o tesouro real foi alimentado pelos lucros das aventuras mercantis. Acentua o

*historiador Manuel Nunes Dias (1963, p. 359) que só a Coroa, e mais ninguém, dirigia o empreendimento, que era seu monopólio, inalienável, incluindo as novas terras descobertas, que, como se fossem conquistadas, pertenciam, de direito e de fato, à monarquia. Desesse modo, durante a conquista e colonização portuguesa, não se cogitava em propriedade privada da terra. À medida que avançava pela América, o Estado Português, confundindo-se com a Coroa, adquiria o domínio de todas as terras que suas armas protegiam*¹⁶⁵.

O direito de conquista leva à conclusão transcrita, mas o domínio, neste caso, era para fins de soberania, embora, no fundo, fosse motivado por um insurgente capitalismo de Estado. Aparentemente. Havia uma confusão entre os bens pessoais do Monarca e os bens do Estado, mas isso não perdurou por muitas décadas, pois logo se viu a Coroa diante da necessidade de ocupar a terra e o modelo escolhido foi o das capitanias hereditárias.

Diante da distância em relação a Lisboa, não restou à Coroa outra opção, que não a dotação do donatário das capitanias de poderes semelhantes àqueles do próprio Monarca de distribuir terras aos particulares:

Para além as funções de mera administração da propriedade particular, a arrecadação de rendas, a nomeação ou confirmação – quando concedida – de funcionários concelhios, o servir de elo máximo de contacto com o monarca, e, num período primário, específicas funções de comando militar. No

¹⁶⁵ *Importância do Regulamento da Lei de Terras do Império (Decreto nº 1318, de 1854) para a compreensão das origens do domínio privado absoluto sobre a terra em Goiás*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado – GO, v. 28, 2013.

somatório destas atribuições tem também inegável peso a faculdade de distribuir terras em ‘sesmarias’”¹⁶⁶.

Era um autêntico senhorio jurisdicional, pois além de distribuir terras na forma de sesmaria, reservava para si uma gleba de razoável dimensão. A doação de uma capitania, na forma de contrapartida à exigência de lealdade ao monarca, conferia ao donatário poderes jurisdicionais inerentes ao absolutismo sobre aquele espaço territorial. É nesse sentido a lição de Vicente Tapajós:

...doação e mercê de juro e herdade para sempre de dez léguas de terra ao longo da costa da dita capitania e governança e entrarão pelo sertão tanto quanto puderem entrar (...) a qual terra sera sua livre e isenta sem dela pagar foro, tributo nem direito algum somente o dízimo de Deus à Ordem do Mestrado de N. Sr. Jesus Cristo e (...) poderá escolher e tomar as ditas dez léguas de terra em qualquer parte que mais quizer não as tomando porém juntas senão repartidas em quatro ou cinco partes e não sendo de huma a outra menos de duas léguas...¹⁶⁷

Já se apresenta de forma bem clara que, os donatários, aqueles capitães que recebiam a capitania, representavam o próprio Estado Português, e as terras reservadas para si se assemelhavam a terras particulares de uma pessoa jurídica de direito público, enquanto que as sesmarias iriam constituir a propriedade privada. Aliás, ainda que propriedade privada, a natureza dessa propriedade não é, hoje, isenta de controvérsia:

¹⁶⁶ SALDANHA, Antonio Vasconcelos de. *As Capitánias do Brasil: antecedentes, desenvolvimento e extinção de um fenómeno Atlântico*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001, p. 49.

¹⁶⁷ TAPAJÓS, Vicente. *Foral de Duarte Coelho*. In: *A política de D. João III*. Brasília: FUNCEP, 1983, p. 155-156.

... por exigência do ordenamento jurídico, as cartas de sesmarias previam que as terras seriam retomadas e dadas a outras pessoas, se não devidamente aproveitadas pelos beneficiários. Entretanto, como explicado, sempre foi muito precária a fiscalização do cultivo no Brasil, até ser completamente negligenciada no Século XIX. Em razão disso, surgiu grande polêmica sobre a natureza das sesmarias no Brasil, se enfiteutica (...), mera concessão administrativa (...) ou dominial provada nos moldes do direito romano, desde que cumpridas todas as exigências legais (...). Por evitar anacronismos, a melhor tese parece ser a de Laura Beck Varela (...): ‘forma de propriedade essencialmente condicionada ao cultivo, uma dentre as múltiplas formas dominiais da sociedade portuguesa da época, mas que se tronou regra no Brasil. [...] uma propriedade não-absoluta, cuja condição sine qua non, razão de ser, reside no dever de cultivar’¹⁶⁸.

Relembramos que controvérsia semelhante já existia entre os romanistas, acerca das terras distribuídas aos particulares no Império Romano, e sobre ela discorreremos no capítulo I, razão pela qual não voltaremos ao tema.

No campo normativo português, notadamente nas Ordenações do Reino, nunca houve normas específicas para o Brasil, ficando estas por conta da legislação extravagante e, tendo a legislação extravagante por alicerce, foi assim que se ergueram as paredes do edifício jurídico brasileiro¹⁶⁹. As Ordenações do Reino

¹⁶⁸ *Importância do Regulamento da Lei de Terras do Império (Decreto nº 1318, de 1854) para a compreensão das origens do domínio privado absoluto sobre a terra em Goiás*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado – GO, v. 28, 2013.

¹⁶⁹ “O ordenamento jurídico brasileiro entreteu-se, essencialmente, à custa de legislação extravagante. As Ordenações do Reino nunca tomaram o Brasil como alvo dileto, ao

eram apenas o espírito que norteavam as leis extravagantes, que visavam o atendimento de demandas jurídicas específicas da Colônia.

Entre as normas específicas, estavam os forais, concedidos aos Capitães Gerais e, na medida em que surgiam as demandas específicas, aqueles eram complementados, de forma a aumentar ou a restringir a competência legislativa concedida no foral. Não se perca de vista que o Capitão Geral, e depois o Governador Geral, era uma representação do absolutismo monárquico, em vigor naquela época. Portanto, o conteúdo jurídico do foral espelha aquele sistema, com os poderes legislativo, executivo e judiciário concentrados numa só pessoa. O sistema colonialista, em razão da distância e dificuldade de comunicações, se viu obrigado à gradativa descentralização, culminando numa vasta gama de normas extravagantes às Ordenações do Reino.

Em 1548 foi criado o Governo-Geral, cuja finalidade era um governo centralizado na Colônia, com a sua instalação em 1549, em Salvador, sendo Tomé de Souza, repito, o primeiro ocupante do cargo. Note-se que Tomé de Souza, nomeado em 07 de janeiro de 1549, recebeu a Capitania da Bahia, que se encontrava vaga, pois seu Capitão, Francisco Pereira Coutinho, havia sido devorado pelos índios, e o cargo de Governador Geral do Brasil, cumulativamente,

*ponto de lhe dedicar um título específico. Esse princípio da especialidade era servido era servido em terras brasileiras através de diplomas avulsos. Justifica-se, pois, que nos espraemos sobre o tema. Antes da era constitucionalista saída do liberalismo político português e da implantação do princípio da separação de poderes pela constituição de 1822, vivia-se um longo período de indiferenciação das esferas legislativas, administrativa e judicial. Reinava o princípio da reunião de poderes. Para o que nos importa agora, o poder legislativo residia inteiramente na pessoa do rei” (MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando, NORONHA, Ibsen. **História do Direito Brasileiro**. 1.^a ed. 2.^a reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 76-77).*

subsistindo, pois, o sistema de capitanias, embora enfraquecido pela subordinação a um representante da Coroa.

Não só pela nomeação de um representante da Metrópole se viu enfraquecido o sistema de capitanias, mas, principalmente, pelo dito Regimento dado por Dom João III a Tomé de Souza, em 17 de dezembro de 1548, onde foram delimitados as competências e os deveres do Governador Geral, colocando-o no ponto mais elevado da Administração Pública e da organização judiciária. Cabia a ele fiscalizar e reprimir os abusos praticados pelos donatários das capitanias e promover a realização de obras públicas. Não são poucos os juristas que veem no Regimento dado por D. João III a Tomé de Souza a primeira constituição do Brasil¹⁷⁰ e isso não é sem razão, pois as normas estruturantes de um Estado estavam contidas naquele diploma régio. Nessa linha, é a interpretação histórica recente:

O governo geral era um ofício de governo: ‘Cargo publico que dá autoridade para mandar, ou executar coisas concernentes ao governo, como são officios de justiça, fazenda, milícia & c.’ Os governadores-gerais exerciam um ofício régio superior com funções delegadas de jurisdição inferior. É um ofício de natureza superior, pois o seu detentor exerce em nome do rei e, por sua delegação, alguns poderes próprios do ofício régio, as regalias”¹⁷¹.

O pano de fundo da instituição do Governo Geral foi a preocupação da Coroa com os índios, avolumada pela carta de Pero de Góis, escrita em 29 de abril de 1546, onde dava conta da

¹⁷⁰ CALMON, Pedro. *A Primeira Constituição do Brasil: Regimento de Dom João III a Tomé de Souza*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

¹⁷¹ FRAGOSO, João, GOUVÊA, Maria de Fátima. *O Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 544-545.

iminente perda das terras do Brasil, caso não houvesse uma enérgica intervenção do Poder Central¹⁷². As normas de direito público até então destinadas ao Brasil tinham como objeto a disciplina penal, enquanto que as normas de direito privado revelavam a preocupação com a disciplina do casamento, pois o instituto, caro ao sistema português, era completamente desconhecido entre os nativos da terra descoberta. O regimento dado a Tomé de Souza era amplo e disciplinava a vida jurídica do Brasil em todos os aspectos, especialmente em relação às sesmarias:

...Tomé de Souza, nomeado primeiro Governador-Geral do Brasil, trouxe consigo o Regimento dos Provedores da Fazenda, de 17 de dezembro de 1548, em que constam normas específicas sobre a aplicação das sesmarias no Brasil. A primeira delas diz que os provedores ‘conhecerão de todos os feitos, coisas e dúvidas sobre dadas sesmarias, terras e águas que os capitães derem em suas capitânicas. A segunda delas determinava que cada uma das provedorias deveria ser um livro de terras no qual seriam registradas todas as cartas de sesmarias de terras e de águas que os capitães dessem. Outra determinação foi de que as pessoas a quem fossem dadas as sesmarias ficavam obrigadas a registrar suas cartas dentro do prazo de um ano a contar da data em que lhe foram dadas as terras, sob pena de as perderem, assim lhe como deveriam cumprir a obrigação de aproveitar as ditas terras. Ocorrendo o descumprimento das obrigações impostas a quem recebia as terras, os provedores deveriam notificar os capitães para que

¹⁷² AZEVEDO, Pedro de. *História da Colonização Portuguesa do Brasil: A Instituição do Governo Geral*. V. III, p. 334. Ver também: KHAN, Siegmund Ulrich. *As Capitânicas Hereditárias, o Governo Geral, o Estado do Brasil – Administração e Direito quinhentistas*. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 53-114, abr./jun. 1972.

*as terras fossem dadas a outras pessoas sob as mesmas condições*¹⁷³.

A instituição do Governo Geral, de uma forma ainda imprecisa e distante, já colocava à vista uma forma de federação. Embora fosse, portanto, um instituto absolutista, trouxe no seu bojo o germe evolucionista. Foi uma providência jurídica que prolongou a vida do sistema de capitanias, zelando pela eficiência econômica das sesmarias.

O declínio do prestígio do sistema das capitanias trouxe consigo a possibilidade de conflitos jurídicos entre o texto da carta de doação da capitania e o texto legal contido no Regimento dado ao Governador Geral, resolvendo-se com o prestígio desse último, como se verificou na Capitania de São Paulo, em 1624, exigindo a intervenção do Ouvidor Geral¹⁷⁴.

O sistema de capitanias foi extinto em 1759, no contexto das reformas iluministas promovidas pelo Marquês de Pombal¹⁷⁵, mas conviveu por mais de dois séculos com o sistema de Governo-Geral, o que é o desenho primitivo da estrutura jurídica do Brasil. O Governo-Geral é a face mais distante da atual Presidência da República, enquanto que os Capitães-Gerais espelham o que são os Governos estaduais. Nas áreas das antigas

¹⁷³ GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. *O Regramento Jurídico das Sesmarias*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 77.

¹⁷⁴ “Espreitando a desvalorização das capitanias, encontrava-se um problema jurídico que não pode ser omitido. Dizia respeito ao eventual conflito entre as cartas de doação das capitanias e as Ordenações régias. Um embate de que estas últimas saíram progressivamente vencedoras. Sinal disso mesmo viu-se em São Paulo quando, no ano de 1624, o ouvidor-geral Lázaro Fernandes se dirigiu à Câmara para determinar que os juízes obedecessem às Ordenações e não à carta de doação da capitania, no domínio em que subsistissem contradições normativas. Havia que preservar a pirâmide hierárquica” (MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando, NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. 1.^a ed. 2.^a reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 138)

¹⁷⁵ Sebastião José de Carvalho e Melo.

sesmarias, com os seus Sesmeiros, surgiram os Governos municipais.

As normas gerais, representadas pelas Ordenações do Reino, eram aplicadas pelo Governo-Geral, enquanto as normas extravagantes tratavam, em regra, de assuntos específicos das Capitânicas. Às Sesmarias ficam reservadas aquelas matérias peculiares, no âmbito da sua carta de outorga. Com as necessárias atualizações, esta ainda é a estrutura jurídica do Estado brasileiro.

Os bens públicos no Brasil, ainda no período colonial, seguiram a regra do direito romano, onde se falava em *res nullius*, entendidas como coisas não submetidas a nenhuma apropriação privada e não sujeitas ao comércio, nelas se incluindo as *res communes*, as *res publicae*, as *res universitatis*.

Entre as *res communis* estavam os portos, os mares, os rios e as estradas, pois não podiam ser apropriados pelo particular. São os contemporâneos bens comuns do povo. Por *res publicae* eram entendidas as terras conquistadas (*Populus romanus*) e escravos, subtraídos do comércio jurídico e atribuídos ao serviço público. As *res universitatis* incluía as coisas urbanas, tais como as praças públicas, o fórum romano e as ruas das cidades.

Nessa linha, os bens públicos no Brasil, inicialmente, eram aquelas terras conquistadas pelos portugueses e destinadas ao uso da Capitania e, mais tarde, do Governo Geral, sendo aquelas em maior número, pois a instituição do Governo Geral não revogou as cartas de doação das capitânicas hereditárias. Com a ocupação do território, entre os bens públicos foram incluídos os prédios, os portos marítimos e fluviais, as praças públicas, as ruas das vilas e cidades e as estradas, não havendo notícias de escravos públicos, pois todos os escravos eram sujeitos ao comércio privado, embora

isso hoje afronte até mesmo a consciência privada. Então, a *res publicae* absorveu a *res universitatis*, ganhando a nova designação de bem público de uso especial.

Os bens públicos de uso comum do povo e os bens públicos de uso especial, pelo visto, tem origens bem conhecidas na estrutura fundiária brasileira.

De outro lado, aqueles bens pertencentes às capitâneas, ou seja, aquelas terras incluídas nos vinte por cento que o capitão geral podia reservar para si, se tornaram os bens meramente dominiais ou dominicais, enquanto que as terras e outros bens distribuídos às sesmarias se tornaram bens privados, sujeitos, portanto, ao domínio das pessoas que se dispusessem a explorá-los.

As terras destinadas às sesmarias e, portanto, à iniciativa privada, não foram, em sua maior parte, atribuídas a particulares, por falta de interessados ou por falta de pessoas com capacidade econômica para torná-las produtivas no prazo exigido pelo Poder Público. Acresça-se a estas terras aquelas que, embora doadas aos particulares, na forma de sesmaria, não foram exploradas, sendo, portanto, devolvidas às capitâneas. A soma das terras não distribuídas aos particulares e aquelas distribuídas, mas devolvidas, é o que viria a se chamar de *terras devolutas*.

Não se falava de outros bens públicos, além das terras, pois como a ocupação das terras descobertas era feita pelos particulares, mediante doação das capitâneas e das sesmarias, todos os outros bens pertenciam àqueles particulares e não ao Poder Público. Na medida em que foram construídos portos, estradas, fortes, vilas e outras benfeitorias, o elenco dos bens públicos foi aumentando significativamente, ao ponto de, já na fase da imigração europeia em massa, o Estado ter como bens públicos

todas as ferramentas necessárias a abertura de estradas e os animais de tração e carga, tudo cedido aos colonos para a o início da ocupação e exploração das terras.

Do ponto de vista jurídico, qualquer bem que já pertenceu ao Estado ou que seja abandonado pelo particular pode ser devoluto, mas não se registra, até porque perecíveis ao longo do tempo e inservíveis ao serviço público, a devolução de bens móveis.

Em relação aos imóveis, especialmente as terras, a devolução é evidente e ao titular da soberania territorial cabe lhe dar a destinação adequada e muitas vezes não havia pessoas interessadas. A sesmaria não era uma distribuição indiscriminada de terras, mas sim um método de constituição fundiária e, portanto, exigia requisitos pessoais e econômicos do pretendente.

As Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXIV, mandava aplicar, em caso de lacunas nas ordenações, a boa razão. Transcrevemos, *in verbis*, o texto:

“Como se julgarão os casos que não foram determinados pelas Ordenações. Quando alguém for trazido na prática por alguma Lei de nossos Reinos, ou estilo de nossa Corte, ou costume dos ditos Reinos, ou em cada uma parte delas longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, será por eles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiais acerca do dito caso, noutra maneira disponha; porque onde a Lei, Estilo ou costume de nossos Reinos dispõem· cessem todas as outras Leis e Direitos. E quando o caso de que se trata, não for determinado por Lei, Estilo ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, seja matéria que traga pecado, pelos Sagrados Cânones. E sendo matéria, que não traga pecado seja julgado pelas Leis Imperiais, posto que os

Sagrados Cânones determinem o contrário. As quais Leis Imperiais mandamos guardar pela boa razão, em que são fundadas”.

Para especificar o que era a boa razão, ao tempo do Marquês de Pombal, foi promulgada, em 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, publicada em 22 de agosto de 1769, que tinha finalidade hermenêutica e de integração das ordenações do reino:

Malgrado aparente singeleza no texto-base do qual originou-se a Lei da Boa Razão (de 18 de agosto 1769, ou de 22 de agosto de 1769, contando-se de sua segunda publicação), constituiu-se ela em uma das maiores revoluções (sem qualquer hipérbole na assertiva), com especial destaque à participação da Universidade de Coimbra, tanto no ensino e na cultura do direito, quanto na concepção, na inteligência (sem redundância) e na aplicação do próprio direito, no mundo de expressão lusitana. Em apertada síntese, a Lei da Boa Razão determinou: a) quanto às dúvidas sobre interpretação na Casa da Suplicação, que fossem publicados os assentos já estabelecidos, dando-lhes força de lei daí em diante; b) nos estilos, em que se suscitasse dúvidas, em sua aplicação, o chanceler deveria levá-las, com acima a respectiva glosa, ao Regedor, para que se procedesse sua interpretação, isto é, firmando sua exata inteligência, antes de se decidir sobre o direito das partes em si. Tal inteligência, como já se registrou, era firmada por meio de assento; c) na hipótese de dúvidas sobre interpretação das leis suscitadas nas Relações

*subalternas, sobre especificada inteligência firmada pela Casa da Suplicação, admitia-serecurso para a dita Casa*¹⁷⁶.

Os estudiosos da Universidade de Coimbra entenderam que a Lei da Boa Razão não afastava a aplicação dos costumes romanos e, por isso, inseriram nos Estatutos da Universidade uma regra com esse teor:

*Em 1772, os Estatutos da Universidade de Coimbra dispuseram: a boa razão das leis romanas se deve aferir pelo uso moderno delas, por sua observância nas nações cristãs, recomendada nas obras dos Jurisconsultos. O uso, porém, encontra-se nos códigos e leis das nações cristãs, e assim, quando elas restauravam uma lei romana, aos casos omissos da lei portuguesa*¹⁷⁷.

A norma estatutária da Universidade de Coimbra, pelo que se nota, era uma declaração de que a Lei da Boa Razão, promulgada em 18 de agosto de 1769, não afastava a aplicação dos princípios romanísticos, onde subsistisse eventual lacuna.

O costume romano acerca das terras devolvidas ou não ocupadas continuou a ser aplicado em Portugal e com maior intensidade nas suas colônias. Tanto é assim que havia até um ritual de ocupação, quando concedida a terra, muito semelhante aos rituais romanos, conforme relatado por Theodoro Sampaio:

Dado o terreno por Carta de Sesmaria, de que se fazia registro em livro especial, o Tabelião da Cidade dava a posse dêle ao concessionário, com as formalidades todas da lei, tomando a

¹⁷⁶ SOUZA, Carlos Fernando Mathias. *A Lei da Boa Razão (agosto de 1769): uma revolução na hermenêutica e na aplicação do direito português, a partir de Pombal*. Brasília, correio Brasiliense, 14 de outubro de 2019, p. 7.

¹⁷⁷ BITTAR, Eduardo C. B. (Organizador). *História de Direito Brasileiro*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 82.

êste pela mão, andando a passear pelos sobreditos terrenos de uma parte para outra, tomando a terra e alguns ramos que nela havia e perguntando em altas vozes, uma, duas, três e mais vêzes se havia alguma pessoa ou pessoas que a tal posse contradissesse, e por não haver contradição dava por metido na posse do terreno o concessionário, e disso lavrava um termo que êste com as testemunhas assinava juntamente com o mesmo Tabelião Público do Judicial e Notas”¹⁷⁸.

A aplicação do costume romano era uma prática recorrente, em especial em matéria fundiária.

É importante notar que a estrutura jurídica dos bens no Brasil, no período imediatamente anterior e posterior à independência política, foi desenhada numa altura histórica, no contexto do liberalismo político e econômico, em que as leis civis, sob a influência dos ideais iluministas da Revolução Francesa, estavam sendo codificadas, sofrendo, portanto, influência daqueles movimentos codificadores, notadamente do Código Civil francês de 1808. Por isso, o Código Civil Brasileiro de 1916 adotou uma classificação dos bens nitidamente europeia, não dedicando nenhuma disciplina jurídica às terras devolutas, pois estas já não eram relevantes na Europa e já tinham feição exclusivamente brasileira.

Embora se assemelhem aos terrenos baldios portugueses, as terras devolutas brasileiras com eles não se confundem, pois estas se destinam, ainda hoje, ao uso privado, enquanto que aqueles se destinam ao uso comum. Os baldios portugueses eram doações dos reis ao uso comum das vilas e

¹⁷⁸ *História da Fundação da Cidade de Salvador*. Salvador: scp, 1949, p. 212.

freguesias, para fins de pastagens e exploração de lenha e, além de Portugal, existem, com nomes semelhantes, em outros países da Europa. O baldio é uma gleba de terras administrada pela comunidade local e destinada a fins comunitários. Com essa característica, são observados na Espanha, onde recebem o nome de “*bien comum*”, na França, onde é chamado de “*bien communal ou prócommun*”, e na Inglaterra, onde recebe o nome “*common land*”.

No Brasil, embora, repita-se, semelhante aos baldios portugueses na origem, o conceito de terras devolutas é diferente, pois, ao longo do tempo, o instituto ganhou feições próprias e específicas. Aliás, até o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Orozimbo Nonato, sustentou que as terras devolutas brasileiras eram equivalentes aos baldios portugueses¹⁷⁹, o que é verdade apenas na aparência, mas não na essência.

¹⁷⁹ “A doutrina do venerando acórdão recorrido é, data venia, errônea e contrária a uma tradição jurídica imemorial, que vem desde as raízes portuguesas do nosso direito. As terras devolutas, entre nós, correspondem, em Portugal, aos terrenos baldios. Êsses últimos surgiram, na ordem econômica e na ordem jurídica, por imperativos da própria sobrevivência do Estado. É bem conhecido na história da formação dos países ocidentais, o progressivo despovoamento do solo e a conseqüente miséria econômica do povo que, de um lado, fugia ao regime feudal - de si egoístico e tirânico - e, do outro lado, sob o terror das guerras contínuas e devastadoras, abandonava a agricultura, deixando a terra em poeio, sem lavra, sem sementeira, sem trabalho. Mas, os réus encontravam no povo o melhor aliado contra a nobreza e o clero, constituídos, aquela e este de latifundiários e terratenentes. Em verdade, fôra por meio da terra, repartida em dádivas e concessões, que os reis lograram consolidar e prestigiar o feudalismo; havia de ser, depois, também por meio da terra que os reis lograram fornecer o poder da burguesia para combater o regime feudal. Os servos da gleba, que fugiam ao domínio dos terratenentes, se agrupavam nas terras neutras do rei, e aí viviam do comércio e das mil atividades privadas. Mas, tal situação criava o grave problema da miséria e da fome, grandes massas de indivíduos que não trabalhavam. Como ubneiar essa dificuldade? Desde os reis neo-góticos, se recorrera a estas soluções felizes de combate à pobreza: - vastas regiões de terras vagas, em poeio, eram dadas à comunidade e entregues ao uso coletivo; eram, então, lavradas e plantadas e o produto recolhido aos depósitos das vilas, para ser distribuído pelos vizinhos, segundo suas necessidades” (STF – Recurso Extraordinário 7241 – Relator Ministro Orozimbo Nonato – j. 16.11.1949). Disponível em: <www.stf.jus.br>.

A adoção do sistema de sesmarias, já experimentado em Portugal ao tempo de Dom Fernando I (28.05.1375), produziu efeitos diferentes em terras portuguesas e em terras brasileiras. O propósito era o mesmo, ou seja, transferir ao particular a propriedade da terra, diante da impossibilidade da Coroa de promover a sua exploração econômica¹⁸⁰. Em Portugal, isso ocorreu porque o estoque de terras decorrentes da reconquista e da expulsão dos mouros foi bastante elevado¹⁸¹, de modo que os recursos públicos eram insuficientes para promover a sua exploração econômica, e a Coroa, premida pela necessidade dos súditos, não encontrou outra solução entre seus pensadores. No Brasil, a situação era semelhante, embora o gigantesco estoque de terras à disposição da Coroa decorresse de conquista, e não de reconquista, e para manter as terras conquistadas era necessário promover a sua ocupação e exploração.

Algumas notas distintivas devem ser ressaltadas, pois permitem a constatação evolucionária diversa entre a sesmaria em

¹⁸⁰ “A Coroa com a cessão aos donatários, pode-se dizer, deixou praticamente de possuir na Colônia qualquer porção de terras; ela cedera tudo quanto possuía e nada mais tinha para conceder” (COSTA, Porto. **O sistema Sesmarial no Brasil**. Brasília: Ed. UnB, sdp, pg. 21).

¹⁸¹ “A Reconquista cristã sobre os mouros, na Península Ibérica, operou a partir de um pequeno núcleo de resistentes e levou à formação de vários reinos cristãos. Estes apropriam-se de vastas terras despovoadas ou ermadas. Estas terras são repartidas entre os conquistadores ou revertem para a coroa. Mas o tempo revelou a existência de graves lacunas e insuficiências no aproveitamento agrícola. Em 1375, D. Fernando, Rei de Portugal, promulga um diploma básico, que é a Lei das Sesmarias. Assim se definem nas Ordenações Manuelinas I “Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já noutra tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são”. Por esta lei, estabelecem-se várias providências tendentes a assegurar o efectivo cultivo das terras pelos seus donos. Se as terras não fossem aproveitadas, seriam entregues a quem as cultivasse, não pertencendo aos proprietários nesse tempo nem a posse nem a fruição. Se se opusessem à decisão dos sesmeiros, as terras ser-lhes-iam confiscadas em proveito comum do lugar onde estivessem” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direitos de Utilização da Terra**. Lisboa: FDL, sdp, p. 2-3. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-de-Oliveira-DIREITOS-DE-UTILIZACAO-DA-TERRA.pdf>>. Acesso em 22.04.2020)

Portugal e a sesmaria no Brasil. De fato, na sesmaria criada em Portugal, ao tempo de Dom Fernando I, a renda dela decorrente era paga ao proprietário que, na maioria das vezes, não era a Coroa e sim um particular. No Brasil, como a colonização foi iniciada pela Ordem de Cristo, a renda ou dízimo da sesmaria era paga àquela Ordem¹⁸².

Há quem critique o sistema de sesmarias, apontando-o como fonte de latifúndios no Brasil¹⁸³. A crítica doutrinária é pertinente e não é isolada:

A instituição sesmarialista no Brasil não é aceita como tendo sido positiva. De fato, propugnam os jus-agraristas que ela foi bem-sucedida em Portugal e nas colônias portuguesas de Açores e Cabo Verde, devido às suas reduzidas áreas geográficas. No Brasil, a contrario sensu, um país de dimensão continental, já era previsto que o sistema não poderia funcionar, como efetivamente não funcionou, a contento. Ela trouxe seqüelas insanáveis ao regime agrário pátrio, por ter dado início à formação dos grandes latifúndios em nosso país, que ainda hoje perduram nas cinco regiões

¹⁸² “A dois, o sesmeiro na Colônia (que não se confunde com o sesmeiro em Portugal, que era a autoridade fiscalizadora, como vimos acima) deveria pagar o tributo do dízimo devido à Ordem de Cristo; em Portugal, pagava-se uma renda ao proprietário, que não poderia recusá-la” (STEFANINI, Luis de Lima. **A Propriedade no Direito Agrário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 35).

¹⁸³ “As concessões de sesmarias, entremontes, passaram a ser fonte de escândalos administrativos, uma vez que só os mais ricos as recebiam. E por isso mesmo, elas - as sesmarias - foram a grande fonte do estabelecimento do latifúndio no Brasil. Já asseverava COSTA PORTO, que “uma das principais distorções do nosso sesmarialismo - fruto, em grande parte, do desazo em ignorar as peculiaridades da Conquista, aplicando-se-lhe o disciplinamento imaginado para a Metrópole - ocorreria de respeito à estrutura fundiária e cuja síntese seria esta: enquanto no Portugal dos fins do século 14, a prática do sesmerialismo gerou, em regra, a pequena propriedade, no Brasil foi a causa principal do latifúndio” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Terras Devolutas nas Constituições Republicanas**). Artigo disponível em <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/terras-devolutas-nas-constituicoes-republicanas>>. Acesso em 23.04.2020.

*brasileiras, diferentemente do que ocorreu em Portugal, de dimensão territorial reduzida, onde o sistema provocou o nascedouro da pequena propriedade agrícola bem mais eficiente e justa social e economicamente do que a grande propriedade brasileira, na maioria das vezes improdutiva. Ademais, a implantação do sistema sesmarialista no Brasil foi calcado em critérios pessoais e econômicos. Apenas as pessoas privilegiadas político-economicamente foram beneficiadas. O grande contingente rural-trabalhador ficou desamparado e não teve outra alternativa senão trabalhar em regime de servidão ou de quase-escravidão para os sesmeiros*¹⁸⁴.

Na verdade, em conceitos atuais, cada sesmaria, em si, já era um latifúndio, pois a medida de cada uma delas era de três léguas de frente, por seis léguas de profundidade. Cada légua, antes da chegada da Família Real ao Brasil, era de seis mil, oitocentos e cinquenta metros lineares. Então, cada sesmaria tinha, em média, 84.460,50 hectares. Cada sesmaria era, em si mesma, um latifúndio, o que não tinha a menor relevância naquela altura, pois não havia pessoas interessadas em ocupar as terras da Colônia e com capacidade econômica e financeira de torna-la produtiva. Houve modificações posteriores na extensão das sesmarias doadas, como ocorreu em 1695, mas ainda assim permaneceram com grandes glebas territoriais¹⁸⁵.

¹⁸⁴ ROBERTO MOREIRA DE ALMEIDA. *Sesmarias e Terras Devolutas*. Brasília: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 40, n. 158, abr./jun, 2003, p 311.

¹⁸⁵ “A partir de 1549, o regime das sesmarias sofreu uma série de alterações, através de leis especiais. Assim, pela Carta Régia de 27.12.1695, fixou-se um limite máximo de 05 (cinco) léguas de área a ser doada, assim como instituiu-se, além do dízimo, o “pagamento de um foro, segundo a grandeza ou bondade da terra”. Pela Carta Régia de 20 de janeiro de 1699, instituiu-se a revisão e confirmação pelo Rei dos atos de doação, assim como o pagamento de um foro por légua de terra, exigindo-se, ainda, a medição e demarcação para o fim de saber-se o valor do foro devido. E pelo Alvará de

Os baldios são decorrentes de doação real consumada, enquanto que as terras devolutas brasileiras são decorrentes de doação não efetuada, de doação não consumada ou de doação tacitamente revogada pelo abandono ou não ocupação da terra doada.

Com a Lei n.º 1971, de 15 de julho de 1938, foi permitido ao Estado Português se apropriar dos baldios para fins de reflorestamento das regiões serranas, o que foi consumado com a implantação de grandes florestas de crescimento rápido. Porém, o Decreto n.º 39, de 19 de janeiro de 1976, devolveu os baldios às suas primitivas comunidades. A Lei n.º 75, de 17 de agosto de 2017¹⁸⁶, diz expressamente que os baldios são possuídos e geridos pela comunidade, mas nada fala sobre o seu domínio, presumindo-se que seja de domínio público.

No Brasil, houve a mudança de titularidade das terras devolutas, mas a sua destinação nunca foi consumada ou, quando o foi, houve a revogação da doação.

A vinda da família real portuguesa para o Brasil teve um significado muito maior do aquele relatado pela historiografia oficial, pois a Carta Régia, de 28 de janeiro de 1808, que decretou a abertura dos portos brasileiros à nações amigas de Portugal, representou, na prática, o rompimento do *pacto colonial* e, à partir daquele momento, o Brasil deixava de ser colônia, passando a ser a

05 de outubro de 1795, deu-se ênfase às exigências de medição e demarcação, proibiu-se a concessão de sesmarias aos que já tivessem adquirido concessão anterior, reduziu-se o limite máximo de áreas das sesmarias para três léguas, sendo que em algumas capitanias o limite máximo era de uma légua e, em outras, de apenas meia légua” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Terras Devolutas nas Constituições Republicanas*). Artigo disponível em <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/terras-devolutas-nas-constituicoes-republicanas>>. Acesso em 24.04.2020).

¹⁸⁶ Diário da República, 1.ª Série, n.º 158, de 17 de agosto de 2017, p. 4722.

sede da Monarquia portuguesa, o que foi confirmado pela revogação do decreto que proibia a existência de indústrias em território brasileiro. Era uma Monarquia Europeia fora da Europa.

Desde aquele momento, os produtos oriundos do Brasil não passariam pela alfândega portuguesa em Lisboa. Em outras palavras, a Colônia deixou de existir.

O Príncipe Regente Dom João VI, tão logo chegou às terras brasileiras, em 22 de janeiro de 1808, criou duas escolas de medicina, uma em Salvador, a Escola de Cirurgia¹⁸⁷, e outra no Rio de Janeiro, cuidando de edificar a estrutura que transformaria a antiga colônia em um futuro império. Foram apenas 34 (trinta e quatro) dias em Salvador, mas as decisões ali tomadas foram de importância ímpar. Ali mesmo autorizou a criação das indústrias de vidro, pólvora, tabaco e produtos de algodão. Em 24 de fevereiro de 1808, partiu para o Rio de Janeiro, onde criou a Real Academia Militar (atual Academia Militar das Agulhas Negras), o Banco do Brasil, a Biblioteca Real, a Escola de Belas Artes, o Jardim Botânico, o Observatório Astronômico, o Museu de Mineralogia e a Imprensa Régia. Assim, já estruturado, o Brasil se tornou Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve, em 16 de dezembro de 1815.

Os bens públicos que eram do domínio do Reino de Portugal e Algarve experimentaram uma mutação dominial, tornando-se bens públicos do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve. Aqueles mesmos bens públicos, com a Independência ocorrida mais tarde, tornar-se-iam os bens públicos brasileiros.

O regime de bens, até então vigente, foi alterado, pois as regras anteriores, de natureza extrativista, baseavam-se no dado

¹⁸⁷ TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro: ensaio*. Rio de Janeiro: scp, 1947, p. 49-56.

e, com a liberação da indústria, o regime de bens, além daquilo dado pela natureza, acrescer-se-ia daquilo que seria construído pelo Homem. É o dado natural e o construído cultural.

A criação da Casa da Suplicação (embrião do Supremo Tribunal Federal) demonstrava a profunda modificação jurídica operada no Rio de Janeiro. Bens da Coroa, que haviam sido irregularmente ocupados (sem concessão), entre elas a Fazenda Santa Cruz (sesmaria vaga), foram retomados para a construção da infraestrutura pública necessária. Foram criados o Ministério da Fazenda e Interior, o Ministério da Marinha e da Guerra e o Ministério de Estrangeiros. A nova estrutura administrativa levou, obviamente, à criação de novos cargos públicos.

A julgar pela estrutura jurídica, militar, cultural e científica, é possível extrair duas conclusões. A primeira é de que Dom João VI não pretendia retornar a Portugal, o que põe por terra a retórica da fuga para o Brasil e reafirma uma estratégia de expansão do reino português no cenário das nações. A segunda é de que o Príncipe Regente e depois Rei estava preparando a estrutura de um novo reino que seria entregue ao seu filho Dom Pedro de Alcântara, quando o Monarca tivesse que retornar a Portugal. Essa segunda hipótese é pouco provável, pois seu filho Dom Miguel, que poderia sucedê-lo em Portugal, não lhe era bem visto e já vinha lhe causando vários problemas políticos, ao ponto de ser exilado.

Enquanto no Brasil as ações do Príncipe Dom João VI apresentaram um retrospecto que lhe é favorável, em Portugal, a sua própria existência, enquanto representante da família real e da dinastia dos Braganças, era contestada:

Quem resisitiria ao destino armado? Quem faria face a Napoleão, cuja corte atravessara a Espanha, e pisava já o

solo português? Não seria o príncipe-regente, uma rainha doída, nem as altas classes ensandecidas, nem o povo faminto, indiferente, sebastianista – A voz do verdadeiro Anticristo português, que foi Junot, desabou tudo por terra. A nação, roída nos ossos pelo termita infatigável, o jesuíta, nem já era o esqueleto; era apenas o pó de um cadáver. Três séculos antes, Portugal embarcara, cheio de esperanças e cobiça, para a Índia; em 1807 (novembro, 29) embarcava um préstito fúnebre para o Brasil. A onda da invasão varria diante de si o enxame dos parasitas imundos, desembargadores e repentistas, peraltas e sécias, frades e freiras, mosenhores e castrados. Tudo isso, a monte, embarcava, ao romper do dia, no cais de Belém. Parecia o levantar de uma feira, e a mobília de uma barraca suja de saltimbancos falidos: porque o príncipe-regente para abarrotar o bolso, com louras peças de ouro, seu enlevo, ficara a dever a todos os credores, deixando a tropa, os empregos, os criados por pagar. Desabava tudo a pedaços; e só agora, finalmente, o terramoto começado pela natureza, continuado pelo marquês de pombal, se tornava um facto consumado. Os cortesãos corriam pela meia-noite as ruas, ofegantes, batendo às lojas, para comprarem o necessário; as mulheres entrouxavam a roupa e os pós, as banhas, o gesso com que caiavam a cara, o carmim com que pintavam os beiços, as perucas e rabichos, os sapatos e fivelas, toda a fraudulagem do vestuário, Era um afã, como quando há fogo; e não havia choro nem imprecações; havia apenas uma desordem surda. Embarcavam promiscuamente, no cais, os criados e os mosenhores, as freiras e os desembargadores, alfaias preciosas e móveis toscos, sem valor, nem utilidade. Era escuro, nada se via, ninguém se conhecia. Os botes

formigavam sobre a onda sombria, carregando, levando, vazando bocados na nação despedaçada, farrapos, estilhas, aparas, que o vento seco do fim dispersara nessa noite calada e negra. Muita gente, por indolência, recusava-se a ir; outros preferiam o invasor ao Bragança, que fugia miserável e cobardemente: ao herdeiro de reis, que jamais tinham sabido morrer, nem viver”¹⁸⁸.

O relato do autor português, considerando o conteúdo psicológico que em si encerra, é contrário a ação administrativa de Dom João VI, quando este chegou em terras brasileiras, como já demonstramos. Mas, se a situação dos braganças, perante os súditos portugueses europeus, era aquela apontada pelo autor do texto transcrito, é razoável presumir que Dom João VI não pretendia retornar a Portugal e só o fez premido pelos deveres de monarca.

Por parte dos historiadores brasileiros, as críticas são bem menos ácidas e mais se dirigem ao sistema monárquico e não à pessoa de Dom João VI. Olhando à distância de mais de duzentos anos, não se vê o que Dom João VI poderia fazer para defender Portugal, diante da superioridade das forças militares de Napoleão Bonaparte, a sua prisão ou morte teria sido mais catastrófica do que a sua retirada. Se isso tivesse ocorrido, Napoleão Bonaparte teria ampliado seu domínio sobre todas as colônias portuguesas na África, na América e na Ásia. Do ponto de vista estratégico, não havia melhor caminho a ser trilhado. Por isso, não se pode dizer que o príncipe-regente fosse um inapto covarde e isso não é uma defesa é um fato.

¹⁸⁸ MARTINS, Oliveira. *História de Portugal*. Braga: Edições Vercial, 2010-2012, p. 326-327.

A estrutura do Estado Brasileiro, ainda hoje, é a mesma estrutura deixada por Dom João VI. Foram 13 (treze) anos decisivos. A mesma Monarquia, por meio de Dom Pedro I (quarto do nome em Portugal) promoveu a independência política brasileira e, depois, foi abolida pela República. A Federação foi criada e, com inspiração na experiência dos Estados Unidos da América do Norte, as antigas províncias se tornaram Estados. Ocorre que, a cada dia que passa, os Estados-membros são menos autônomos e o País se torna mais centralizado, retornando, na prática, a uma forma monárquica.

As normas joaninas, vigentes entre 1808 e 1821, tinham por finalidade estruturar e organizar o Brasil, que, de colônia, se transformara em monarquia, e mais, em sede de uma monarquia europeia e unidade política monárquica. Era o arcabouço de uma nova ordem política, administrativa e econômica. Não era a criação de uma ordem jurídica inédita, pois ela já existia na Metrópole, o que se fazia era o transplante de uma estrutura portuguesa europeia para o Brasil, que tinha algumas peculiaridades portuguesas não europeias. É nesse sentido a lição dos historiadores do direito brasileiro:

A legislação joanina teve por objetivo principal a organização do Brasil que se tornara monarquia e unidade política. Desde os primeiros dias de sua chegada ao território brasileiro, pois, o regente d. João veio promulgando as leis necessárias para a criação das instituições destinadas a formar o arcabouço construtivo da nova ordem política, administrativa e econômica. Essas instituições, entretanto, eram efetivamente criadas no Brasil, mas, isto não quer dizer que fossem de nova concepção, pelo monarca português, pois a sua existência já

datava de longo tempo na velha metrópole. A sua criação, pois, não era senão a transplantação das mesmas de Portugal para o Brasil, ou, quando menos, a sua adaptação à entidade que, de colônia, passava para a categoria de reino. Cumpre lembrar, todavia, que algumas dessas instituições já pertenciam, também, ao direito brasileiro da época colonial, eis que constituíam órgãos administrativos e judiciários supremos da organização colonial com sede na metrópole, tais como a Casa da Suplicação de Lisboa, o Desembargador do Paço, o Conselho de Fazenda, a Mesa da Consciência e Ordens, etc”¹⁸⁹.

Entre as medidas legislativas promulgadas por Dom João VI, duas delas marcariam definitivamente o futuro do Brasil, pois mudava completamente a sua face jurídica e econômica. A primeira delas é a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, que abriu os portos do Brasil ao comércio mundial. Aparentemente, é apenas uma medida legislativa, mas seu alcance foi de uma profundidade imensurável. Na prática, a alfândega havia sido transferida de Lisboa para o Brasil, onde seriam recolhidos os tributos e recolhidos aos cofres monárquicos no território Brasileiro. Não tinha mais sentido o monopólio português, pois a sede do governo português era o Brasil naquele momento e nele se desenvolveria toda a fiscalização econômica e tributária. Teria sido por sugestão de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, economista e jurista brasileiro formado na Universidade de Coimbra, que Dom João VI notou a inconveniência e a impossibilidade de manter o monopólio português, pois seria contrário aos interesses do erário

¹⁸⁹ TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro: ensaio*. Rio de Janeiro: scp, 1947, p. 49.

monárquico¹⁹⁰. Dessa postura legislativa, decorreu que nas alfândegas brasileiras passaram a ser permitidos quaisquer gêneros, fazendas e mercadorias transportadas por navios estrangeiros e, ainda, a partir dos portos brasileiros, era facultado a qualquer estrangeiro a exportação de qualquer gênero colonial para o porto que melhor lhe conviesse, com exceção do pau-brasil e alguns outros poucos produtos.

A mencionada Carta Régia beneficiava do ponto de vista econômico a monarquia portuguesa, mas também beneficiava a Inglaterra, que tinha excedentes de produção e precisava de mercado para os seus produtos industriais. O mercado brasileiro, naquela altura, era atrativo e compensador para os comerciantes ingleses.

A segunda medida legislativa de singular importância foi a Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815, que elevou o Brasil à categoria de reino. Foi o sepultamento definitivo do Brasil colônia e, a nosso ver, o marco jurídico inicial do processo de independência política, que se consumaria em 07 de setembro de 1822, já com Dom Pedro I (o IV do nome em Portugal). Não se concebe que um reino voltasse a ser colônia e, por isso, o nosso entendimento de que a Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815 foi o marco jurídico inicial de todo o processo de independência política.

Retornando ao nosso eixo de trabalho, poucos meses antes da independência política do Brasil, o sistema das sesmarias, que resistiu às modificações feitas por Dom João VI, foi extinto¹⁹¹,

¹⁹⁰ Ibid, p. 52.

¹⁹¹ "...o regime de concessão de sesmarias encerrou-se em 17 de julho de 1822, data daquele ato, e não em 18 de setembro de 1850 como menciona IGOR TENÓRIO, quando assinala que "a Lei das Sesmarias prevaleceu no direito brasileiro até 18 de

ficando um hiato de quase três décadas, sem que a situação fundiária do território brasileiro se submetesse a qualquer disciplina jurídica atualizada e de conformidade com a nova situação jurídica do Brasil. Nesse período houve ocupações desordenadas de terras em quase todas as regiões do País, o que, ainda hoje, é fonte de conflitos entre os pretendentes ao mesmo espaço.

Repita-se, a Dom João VI o Brasil deve a sua estrutura jurídica, política e econômica, embora o velho regime português transplantado para o Brasil já estivesse em crise quando a família real embarcou rumo a América do Sul.

O transplante ao qual nos referimos inclui a forma de abordagem da ciência do Direito, ainda presa ao direito romano:

*O direito romano constitue entre nós a mais copiosa fonte subsidiária da nossa jurisprudência civil, já porque as Ordenações expressamente a mandão observar em muitos casos, já porque a citada Lei de 18 de Agosto de 1769 o declarou subsidiário do direito pátrio nos casos omissos nelle, ou incompletamente providenciados, uma vez que, na espécie sujeita, elle seja conforme á boa razão, ou direito natural, e não se basêe em motivos supersticiosos, e peculiares ao povo romano, ou em costumes, maximas, ou principios regeitados pela civilização moderna*¹⁹².

setembro de 1850, quando foi promulgada a Lei nº 601” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Terras Devolutas nas Constituições Republicanas*). Artigo disponível em <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/terras-devolutas-nas-constituicoes-republicanas>>. Acesso em 24.04.2020)

¹⁹² LOUREIRO, Lourenço de Trigo. *Instituições de Direito Civil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1870, p. 27 (edição em fac similar).

Mesmo depois da independência política do Brasil, as Ordenações do Reino continuaram a ser observadas no território nacional, naquilo que não colidisse com a Constituição Imperial e como esta era genérica, praticamente não havia antinomias. As primeiras três décadas após a independência não foram tranquilas, com revoltas internas que demandaram esforços de pacificação. Relata a doutrina sobre o período que:

Passado algum tempo depois da independência brasileira, a renúncia de D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, e a vitória dos liberais em relação aos conservadores no chamado período Regencial, ao invés de suceder-se uma calamraia do país, sobreveio um período onde ocorreram várias revoltas, entre elas a Cabanagem (1835-1840), no Pará, a Sabinada, na Bahia (1834-1837), a Balaiada, no Maranhão (1838-1841) e a Guerra dos Farrapos, no Rio Grande do Sul (1835-1845) entre Chimangos e Maragtos. O Segundo Reinado foi marcado por lutas civis e pacificação interna (1840-1850), por lutas externas que envolveram países banhados pelo Rio da Prata, como Uruguai, Argentina, Brasil e Paraguai, este último arrasado pela guerra (1850-1870). Ainda existiram campanhas pela libertação dos escravos e em prol da proclamação da República (1870-1889)¹⁹³.

O ambiente não era propício a uma nova estruturação jurídica do Estado Brasileiro. Por isso, naquele período houve pouco avanço no campo legislativo, até porque boa parte do

¹⁹³ ZIMMERMANN, Rafael. *Apontamentos sobre a história do Direito no Brasil*. Direito em debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, ano XXIII, n. 41, p. 84, jan./jun., 2014.

período decorreu sob a regência, em razão da abdicação de D. Pedro I e da menoridade de D. Pedro II.

Pouca literatura jurídica se produziu no Brasil no período imperial e, nos períodos seguintes, pois os cursos jurídicos haviam sido criados em passado recente¹⁹⁴, um em São Paulo e outro em Recife (Lei de 11 de agosto de 1827), e como se sabe o início da produção científica é demorada, pois o processo, em si, é demorado.

De relevante, embora não interesse ao nosso estudo, no período foram promulgados o Código Criminal do Império (1831) e o Código Comercial (1850).

1. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL BRASILEIRA DE 1824

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824 não tratou dos bens públicos e nada falou sobre os bens devolutos, limitando-se à organização política do Império. No artigo 179, inciso XVIII, determinou a organização, o quanto antes, de um Código Civil e de um Código Penal, levando a presumir que, no primeiro, seria dada disciplina aos bens, entre eles os bens públicos e as terras devolutas.

A doutrina, na época apenas civilista, distinguia os bens do Imperador da seguinte forma:

Os bens que pertencem ao Imperador, ou são patrimoniaes ou dominiaes. Os patrimoniaes são todos os que constituem o seu

¹⁹⁴ Ibid, p. 84.

*patrimonio particular, e que conseguintemente estão no seu pleno e livre domínio: os dominiaes porém são aquelles que lhe forão doados pela Nação para si, e seus successores, e de que consequentemente não é pleno senhor, mas administrador, e usufructuario; taes são os Palacios, e Terrenos nacionaes possuídos actualmente pelo Senhor D. Pedro II, e as acquisições, e construcções, que no correr dos annos a Nação julgar convenientes para sua conveniência e recreio, e da sua Família*¹⁹⁵;

É importante observar que o Imperador tinha seus bens pessoais, chamados de patrimoniais, que não se confundiam com os bens da Coroa, denominados de bens dominiais. Tais bens dominiais seriam os bens públicos, o que é, em tudo, semelhante, ao que anotamos sobre as monarquias visgóticas, no capítulo I desse estudo.

Aqui interessa ainda observar a definição dada pelo autor ao *domínio*:

*A palavra domínio, tomada em sentido restricto, exprime a idéia de propriedade; e consiste, segundo sua natureza, essência, em que a cousa, ou cousas corporaes, que formão o seu objecto, são propriedade nossa, pertencem-nos exclusivamente. Elle é portanto um direito exclusivo e ilimitado*¹⁹⁶.

A expressão *domínio* é tomada pelo autor em “*sentido restricto*”, o que implica dizer que o domínio pode ser tomado em sentido amplo. No domínio, em sentido estrito, não é possível

¹⁹⁵ LOUREIRO, Lourenço de Trigo. *Instituições de Direito Civil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1870, p. 221 (edição em fac similar).

¹⁹⁶ Ibid, p. 223-224.

incluir as terras devolutas, mas no domínio em sentido amplo isso é permitamente possível. Isso porque o domínio em sentido amplo não é sinônimo de direito de propriedade, embora o inclua.

O equívoco acometeu autores consagrados e especializados em direito agrário, como é o caso de Altair de Souza Maia:

Terras devolutas, espécie do gênero de terras públicas, são aquelas terras que, tendo sido dadas em sesmarias, foram, posteriormente, em virtude de haverem caído em comisso, devolvidas à Coroa. Pelo menos, foi esse, originariamente, o conceito que as nominava, evoluindo, ao depois, para a definição contemplada no Decreto-lei nº 9.760/46, art. 5º, i. e., são devolutas as terras que não se acharem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, ou que não hajam, legitimamente, sido incorporadas ao domínio privado¹⁹⁷.

No mesmo sentido leciona Pinto Ferreira:

Terras devolutas são aquelas terras que, embora antes doadas ou ocupadas, não se encontram cultivadas e aplicadas para nenhum uso público, sendo assim devolvidas ao domínio do Estado¹⁹⁸.

O equívoco não é apenas doutrinário, mas até mesmo a Lei, aventurando-se a formular indevidamente conceitos, também

¹⁹⁷ *Discriminação de Terras*. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982, p. 3-12.

¹⁹⁸ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 281.

incorre no mesmo erro, como pode ser constatado no artigo 201 da Consolidação das Leis Civis, vigentes em 11 de agosto de 1899¹⁹⁹:

As terras públicas compreendem:

.....

e) as terras devolutas;

.....

De outro lado, autores mais cautelosos, como Tomás Pará Filho, preferiram discorrer a destinação das terras devolutas, sem lhe dar uma definição, lecionando que são bens:

...afetados por destinação social 'sui generis', i. e., bens imóveis que passam, observados os requisitos legais, para o patrimônio privado, em razão de pressupostas vantagens disso advindas para a economia social, com a efetiva colonização do solo, o povoamento dos sertões e a cultura de glebas produtivas, utilizando, ao máximo, as riquezas fundiárias potenciais...²⁰⁰.

Antes mesmo da promulgação do Código Civil, ainda na vigência da Constituição de 1824, foi promulgada a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, tratando da disciplina da propriedade fundiária no Brasil, onde é dedicada uma disciplina jurídica aos bens públicos e às terras devolutas.

Desde a reforma pombalina em Portugal, extinguindo as capitanias, não houve nenhuma nova disciplina jurídica sobre os bens públicos no Brasil. As capitanias foram extintas, mas as

¹⁹⁹ MELLO, Humberto Haydt de Souza. *Terras Devolutas*. Brasília: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, setembro de 1966, p. 314.

²⁰⁰ PARÁ FILHO, Tomás. *Terras devolutas* I. In: LIMONGI, R. (Coord.). Enciclopédia Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977-1982, p. 55. v. 72.

sesmarias já doadas subsistiram como ato jurídico perfeito. A carta de doação da sesmaria viria a ser considerada pela Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, como título aquisitivo da propriedade, apto o ser transcrito no Registro de Imóveis. Tratando-se de um registro originário, o primeiro ato era considerado ato gerador da matriz ou matrícula, também chamado de fábrica da matriz. A partir da fábrica da matriz, passava a vigorar o princípio da continuidade registrária.

Ocorre que o órgão de registro era a própria Igreja Católica, naquele tempo, integrada ao Estado e mais capilarizada que outros órgãos estatais, o que levou à confusão de muitos, entendendo que o registro gerador da matrícula era uma fábrica da matriz católica local, o que não é a verdade. Então, as propriedades constantes da dita “fábrica da matriz” não pertencem à Igreja Católica, mas sim foram por ela registradas. Aqueles bens que não constaram da fábrica da matriz foram considerados bens devolutos.

O artigo 1.º da Lei nº 601/1850 extinguiu a doação de terras no Brasil, extinguindo, portanto, a doação de sesmarias, ao determinar que as terras devolutas só poderiam ser adquiridas por compra, exceto as terras localizadas nas áreas de fronteira com outros países. A Lei validou as doações das sesmarias, tornando a respectiva carta de doação um título aquisitivo legítimo, apto a ser registrado, mesmo que as condições com as quais fora feita a doação não tivessem sido implementadas.

Ainda no contexto da lei, ao legitimar posses não decorrentes de sesmarias, o legislador levou em conta que outras formas de doação de terras²⁰¹ existiram e os donatários ou

²⁰¹ “Em 17 de julho de 1822, pela Resolução n. 17, o Príncipe Regente D. Pedro, ao decidir um apelo que lhe foi dirigido por Manoel José dos Reis, morador do Rio de

possuidores beneficiários não poderiam ser prejudicados. Por isso, foi criada também a forma de legalização fundiária dessas glebas de terra, de modo a não deixar desamparadas as famílias que, às vezes, por gerações haviam ocupado determinado espaço do território.

A lei qualificava como devoluta toda a terra que não estivesse afeta ao uso público nacional, provincial ou municipal e que não estivesse sobre o domínio particular, por qualquer título legítimo, incluindo as sesmarias e concessões do Governo Geral, assim como aquelas que não tivessem sob a posse legitimada pela mesma lei (art. 3º). Não olvidando da herança legislativa e cultural portuguesa, a lei consagrou também a existência de eventuais baldios: *“Os campos de uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municipios ou comarcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual, emquanto por Lei não se dispuzer o contrario”* (art. 5.º, parágrafo 4.º). A prática, porém, não teve aceitação em terras brasileiras, subsistindo, até os dias atuais, apenas os faxinas, especialmente no Estado do Paraná, reconhecidos como modo de produção rural tradicional pelo Decreto Estadual nº 3.446, de 25 de junho de 1997. São terras de uso comum, especialmente destinadas ao pastoreio, como tal reconhecidas em Portugal e na Galícia.

Janeiro, que lhe rogava ser conservado na posse das terras em que vivia há mais de vinte anos com sua numerosa família de filhos e netos, não sendo ditas terras compreendidas na medição de alguma sesmaria, mesmo contra o parecer do Procurador da Coroa e Fazenda, de que o meio competente era o interessado requerer as mencionadas terras por sesmarias, determinou que o suplicante ficasse na posse das terras que tinha cultivado e, no mesmo ato, suspendeu todas as sesmarias futuras do Brasil até a convocação da Assembleia Geral Constituinte” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Terras Devolutas nas Constituições Republicanas**). Artigo disponível em <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/terras-devolutas-nas-constituicoes-republicanas>>. Acesso em 24.04.2020).

De forma diversa do que sustentam alguns, não são as terras devolutas que se equiparam aos baldios portugueses, mas sim os faxinais, que embora reconhecidos, diminuem a cada dia, notando-se uma concentração ainda significativa deles no Centro Sul do Estado do Paraná, com 26 (vinte e seis) glebas comunitárias regulamentadas²⁰². As terras devolutas brasileiras encontram o seu equivalente nas terras não registradas ou abandonadas de Portugal, mas não nos baldios, pois o equivalente destes são os faxinais.

Então, pelo que se extrai da lei, as terras devolutas foram definidas por exclusão. Embora, sob o domínio do Estado, não eram terras públicas e sim terras destinadas, a título oneroso, à colonização nacional ou estrangeira. É importante ressaltar que a União, seja na época do Império ou na sua configuração atual, embora tivesse o poder de legislar sobre a matéria, não era a proprietária das terras devolutas, pois não poderia ter para si tais bens, incluindo-os como bens públicos. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, decidindo um dos casos mais antigos submetidos àquela Corte, disse que a União deveria provar a sua propriedade²⁰³, que só seria possível por meio do ajuizamento da ação

²⁰² <<http://www.iap.pr.gov.br/pagina-1434.html>>. Acesso em 21.04.2020.

²⁰³ “O juízo de procedência passa pela prova, pela União, de que (i) realmente adquiriu (como alega) terras antes da Constituição de 1891, por meio de compra ou anexação, para uso específico da atividade siderúrgica desenvolvida na Fazenda Ipanema (entendo que provou); (ii) tais terras lhe eram úteis quando da entrada em vigor da Constituição de 1891 (entendo que não provou) e; (iii) sua exata individuação, para fins de se saber se coincidem – no todo ou em parte – com as terras quanto às quais o Estado de São Paulo expediu os títulos que ora pretende anular (entendo que não provou). g) Especialmente quanto à falta de prova da individuação do imóvel, em se tratando de terras adquiridas, por compra ou anexação, reporto-me aos procedimentos previstos na Lei de Terras, sancionada por D. Pedro II, em 18.9.1850, Lei nº 601/1850, que cometa ao Governo o modo prático de extremar o domínio público do particular, e em seu Decreto regulamentador, Decreto nº 1.318/1854, já transcritos no item “7” deste voto, que em absoluto foram demonstrados nos autos” (STF - Ação Cível Originária (ACO) 158/SP – Relatora: Ministra ROSA WEBER, julgado em 12.03.2020, votação unânime. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/aco-158.pdf>>. Acesso em 21.04.2020).

discriminatória²⁰⁴. O julgamento tomou por base a disciplina jurídica da Lei nº 601/1850 acerca das terras devolutas, o que demonstra que os princípios implicitamente contidos naquela norma ainda são atuais.

A lei possibilitou a regularização fundiária, em modo tipicamente nacional, e facilitou a imigração europeia para a ocupação do território nacional. Ao possibilitar a cessão de terras para empresas privadas, com a finalidade de colonização, abriu o caminho para os grandes projetos de colonização europeus, notadamente para a colonização italiana em sua maior parte, estabelecida no Sul e no Sudeste do Brasil.

Em razão da grande extensão territorial do Brasil, a regularização fundiária não se completou, como era o escopo da Lei nº 601/1850, restando, ao longo de décadas, terras ocupadas por particulares, sem que houvesse a intervenção do Poder Público para compelir a regularização, o que foi motivo gerador de inúmeros conflitos fundiários, especialmente nas regiões mais remotas do Norte do País, para onde a fronteira agrícola se expandia. O conflito residia precisamente entre aqueles que entendiam que as terras ocupadas eram terras devolutas e, em sua ótica, públicas, e aqueles que entendiam que as terras ocupadas eram privadas, ainda que um dia tenham sido devolutas, conforme dispunha a Lei.

A solução da questão passa por saber qual a natureza jurídica das terras devolutas, assunto sobre o qual nos ocuparemos oportunamente, ao longo deste trabalho.

A discriminação das terras devolutas, regulada pela Lei nº 6383/76, pode ser feita através de processo administrativo ou

²⁰⁴ Lei nº 6383, de 07 de dezembro de 1976.

judicial e, nada mais fez do que, tardiamente, cumprir o que determinou o artigo 10 da Lei n.º 601/1850.

Como não havia um critério de distinção entre os bens imóveis públicos e os bens imóveis particulares, o artigo 10 da Lei n.º 601/1850 dispôs que: *“O Governo proverá o modo pratico de extremar o domínio publico do particular, segundo as regras acima estabelecidas, incumbindo a sua execução ás autoridades que julgar mais convenientes, ou a commissarios especiaes, os quaes procederão administrativamente, fazendo decidir por arbitros as questões e duvidas de facto, e dando de suas proprias decisões recurso para o Presidente da Provincia, do qual o haverá tambem para o Governo”*. O dispositivo legal, pela sua própria existência, leva à conclusão de que até então não havia qualquer critério que permitisse distinguir o bem imóvel público do bem imóvel privado, ou seja, a distinção entre terras públicas e terras privadas.

Com a finalidade de regulamentar e executar os dispositivos da Lei n.º 601/1850, foi editado o Decreto n.º 1318, de 30 de janeiro de 1850, atribuindo ao Ministro e Secretário de Estado do Império a competência para a execução administrativa da lei, criando naquele Ministério uma Diretoria Geral para tratar da matéria, ou seja, para medir, dividir e descrever as terras devolutas e prover sobre a sua conservação; propor as extensões de terras anualmente à venda; fiscalizar a distribuição das terras devolutas; e promover a colonização e o registro das terras possuídas (art. 3.º).

Enfim, se a Constituição Imperial de 1824 não tratou dos bens públicos e nem das terras devolutas, foi sob a sua vigência que começou, através de lei, a disciplina jurídica da matéria e a execução, de fato, do que havia sido determinado em lei. Decorrido

mais de um século e meio, a matéria continua a ser disciplinada da mesma forma, com alguma adaptação exigida pela evolução social e pelo decurso do tempo.

O conceito de terra devoluta começa a se desenhar, pois, repita-se, não se confundia com o conceito de terra pública. Então, a solução seria criar um conceito de terras públicas *latu sensu* e um conceito de terras públicas *stricto sensu*. Entre as terras públicas *latu sensu*, poder-se-ia incluir as terras devolutas e o Mar Territorial, por exemplo, mas no conceito de terras públicas *stricto sensu*, só estariam incluídas aquelas terras de uso público específico. Em sentido lato, terras públicas é um gênero, do qual as terras públicas, em sentido estrito, é uma espécie.

Em relação à Plataforma Continental importa lembrar que é uma área além do mar territorial, incluindo o leito e o subsolo, como se fosse um prolongamento natural do território de um país, até o bordo exterior da margem continental, porém, até o limite de duzentas milhas marítimas. A matéria é regida pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, apresentando especial interesse o artigo 4.º, anexo II, que dispõe sobre o procedimento a ser adotado pelo país interessado em estabelecer os limites da sua plataforma continental para além das duzentas milhas marítimas²⁰⁵.

No Brasil, a Plataforma Continental não é de propriedade da União, pois o artigo 20, inciso V, da Constituição

²⁰⁵ O artigo 4 do seu anexo II estabelece que: “Quando um Estado costeiro tiver intenção de estabelecer, de conformidade com o artigo 76, o limite exterior da sua plataforma continental além de 200 milhas marítimas, apresentará à Comissão de Limites da Plataforma Continental da ONU, logo que possível, mas em qualquer caso dentro dos 10 anos seguintes à entrada em vigor da presente Convenção para o referido Estado, as características de tal limite, juntamente com informações científicas e técnicas de apoio. O Estado costeiro comunicará ao mesmo tempo os nomes de quaisquer membros da Comissão que lhe tenham prestado assessoria científica e técnica”.

Republicana de 1988, apenas inclui entre os bens da União os recursos naturais da Plataforma Continental, o que é diferente da disciplina portuguesa da matéria: “*A Plataforma continental constitui, hoje em dia, parte integrante do território dos Estados costeiros. Por força do Direito Internacional, estes Estados detêm sobre ele poder soberano e exclusivo para o aproveitamento dos seus recursos naturais*”²⁰⁶. Portugal, desde a Constituição Republicana de 1933, já reivindicava a Plataforma Continental como parte do seu território, situação consolidada que não foi revogada pela Constituição Republicana de 1976. É esta, aliás, a posição da doutrina lusitana, ao sustentar que aquela norma fundamental produziu efeitos jurídicos permanentes: “*...produziu determinados efeitos jurídicos que ainda hoje se mantêm, nomeadamente no que se refere aos direitos conferidos ao Estado quanto a certos bens de domínio público. Esses direitos, constituídos a favor do Estado, não lhe foram retirados nem expressa nem tacitamente pela nova Constituição ou por outra legislação posterior, pelo que subsistem*”²⁰⁷. A questão adquire especial relevância quando nos colocamos a examinar a situação jurídica das Ilhas Portuguesas, pois, se a Plataforma Continental é considerada território do País, haveria também uma Plataforma Continental nas Ilhas, o que é de crucial importância económica, até mesmo para a sobrevivência da população que se vê diante de escassos recursos terrestres.

Por isso, a doutrina administrativista portuguesa tem dedicado abalizados estudos sobre a matéria: “*É hoje entendimento majoritário que o território de um Estado costeiro inclui, para o lado do*

²⁰⁶ SILVEIRA, Caetano F.A. *A Plataforma Continental como bem do domínio público: problema da titularidade no caso especial dos Açores*. In: Estudos de Direito Administrativo dos Bens (João Miranda, coordenador). Lisboa: AAFDL, 2015, p. 15.

²⁰⁷ AMARAL, Diogo Freitas do, FERNANDES, José Pedro. *Comentários à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1978, p. 37.

*mar, a plataforma continental, por força do reconhecimento que lhe é dado pelo Direito Internacional. Tradicionalmente, àquele território, apenas era reconhecido como nele estando incluído, na parte do mar, o hoje chamado ‘mar territorial’ e respectivos solo e subsolo, impropriamente denominado, à época, na legislação nacional e demais documentação, de águas marítimas ou também águas territoriais. Às Ilhas foi igualmente reconhecido o direito de possuírem plataforma continental”*²⁰⁸. Embora a Constituição da República Federativa do Brasil atual não trate expressamente a Plataforma Continental como território, nada impede que o mesmo raciocínio seja adotado em relação ao Brasil, pois os tratados internacionais, entre nós, adquirem força de norma constitucional (art. 5.º, parágrafo 3.º, da CF).

De retorno ao nosso eixo temático, embora juridicamente disciplinadas as terras devolutas, o hiato jurídico criado desde a suspensão, em 1822, do sistema de sesmarias, até a promulgação da Lei nº 601/1850, ainda se faz sentir na Brasil do Século XXI, pois a ocupação desordenada da terra é a fonte primária dos conflitos fundiários anotados no País.

2. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

A colonização brasileira foi feita por um país europeu, razão pela qual a cultura desenvolvida no Brasil Colônia e no Brasil

²⁰⁸ SILVEIRA, Caetano F.A. *A Plataforma Continental como bem do domínio público: problema da titularidade no caso especial dos Açores*. In: Estudos de Direito Administrativo dos Bens (João Miranda, coordenador). Lisboa: AAFDL, 2015, p. 27.

Império era também uma cultura europeia. Aurelino Leal, escrevendo sobre a *História do Constitucionalismo Brasileiro*, relatou:

Não farei aqui a história da transmutação da forma política, porque o meu ponto de vista não me permite tão largas digressões. Direi, apenas, que os republicanos que vinham da propaganda estavam no seu mais pleno direito de conspirar contra a monarquia. Em política, esse recurso é legítimo. Os monarquistas teriam o mesmo direito de insurgência contra a república. Direito, é bem de ver, de quem aspira a determinados ideais, o que não exclui a sanção da lei contra os que não puderem vencer. É a sorte dos que ficam sob a pecha de revoltosos e não conseguem o nome de revolucionário. O que não direi é que a ideia, a 15 de novembro de 1889, tivesse atravessado todo o seu processo de maturação. Havia, sem dúvida, uma elite republicana no país. Mas os propagandistas, para chegar ao 15 de Novembro, não se armaram somente das excelências do regime, nem, muito menos, tinham podido levar à consciência da maioria da opinião a convicção das suas vantagens. A meu ver, o que lhes deu ganho de causa foi a exploração dos ressentimentos, das mágoas, dos desapontamentos, das contrariedades que fermentavam n'alma de grandes patentes do Exército, onde, aliás, é também incontestável, havia representantes do novo credo. Portanto, se há um fator que se aponte com o dedo, é este – o da força armada, fator que, aliás, se tem revelado através da nossa história, com uma pertinência inquietante a que é preciso pôr termo²⁰⁹.

²⁰⁹ LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2014, p. 153.

O Brasil foi a única monarquia europeia fora da Europa e a mudança de regime, sob a inspiração da Constituição do Estado Unidos da América, não foi tarefa pacífica. O mesmo Aurelino Leal narra que, quando Rui Barbosa levou a Constituição de 1891 para colher a assinatura do Marechal Deodoro da Fonseca, se viu diante da pergunta: “*onde está o artigo que permite às Forças Armadas dissolver o Parlamento?*”, ocasião em que o esclareceu que no regime republicano não era possível a dissolução do parlamento e Deodoro da Fonseca era, sabidamente, um monarquista. Portanto, a influência do pensamento monarquista europeu sobre o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo depois da independência política, é inegável, mas havia o confronto com as ideias iluministas e liberais.

O direito era essencialmente privado e, por isso, não havia uma disciplina administrativa no modelo atual. Ainda estava por surgir o direito administrativo, embora o direito público já houvesse sido inaugurado com a Constituição de 1824 e com o Código Criminal do Império de 1831. De terras devolutas pouco se falava, embora pudessem ser vistas, de forma pontual, como bens vagos, tal como anotado por Augusto Teixeira de Freitas:

São bens vagos, que se-devolvem à Fazenda Nacional, e taes se-reputão: os objectos achados, e depositados competentemente, não reclamados no prazo legál...²¹⁰.

Em 1891, logo após a Proclamação da República, sobreveio sua primeira Constituição republicana, refletindo o consenso político da época, baseado no conservadorismo, pois não houve propriamente um rompimento com o sistema jurídico

²¹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Regras de Direito*. São Paulo: LEJUS, 2000, p. 238.

monárquico, e no positivismo, representado no Brasil por Benjamin Constant Botelho de Magalhães, pois a pretensão era de um menor subjetivismo nas questões de Estado. A Proclamação da República teve influência conservadora, pois, repita-se, não foi, em si, uma revolução, já que não rompeu com a cultura passada, dotando, inclusive, o Imperador Dom Pedro II, deposto pelo ato, de uma pensão vitalícia. Foi uma evolução natural da Monarquia para a República. A sua inspiração positivista resta evidente no lema adotado, ou seja, a ordem, como pressuposto, e o progresso, como fim²¹¹. A conclusão que se extrai é de que a Proclamação da República, e a consequente Constituição Republicana, foi uma simples evolução, não alterando, na essência, o sistema jurídico esboçado desde os primórdios da colonização.

A Constituição Republicana de 1891 determinou, no artigo 2.º, que cada Província formaria um Estado e, no artigo 64²¹², dispôs que as terras devolutas pertenciam aos Estados, o que seguia a linha das terras das antigas capitanias, destinadas à doação em forma de sesmarias. À União tocou apenas as terras indispensáveis à defesa, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Examinando o dispositivo da Constituição Republicana de 1891, logo se nota a existência de terras devolutas da União e terras devolutas dos Estados Membros.

²¹¹ SILVA, Paulo Rogério da. *Filosofia das Ciências Sociais*. Batatais (SP): Claretiano – Centro Universitário, 2020, p. 140-161.

²¹² “Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territorios cabendo à União sómente a porção de territorio que for indispensavel para a defesa das fronteiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes.”

Clóvis Beviláqua²¹³, porém, deu início ao trabalho doutrinário sobre as terras devolutas, anotando o seguinte:

São terras devolutas:

1.º) *As que não se acharem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal; nem tampouco se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo;*

2.º) *Os terrenos dos antigos aldeamentos de índios.*

As terras devolutas somente a título oneroso podem ser transferidas aos particulares, exceto nas fronteiras, numa zona de dez léguas, onde podem ser concedidas gratuitamente. Este direito que pertencia outrora à nação, cabe hoje aos Estados, aos quais foram transferidas as terras devolutas. Nas fronteiras, a União terá apenas as porções de território, de que já se apropriou para a defesa do país ou de que vier a necessitar para o mesmo fim.

Na introdução do nosso trabalho mencionamos a necessidade abordarmos a qualificação jurídica das terras indígenas e a razão aqui parece evidente, pois a doutrina civilista, em algum momento, as tratou como terras devolutas. Hoje, porém, por serem terras demarcadas e discriminadas, perderam essa qualidade, como será visto em abordagem própria.

A primeira Constituição Republicana Brasileira, sob a influência da Constituição dos Estados Unidos da América e das filosofias já mencionadas, deu grande autonomia aos Estados-Membros, o que foi sendo limitado ao longo do tempo pelas sucessivas Constituições.

²¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas (SP): Servanda, 2007, p. 285-286.

Dentro da autonomia dos Estados-Membros, no tocante às terras devolutas, cada ente federado criou o seu órgão administrador do estoque de terras recebido. São os chamados institutos de terras, criados em cada Estado e que ainda hoje tem a responsabilidade pela destinação das terras devolutas.

No âmbito da União, somente em 1970, através do Decreto n.º 1110, de 09 de julho de 1970, foi criado o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), com a finalidade de organizar e manter um cadastro nacional de imóveis rurais, administrar as terras públicas da União e realizar a reforma agrária. Seria reformar o que não foi formado. Em parte, os objetivos do órgão foram cumpridos, mas nunca se definiu o que seria a reforma agrária e qual o modelo seria adotados na reforma renunciada. Atualmente, o INCRA está organizado em 30 (trinta) superintendências regionais, espalhadas pelo território nacional.

A União, desde a Lei n.º 601/1850, reservou para si, ainda que na qualidade de devolutas, as terras das faixas de fronteira, o que não se contesta, em razão da sua essencialidade para a segurança nacional²¹⁴, conceito este já sedimentado entre nós.

²¹⁴ O Ministro Aliomar Baleeiro, ao relatar o Recurso Extraordinário 62.731, proferiu um voto conceitual de grande relevância: “*O conceito de segurança nacional não é indefinido e vago, nem aberto ao discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, nas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou sensato, e não o de amplidão infinita, consagrado pela Escola Superior de Guerra, o qual está assim descrito: ‘o grau relativo de garantia, que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito de antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais’*” (STF – RE 62.731 – Relator Ministro Aliomar Baleeiro – Diário Oficial da União, 28.6.1968, p. 2460).

É importante notar que, equivocadamente, como já dissemos, muitos viram nas terras devolutas a qualidade de terras públicas, mas, na verdade, são terras sob o domínio limitado do Poder Público, já que a sua destinação é específica²¹⁵. O Poder Público tem sobre elas o poder de disposição condicionado, mas não tem o poder uso e fruição, já que se destinam à venda aos particulares. Não são destinadas ao uso público, especial ou comum do povo, e não constam dos Registros de Imóveis como pertencentes ao Poder Público. O domínio do Poder Público sobre as terras devolutas é, genericamente, para fins de soberania. É o domínio em sentido amplo ao qual já nos referimos.

Uma nota distintiva essencial e característica das terras devolutas é a ausência da exigência de desafetação para que seja alienada ao particular, pois a sua destinação é exatamente a transferência para a apropriação privada, qualquer que seja a motivação política dessa transferência.

No mesmo artigo 64, o Legislador Constituinte de 1891 tratou de forma diferente as terras devolutas e os bens públicos da União, dispondo, no parágrafo único, que: “*Os próprios nacionais,*

²¹⁵ “*As terras vão continuar a ser atribuídas preferencialmente por meio de concessão. O sistema tinha assim três funções: 1) impedir a apropriação meramente especulativa da terra; 2) assegurar o aproveitamento efectivo; 3) permitir a passagem à propriedade privada. Esse era o fim, mas qual foi o resultado? Há que distinguir de novo. O sistema: 1) assegurou bem ao longo da história a primeira finalidade; 2) assegurou menos satisfatoriamente o aproveitamento efectivo, porque o Poder não foi um juiz exacto e eficiente do aproveitamento realizado. O sentimento desta deficiência foi crescendo ao longo dos tempos, à medida que a pressão demográfica sobre as terras foi crescendo; 3) assegurou mal a terceira, da passagem da terra à propriedade privada, porque a burocracia acabou por servir de travão ao seu processamento. Dificultou-se o acesso à terra em vez de o facilitar, porque muito poucos estariam em condições de vencer a burocracia e esta funcionava, consciente ou inconscientemente, no sentido da manutenção do status quo*” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direitos de Utilização da Terra**. Lisboa: FDL, sdp, p. 4-5. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-de-Oliveira-DIREITOS-DE-UTILIZACAO-DA-TERRA.pdf>>. Acesso em 22.04.2020).

que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados". Próprios nacionais são aqueles bens, em sua maioria constituída por imóveis, pertencentes à União. Havia então, as terras devolutas e as propriedades da União, pois, se assim não fosse, não haveria necessidade da inclusão do parágrafo único no dispositivo em comento.

Fica evidente, pela análise do dispositivo constitucional, que recepcionou a Lei nº 601/1850, a finalidade diversa dada às terras devolutas e a finalidade essencial das terras públicas. A primeira destinava-se a alienação aos particulares, enquanto que a segunda estava afeta à materialização de um serviço público. Havia terras públicas destinadas ao serviço público, como era o caso das fazendas destinadas à criação dos cavalos para as forças de terra e aos campos destinados ao adestramento dessas mesmas forças.

Além disso, a faixa de fronteira, com a destinação específica de segurança territorial do País, não foi transferida aos Estados-Membros, permanecendo como terras públicas da União.

O erro mais comum que se encontra nos estudos sobre as terras devolutas é imaginar que estas terras foram devolvidas à Coroa, com a extinção do sistema de Capitánias Hereditárias²¹⁶. A

²¹⁶ “Comumente, encontramos opiniões sustentando que devolutas são as terras que retornaram ao patrimônio da Coroa Portuguesa, após a extinção do regime de concessão de capitánias (...) isto, porém, não exprime a realidade, pois: a) nem todas as terras do Brasil-Colônia foram objeto de concessão aos donatários das Capitánias. Essas capitánias eram perfeitamente delimitadas e o número delas abrangeu apenas um limitado e restrito pedaço do solo brasileiro; b) por outro lado, muito território o Brasil veio a adquirir, após a cessação do regime das capitánias. Desta forma, essas novas terras que passaram a integrar a extensão do solo pátrio (inclusive as do território do Acre) não poderiam ser tidas como devolutas, pois que não foram, em época alguma, devolvidas à Coroa Portuguesa” (GARCIA, Paulo. *Terras Devolutas*. Belo Horizonte: Livraria Oscar Nicolai, 1958, p. 155).

extinção atingiu a hereditariedade das capitanias, mas não as capitanias em si, pois estas, com a instituição do Governo Geral, apenas se subordinaram a ele, como representante da Coroa em terras brasileiras. As capitanias só foram extintas no Governo do Marquês de Pombal, na segunda metade do século XVIII, poucas décadas antes da vinda da Família Real para o Brasil.

A precisa conceituação de terras devolutas, antes de tudo, passa pelo conhecimento completo da sua origem, desenvolvimento e estado atual, sob pena de se colocar em confronto o conceito e a natureza jurídica do instituto, que a cada dia ganha vulto, na medida em que o avanço da densidade demográfica pressiona o Poder Público por maior produção de unidades habitacionais e, conseqüentemente, por uma maior produção de alimentos. O Bem-estar social da população brasileira, em boa medida, estará diretamente relacionado com a disciplina jurídica das terras devolutas e dos bens devolutos de um modo geral, pois nas grandes cidades, no Brasil e em todo o Mundo, não são poucos os prédios urbanos abandonados (*res derelicta*) por diversos motivos, exigindo uma intervenção estatal para a sua destinação.

As grandes cidades do Mundo Ocidental foram construídas em momentos históricos nos quais nem sempre havia registro imobiliário contínuo, e, mesmo onde havia tais registros, as guerras e confrontos generalizados, além das catástrofes naturais e incêndios, destruíram muitos desses registros. Assim, quando um imóvel urbano é abandonado, se torna difícil ou quase impossível rastrear o seu legítimo proprietário ou seus herdeiros, de modo que tais imóveis, em razão do abandono, se tornam devolutos, embora se localizem em áreas há muito urbanizadas.

No Brasil, a situação não é diferente, pois muitos edifícios foram construídos sobre terrenos, cujos registros não existiam. Com a degradação desses edifícios e o seu conseqüente abandono, o Poder Público enfrenta uma dificuldade ímpar para localizar o seu proprietário, quando se é possível fazê-lo, e compeli-lo a fazer com que o imóvel atenda a sua função social. A recusa, na maioria das vezes, não é vencida pela incidência do imposto progressivo, pois o proprietário não é determinado, enquanto que a desapropriação se torna um prêmio para o proprietário ou herdeiros desidiosos, que já haviam abandonado o imóvel e, de repente, se veem diante da possibilidade de recebimento de uma indenização, com a qual não contavam.

Parte do problema ainda é decorrente do vácuo legislativo sobre a matéria, verificado no período entre 1822 e 1850, e pelo fato de que, com a proclamação da República, a Igreja Católica deixou de fazer parte do Estado Brasileiro e as sesmarias haviam sido registradas pela Ordem de Cristo, que fazia as doações na época do Brasil Colônia. Parcela significativa dos supostos proprietários dos imóveis centrais das cidades mais antigas, na verdade, eram apenas possuidores e nunca se preocuparam com a regularização registraria daqueles imóveis, mesmo porque, com a separação entre a Igreja e o Estado, o encargo de organizar o registro passou para o Estado e a organização não teve a agilidade necessária. Outros imóveis, como haviam sido registrados pela Ordem de Cristo, não se sabia onde se encontravam tais registros. A matriz imobiliária, onde não houvesse registro e não houvesse carta de sesmaria, tinha que começar do zero, transcrevendo o título aquisitivo.

Não há dúvida de que se trata de um problema com origem antiga, mas seus reflexos e consequências são atuais e não é de fácil equacionamento e solução. Não se fala mais em transcrição do título aquisitivo, mas sim em matrícula, onde é possível constatar o histórico de propriedade do imóvel, mas ainda não há um controle pleno do Estado sobre as propriedades componentes do seu território.

Há que se lembrar das terras adquiridos pelo Brasil, a título de compra, que se somam às terras devolutas oriundas do período da Colonização da portuguesa. Em 1903, o Brasil comprou da Bolívia uma extensão de terra de 164.123,040 quilômetros quadrados, numa área que era ocupada inteiramente por brasileiros, criando em 1904 o Território Federal do Acre. A terra adquirida viria a se tornar o atual Estado do Acre, transformando o primitivo Território Federal em Estado-Membro da República Federativa do Brasil.

Então, as terras devolutas no Brasil tiveram três origens diferentes, quais sejam, aquelas que pertenciam à Coroa portuguesa, por direito de conquista e, doadas às Capitânicas, mas que não foram aproveitadas pelos donatários; aquelas que foram doadas em forma de sesmarias e que, também, não foram aproveitadas pelos sesmeiros; e aquelas adquiridas por compra pelo Poder Público.

Independentemente da origem, a disciplina jurídica da terra devoluta é a mesma.

A Constituição Republicana de 1891, ao transferir para os Estados-Membros as terras devolutas, deixando para a União apenas aquelas julgadas indispensáveis ao serviço público federal, facilitou a regularização fundiária, pois os Estados-Membros

estariam mais próximos das suas peculiaridades, de modo a melhor equacionar e solucionar o problema. Embora a intenção fosse boa, o resultado não foi animador na maior parte do País, até porque as pressões políticas sobre os presidentes dos Estados também foram facilitadas com a proximidade do poder político regional.

Não se perca de vista que na vigência da Constituição de 1891, o Brasil era um País agrário, onde a propriedade da terra era a principal fonte de prestígio social e de poder político e econômico. Em circunstâncias tais, promover uma regularização fundiária equânime e justa é praticamente impossível. Então, naquele período, muito pouco se fez para uma solução definitiva do problema.

Em 24 de dezembro de 1858, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Civis, compiladas em 1.333 artigos pelo jurista baiano Augusto Teixeira de Freitas, refletindo ainda o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, o que foi um esboço, mas a grande disciplina jurídica dos bens em geral, só foi introduzida pela promulgação do Código Civil de 1916, que, embora tenha tratado dos bens públicos no sentido estrito, deixou ao largo os bens públicos em sentido lato.

No campo jurídico, ainda não haviam aportado no Brasil as ideias consequentes da divisão do idealismo hegeliano, que viriam a moldar o pensamento acerca de um Estado Social, prevalecendo naquela altura, sem oposição, as teses do liberalismo econômico, com a vestimenta jurídica que lhe era peculiar. A filosofia do Direito de Hegel²¹⁷ é importante, pois foi ela quem deu legitimidade filosófica ao absolutismo da propriedade, já

²¹⁷ HEGEL, G. W. F. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2000, p. 83-106.

identificada empiricamente pelos romanistas medievais. A divisão de seus adeptos implica também na divisão da forma de ver a propriedade da terra.

3. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição Weimar de 1919, embora trouxesse em seu texto vários avanços sociais, procurava restabelecer as forças do poder central, que haviam sido transferidas aos Estados-Membros pela Constituição de 1891. Nesse sentido, assinala a doutrina estudiosa da época:

O sistema constitucional enfraquecera o poder central reacendendo os poderes regionais e locais, que se apresentavam, adormecidos pelo poder unitário e centralizador do Império. O governo federal não tinha mais condições de se sustentar, se não se escorasse nos poderes estaduais. Imprimiu-se, nesse sistema, interpretação própria ao presidencialismo; desprezou-se os partidos e construiu-se a 'Política dos Governadores' que dominou a Primeira República e que fora a causa de sua queda. O poder dos governadores sustenta-se no coronelismo, que, por sua vez, fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais delinirem esquemas formais da organização nacional. Os coronéis passaram a eleger os governadores, os deputados e senadores. Os governadores, a seu turno, sobrepunham o Presidente da República. Nesse jogo de poderes, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores,

*formando uma constituiçã material e desarmonia com o esquema da Constituição vigente*²¹⁸.

Isso implicou numa redução dos poderes dos Estados-Membros, incluindo a limitação das terras devolutas que haviam sido atribuídas aos Estados e aos Municípios. A nova Constituição foi uma consequência da pretensão absolutista do governo federal, o que acarretou a Revolução Paulista de 1932, exigindo que fosse promulgada a Constituição.

A Constituição Federal de 1934 não dedicou nenhuma disciplina especial aos bens públicos devolutos, limitando-se o Legislador Constituinte a recepcionar a disciplina jurídica que havia sido consolidada pela Constituição Republicana de 1891, atribuindo, no artigo 21, aos Estados-Membros, o domínio dos bens que lhes haviam sido conferidos pela legislação em vigor naquela data²¹⁹. Da mesma forma, limitou-se a dispor que seriam bens da União aqueles que a ela pertenciam, segundo as leis vigentes naquela data.

Ao atribuir o domínio das terras devolutas à União, o reflexo já foi enorme, embora a disciplina jurídica tenha sido pequena e pouco detalhada. O que era pertença passou a ser domínio, o que modifica a pedra angular do sistema de poder, baseado no sistema fundiário.

Apenas um destaque de relevância jurídica, pois a Constituição fala em *domínio*, o que tem um enorme significado jurídico, ou seja, embora de forma muito sintética, fala em *domínio*

²¹⁸ SILVA, Vander Brusso. *Fatos Históricos Sociais Relevantes da Década de 1930 que Influenciaram na Elaboração das Constituições de 1934 e 1937*. Revista dos Tribunais, ano 108, v. 1000, p. 573, fev., 2019.

²¹⁹ Texto integral disponível em: <www.planalto.gov.br> .

de bens públicos. A expressão *dominus*, de origem romana, foi usada ao tempo de Diocleciano em oposição ao principado, ou seja, o *dominato*, atribuído ao Imperador, era diferente do *principado*, atribuído à nobreza romana. A expressão deu origem, no final da Antiguidade, ao tratamento dedicado às divindades e, na Idade Média, deu origem ao título nobiliárquico e eclesiástico “dom”, e ao substantivo “dono”. É nesta última concepção que nos interessa o uso da expressão.

Aqui, mais uma vez, vamos nos socorrer do direito privado, pois propriedade e pertença são dois elementos do domínio. De um lado, está a propriedade que é o direito da pessoa física ou jurídica sobre a coisa e, de outro, a pertença, que é a sujeição da coisa a uma pessoa física ou jurídica. É como lecionava Ruggiero:

Exprime o conceito de poder ou senhorio o termo técnico e mais usual das fontes romanas ‘dominium’, e acentua-se o fato da pertença no outro menos frequente ‘proprietas’. Em volta destes dois lados ou aspectos da relação, pelos quais se diz que uma coisa, que em tudo está sujeita ao nosso senhorio, nos pertence, podem agrupar-se as várias definições que os escritores dão ao direito de propriedade. As fontes romanas não davam uma definição textual, ao passo que são muitas e variadas as dos códigos modernos, que muitas vezes, mais que definições, descrevem o conteúdo desse direito²²⁰.

O domínio, no sentido estrito e nesse sentido é utilizado no direito privado, abrange a propriedade e a pertença, enquanto que o domínio, no sentido amplo, vai além da sujeição da coisa a

²²⁰ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 6^a ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas (SP): Bookseller, 1999, p. 455.

uma pessoa física ou jurídica, seja esta de direito público ou de direito privado. Então, quando o legislador constitucional utiliza a expressão *domínio*, o conceito a ela atribuído envolve a propriedade, a pertença e os bens tecnicamente não sujeitos a propriedade. De outro lado, quando utiliza a expressão *pertence*, a definição dada a esta expressão é muita mais restrita e não é sinônimo de domínio, mas sim apenas uma das definições que compõe o seu conceito. É por isso que o mesmo Ruggiero lecionava que:

*Domínio é a potestas, no seu conceito; é domínio geral, isto é, unidade de poderes e não soma das simples faculdades, de modo que se contrapõem ao senhorio particular de todos os outros direitos reais, em que pela lei são indicados os poderes do titular; e é domínio independente porque não pressupõe nenhum outro direito, ao passo que é dependente dos outros direitos reais que pressupõe a propriedade de uma terceira pessoa*²²¹.

Sem qualquer dificuldade conceitual, o domínio pode se expandir ou pode se restringir, enquanto que a propriedade e a pertença não têm essa mesma elasticidade. Por isso, é possível falar-se em domínio em sentido amplo e em domínio em sentido estrito.

Ao falar sobre o domínio da União e dos Estados sobre os bens que lhes haviam sido reconhecidos pelas leis anteriores, a Constituição de 1934 deixou evidente quem é o dono dos bens públicos. Parece pouco, mas não é, pois, a noção de domínio permeia todo o arcabouço do direito de propriedade, seja ela pública ou privada. Não é exagero dizer que o Direito

²²¹ ²²¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 6^a ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas (SP): Bookseller, 1999, p. 458.

Administrativo, na atualidade, dedica longas jornadas intelectuais ao estudo e à discussão dos bens públicos, notadamente porque eles são indispensáveis à prestação do serviço público. Não há prestação de serviço público sem as instalações compatíveis e os instrumentos necessários a cada atividade administrativa.

É importante notar que a o artigo 64 da Constituição Republica de 1891 não falava em domínio, mas sim dizia “*Pertenecen aos Estados-Membros*”, pois a expressão domínio, se tormarmos a sua concepção no direito privado, é sinônimo de propriedade, enquanto que, no direito público, a expressão tem sentido amplo, ou seja, vai além da concepção privada da propriedade. Por isso, quando a Constituição de 1934 usa a expressão *domínio*, para se referir aos bens da União, é necessário entender que o seu alcance vai além da propriedade pública, embora a inclua.

Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1934, teceu críticas, à técnica utilizada pelo legislador constituinte, em sentido semelhante:

A técnica dos arts. 20 e 21 é lamentável. Diz-se, por exemplo, no art. 20: ‘São do domínio da União: I, os bens que a esta pertencem, nos termos das leis actualmente em vigor’ Que se há de entender? Que a Constituição tornou conteúdo constitucional (e pois imodificáveis) tais leis em vigor, ou que apenas quis assentar que continuariam da União os bens que em 16 de julho de 1934 lhe pertenciam? São duas soluções assaz diferentes para que se deixe de lado a discussão. Se as leis em vigor em 16 de julho de 1934 passaram a ser conteúdo constitucional, pertencem à União os bens que naquela data pertenciam e os que forem adquiridos na conformidade delas.

Que bens são esses? Se as leis em vigor a 16 de julho de 1934 não passaram a ser conteúdo constitucional, pertencem à União os bens que naquela data pertenciam e só se pretendeu com isso aludir ao todo adquirido. Mas (ainda aqui a pergunta) que bens são esses? Impõe-se, antes da resposta, a enumeração deles, afim de podermos analisar cada espécie. Não é só. O art. 21, I, diz que são do domínio dos Estados-Membros os bens e propriedade destes pela legislação actualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente. Estão aí incluídas as terras devolutas a que se referiam o art. 64 da Constituição de 1891, e ter-se-á de perguntar: só as terras que já o eram ou as que vierem a ser incluídas?²²²”

Como é cediço, pertença e domínio são conceitos diferentes, razão pela qual é importante frisar que a partir da Constituição de 1934, tornou-se possível falar, no direito brasileiro, em domínio em sentido amplo e em domínio em sentido estrito, este coincidindo com o conceito de propriedade. As pertenças, no sentido privado que vinha até então sendo adotado, ficaram relegadas a meras situações possessórias.

De outro lado, também o direito privado, especialmente o direito das coisas, não sobrevive sem o conceito de domínio, que traz consigo todos os atributos do direito de propriedade, tendo estes larga aplicação no direito público, em prestígio ao princípio da unidade do ordenamento jurídico de um país.

Ainda no seio da Constituição Republicana de 1934, é relevante notar que o regime instituído pela nº 601/1854 não foi modificado. Ao contrário, foi constitucionalizado e alargado,

²²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: art. 1 a 103*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1934, p. 430. t. 1.

ganhando assento no texto constitucional, se considerarmos a alternativa mencionada por Pontes de Miranda, que foi efetivamente adotada. É o caso, por exemplo, da faixa de fronteira, pois o artigo 1º daquele diploma legal, ao proibir a aquisição de terras devolutas por outro título que não a compra e venda, fez a seguinte ressalva:

*Excetuam-se as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente*²²³.

Embora sem uma menção expressa, era a faixa de fronteira que, qualificada como terra devoluta, poderia ser concedida gratuitamente aos particulares. Até então, a terra poderia ser concedida gratuitamente em qualquer parte do território do Império.

O decreto n.º 1318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei n.º 601/1850, no artigo 82, dizia que “*dentro da zona de dez légua contigua aos limites do Imperio com Paizes estrangeiros, e em terras devolutas, que o Governo pretender povoar, estabelecer-se-hão Colonias Militares*”²²⁴. Aqui já se qualificava a zona da faixa de fronteira como terra devoluta, admitindo-se, no artigo 84 do mesmo Decreto a distribuição das terras, em forma de lotes, a colonos nacionais e estrangeiros. Aquele diploma infralegal, reconhecendo a impossibilidade do Governo Imperial, admitiu a delegação dos loteamentos a empresas privadas (art. 85).

Ocorre que a Constituição Republicana de 1934, no artigo 166, criou a denominação faixa de fronteira e a ampliou para

²²³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm>. Acesso em 27.04.2022.

²²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf>. Acesso em 27.04.2022.

cem quilômetros, enquanto que na disciplina anterior, a largura dessa faixa era de sessenta e seis quilômetros. Criou ainda a chamada faixa de segurança nacional, ao determinar que numa faixa de cem quilômetros ao longo da fronteira, não haveria nenhuma concessão de terras sem a prévia audiência do Conselho de Segurança Nacional, o que, na prática, limitava a autonomia dos Estados-membros na concessão de terras na faixa de fronteira.

Na sequência, a Constituição Republicana de 1937 alargou ainda mais a faixa de segurança nacional, ampliando-a para cento e cinquenta quilômetros (art. 165), embora tenha mantido a faixa de fronteira fixada em sessenta e seis quilômetros de largura.

Na atualidade, a faixa de segurança nacional se tornou faixa de fronteira, mas aquelas terras localizadas nessa faixa e que não tenha sido transferida aos particulares, ainda permanecem com a qualidade de terras devolutas.

A Constituição de 1934 teve vida breve, de modo que pouco sobre ela se escreveu durante a sua vigência.

4. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1937

Em 1937, o Presidente da República Getúlio Dorneles Vargas havia fechado o Congresso Nacional e impôs *manu militare* uma nova Constituição. Ainda assim, o regime promoveu alguns progressos em algumas áreas:

Apesar de um regime extremamente autoritário, visto que o Estado atuava diretamente na economia, houve um crescimento importante desse setor. Entretanto, para que tais

interferências estatais fossem aceitas pelos cidadãos, o Governo, por outro lado, adotava certas políticas denominadas ‘populistas’, consolidando-se as Leis do Trabalho (CLT) e expressivos direitos sociais, como o salário mínimo. Devido às fortes influências de ideais autoritários e fascistas...²²⁵.

A Constituição Republicana de 1937, nos artigos 36 e 37, repetiu a mesma fórmula adotada pela Constituição de 1934, acrescentando, porém, que os lagos e quaisquer correntes em terrenos sob seu domínio ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limites com outros países e se estendam ao território destes, seriam incluídos entre os bens de domínio da União, assim como as ilhas fluviais e lacustres localizadas nas zonas fronteiriças²²⁶.

É importante anotar que os bens incluídos no domínio da União foram retirados do domínio dos Estados Membros, conforme se observa no artigo 37, alínea “a”²²⁷. Repita-se, o governo federal, com a Constituição de 1891, influenciada pela Constituição dos Estados Unidos da América, teve seus poderes sensivelmente reduzidos e, por isso, as constituições seguintes foram recuperando a centralização do poder em mãos da União.

A modificação da titularidade do domínio dos bens mencionados tem relação com a restrição imposta, progressivamente, à autonomia dos Estados-Membros, de um lado,

²²⁵ SILVA, Vander Brusso. *Fatos Históricos Sociais Relevantes da Década de 1930 que Influenciaram na Elaboração das Constituições de 1934 e 1937*. Revista dos Tribunais, ano 108, v. 1000, p. 582, fev., 2019.

²²⁶ Texto integral disponível em: <www.planalto.gov.br>.

²²⁷ Texto integral disponível em: <www.planalto.gov.br>.

e, de outro, com a necessidade crescente de maior participação da União no sistema defensivo do País.

A influência das ideias políticas europeias contidas na Constituição Republicana de 1937 indicava um fortalecimento progressivo do Poder Central, o que espelha também as consequências da Revolução Constitucionalista de 1932, eclodida em São Paulo. De qualquer modo, a ideia de uma federação de Estados, contida na Constituição de 1891, foi, desde a Constituição de 1937, colocada apenas como ideal. A Federação Brasileira, criada sob a influência da Constituição dos Estados Unidos da América, via-se agora diante de ideias mais centralizadoras oriundas do continente europeu.

O caráter centralizador e autoritário é lembrado pela doutrina:

Poder Legislativo: passa a ser exercido pelo Parlamento Nacional com colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República. O Parlamento Nacional tinha previsão de composição pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal, deixando o Senado Federal de existir durante o Estado Novo. A Câmara dos Deputados era composta por representantes do povo, eleitos mediante sufrágio indireto para mandato de quatro anos. O Conselho Federal seria formado por representantes dos Estados e por 10 (dez) membros nomeados pelo Presidente da República, com duração de mandato fixado em seis anos. De acordo com o art. 178, foram dissolvidos a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados, as

Câmaras Municipais, determinando as eleições futuras para o novo Parlamento.”²²⁸.

Nesse ambiente constitucional não havia espaço para críticas doutrinárias, razão pela qual muito pouco se escreveu sobre qualquer matéria que envolvia os poderes da União. Ainda assim, Ponte de Miranda, assinalou:

Os arts. 36 e 37 falam de domínio da União e dos Estados-membros. A noção aí inserta não tem qualquer carácter de essencialmente ligada à estrutura política. O território, dimensão material dos corpos sociais, é dito nacional, quando corresponde ao Estado (pessoa de direito das gentes), isto é, à República, à União (na defeituosa terminologia da Constituição), e estadual, quando correspondente a Estado-membro. Não é de território que se trata nos arts. 36 e 37. Por outro lado, sob a palavra domínio, a Constituição encambulhou os bens de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, ou de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal, e os chamados pelo Código Civil ‘dominiais’, isto é, os que constiuem o patrimônio da União, dos Estados-membros e dos Municípios.”²²⁹.

Entre os bens dominiais incluíram-se as terras devolutas, o que não seria tão simples, pois as terras devolutas são

²²⁸ SILVA, Vander Brusso. *Fatos Históricos Sociais Relevantes da Década de 1930 que Influenciaram na Elaboração das Constituições de 1934 e 1937*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 108, v. 1000, p. 582, fev., 2019.

²²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Poggetti Editores, 1938, p. 633-634.

de domínio da pessoa jurídica de direito público apenas no sentido amplo, mas não no sentido estrito.

5. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1946

A Constituição Republicana de 1946 tratou dos bens públicos nos artigos 34 e 35, relacionando como bens públicos da União, os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países (Art. 34, inciso I). Relacionou entre os seus bens, a porção de terras devolutas, indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro (art. 34, inciso II). A disciplina jurídica dada pela Constituição de 1946 é semelhante à disciplina dada pela Constituição de 1891, com as atualizações conceituais decorrentes do transcurso do tempo e da evolução do pensamento jurídico.

É importante notar que o artigo 34, inciso II, faz expressa referência às terras devolutas, o que não ocorreu na Constituição de 1937. Também, em relação aos bens públicos dos Estados-Membros, a disciplina jurídica foi diferente, pois o artigo 35, de forma sintética, incluiu, entre os bens do Estado, os lagos e rios, em terrenos do seu domínio, e os que têm nascentes e foz no território do Estado.

Nessa altura são importantes os comentários de Pontes de Miranda:

As terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro pertencem, hoje, à União. O pensamento de tal enunciado vem do anteprojeto da Constituição de 1934, que aliás só se referia a Territórios. O texto de 1946 abrange todo o território nacional. A situação jurídica que se cria com o art. 34, II, é deveras interessante. Quem fala de terras devolutas fala de terras devolvidas (nunca tiveram dono ou o tiveram e já não o tem). Tais terras podem estar sob a detenção ou sob a posse de alguém, ou serem, além de sem dono, sem posse: adéspostas. A 18 de setembro de 1946 todas as terras sobre as quais não há domínio conforme o registro de imóveis (eficácia contra terceiros, ou erga omnes) estão sujeitas a nelas se revelar o interesse da União, tocante à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro. Não se disse qual a zona, mas devemos de entender a fixada, então, pela lei ordinária. Por outro lado, o critério da indispensabilidade é deixado a líbrito dos planos de defesa nacional, alguns secretos, e do plano ferroviário, esse mais subordinado a exigências de ordem geográfica, o que permite que se lhe discuta a arbitrariedade. Surgem dificuldades no caso de ser proposta ação de usucapião (a) por eficácia aquisitiva antes de 18 de setembro de 1946, ou (b) por eficácia aquisitiva a 18 de ou depois desse dia. Porém, não são invencíveis, uma vez que no caso (a), a eficácia ex tunc da sentença de usucapião encontraria o obstáculo da letra constitucional. Processualmente, a União passou a ser interessada em todas as ações de usucapião nas fronteiras ou de terras próximas, em todas as terras em que tenha de ser

*localizada alguma fortaleza, ou construção militar, ou possam passar estradas de ferro*²³⁰.

O vácuo jurídico criado no período entre a data da independência política e a Lei n.º 601/1850 possibilitou a ocupação de vastas porções de terras por particulares, sem o devido título aquisitivo. Porém, a Lei n.º 601/1850 sanou em parte o problema, mas a confusão criada pelas Constituições de 1934 e de 1937, tornou a situação das terras devolutas um verdadeiro imbróglio, no ponto que trata da usucapião, penso que está equivocada a opinião de Pontes de Miranda, pois a própria Lei de Terras (Lei 601/1850) já dispunha que a aquisição das terras devolutas só poderia ocorrer por venda, embora, excepcionalmente a aquisição pudesse ser por doação, se localizada na faixa de fronteira, mas nada mencionando sobre a aquisição pela prescrição. Note-se que a prescrição aquisitiva não leva em consideração a nacionalidade do sujeito e, na aquisição de propriedade na faixa de fronteira, isso é essencial. Portanto, estando ou não na faixa de fronteiras, em locais sujeitos a aproveitamento militar ou destinados à construção de estradas de ferro, já não era juridicamente possível a aquisição daquelas terras por meio da usucapião (prescrição aquisitiva).

Na vigência da Constituição de 1946, o Decreto-lei n.º 9.760, de 05.09.1946, formulou o seguinte conceito de terras devolutas:

Art. 5º - São terras devolutas, na faixa de fronteiras, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual, territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado:

²³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 327.

- a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº. 1318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais;
- b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados;
- c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites;
- d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada;
- e) por se acharem em posse contínua e incontestada, por justo título e boa fé, por termo superior a 20 (vinte) anos;
- f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa-fé;
- g) por força de sentença declaratória proferida nos termos do art. 148, da Constituição Federal, de 10 de novembro de 1937.

Parágrafo único - A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitos por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas na lei”.

No conceito formulado no artigo 5.º, *caput*, do Decreto-Lei 9.760/46, pela primeira vez se fala em terras devolutas dos Territórios Federais e dos Municípios, pois todas as disciplinas jurídicas anteriores nada falavam sobre isso. Os Territórios Federais foram uma criação republicana e, por isso, não tinha mesmo sentido falar deles na época da Colônia ou do Império, mas os Municípios já existiam desde a época do Brasil Colônia, embora

não existissem os Estados²³¹. A disciplina jurídica é, então, novidade em relação aos Territórios Federais e em relação aos Municípios.

Note-se que o conceito sofreu significativa modificação, desde a Consolidação das Leis Civis, pois naquela altura, Teixeira de Freitas²³² dizia que devolutas eram “*as terras desocupadas, não possuídas*”. Agora, já não sejam mais terras sem possuidores, mas sim terras sem uso e que não sejam próprias da União. As terras próprias da União seriam aquelas terras públicas *stricto sensu*, apenas dominiais, ou aquelas afetadas a algum uso específico.

As modificações conceituais são consequências do tempo, mas o que se observa é a centralização das terras devolutas em poder da União, o que acompanha o centralismo do poder, desde a Constituição de 1934, figurando-se, de certo modo, como um retorno à centralização do poder verificada no período monárquico. A centralização do poder é sempre melhor ajustada à forma de Estado unitária e de pior ajuste nas formas de Estado federadas. A cada constituição, a União reservou para si uma porção maior de terras devolutas, em prejuízo dos Estados e dos Municípios, estes mais próximos da população e, por isso, com mais capacidade de solução dos problemas fundiários regionais e locais.

²³¹ “já no antigo regime, posto que não fossem ainda as Províncias entidades políticas, propriamente tais, tinham, entretanto (se bem que limitado e devido à cessão do governo central), seu domínio territorial, dispunham de terras públicas suas, pertenciam-lhes parte das terras devolutas. Com a organização federativa, tornaram-se verdadeiras entidades políticas, passaram a ser Estados e gozar, nesta qualidade, das prerrogativas e direitos inerentes, entre estes o domínio territorial, sem o qual não se concebe a existência do Estado, qualquer que seja o regime sob que se ache e seja qual for sua extensão. Era natural, era forçoso, pois, que aos Estados ficassem as terras devolutas” (JOÃO BARBALHO, *Comentários à Constituição de 1891*. Rio de Janeiro: scp, 1902, p. 269)

²³² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, 2003.

Ainda sob a vigência da Constituição Republicana de 1946, foi promulgada a Lei nº 4504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), modificando o regime de posse e uso da terra rural, com o objetivo de atender princípios de justiça social e de aumentar a sua produtividade econômica. Ao mesmo tempo, de forma semelhante à Constituição Italiana, assegura a todos a possibilidade de acesso à propriedade da terra e dispõe que esta propriedade atenderá a sua função social. O artigo 9.º da Lei nº 4504/64²³³ relaciona as terras públicas, incluindo no rol as terras devolutas (inciso III), todas submetidas ao propósito do legislador, qual seja, realizar a reforma agrária para obter justiça social e o aumento da produtividade econômica da terra.

O conteúdo da Lei nº 4.504/1964, com nítida feição social, se ajusta aos propósitos de um Estado Social, embora, no campo constitucional, essa face só viesse a ganhar contornos mais nítidos com a Constituição Republicana de 1988.

6. OS BENS PÚBLICOS DEVOLUTOS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1967

Antes do exame da dogmática jurídica contida na Constituição de 1967, é importante lembrar que os ramos do Direito não sobrevivem isolados. Por isso, recorreremos, em diversas ocasiões, a campos tradicionais do direito privado ou direito

²³³ Art. 9º Dentre as terras públicas, terão prioridade, subordinando-se aos fins previstos nesta Lei, as seguintes: I - as de propriedade da União, que não tenham outra destinação específica; II - as reservadas pelo Poder Público para serviços ou obras de qualquer natureza, ressalvadas as pertinentes à segurança nacional, desde que o órgão competente considere sua utilização econômica compatível com a atividade principal, sob a forma de exploração agrícola; III - as devolutas da União, dos Estados e dos Municípios.

comum, pois, perante a história do Direito, os ramos específicos do direito público são ainda jovens que se aventuram em campos desconhecidos. Nessa linha, Jean Rivero, tratando dos pontos de contato entre os ramos do direito, leciona:

*Pode-se talvez, pôr em relevo, sob a divergência das qualificações, muitíssimas analogias nas soluções, mas tais aproximações, legítimas numa fase última do estudo, não devem intervir muito cedo: cada sistema de soluções deve ser abordado conforme o espírito do direito do país que o construiu*²³⁴.

Em diversos pontos examinamos, até mesmo de forma comparada, institutos jurídicos assentados em outros países, que tiveram desenvolvimento jurídico próprio, com as suas peculiaridades, notadamente em relação ao objeto do nosso estudo. Doravante, porém, a nossa abordagem centralizar-se-á nas peculiaridades brasileiras, ainda que invocando, sempre que necessário, o auxílio do direito comparado.

Os Estados não vivem fechados ao mundo, como observa Régis Fernandes de Oliveira:

*Nenhum Estado vive no isolamento. No conglomerado das nações, é fundamental que os Estados interajam, que troquem conhecimentos, mercadorias, informações, valores, etc. O interagir compõe a dimensão dos países no mundo de hoje*²³⁵.

Por conta dessa interação, novas ideias chegaram ao Brasil, o que determinou um embate político, resultando numa vida curta para a Constituição de 1967. Nos países mais jovens, e nesse

²³⁴ RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Tradução José Cretella Júnior. São Paulo: RT, 1995, p. 47.

²³⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Princípios Gerais do Direito Comunitário*. In: O Direito Internacional no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem a Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998, p. 233.

grupo se inclui o Brasil, a instabilidade jurídica é uma fase incontornável.

A Constituição de 1967 conferiu à União “*a porção de terras devolutas indispensáveis à defesa nacional ou essenciais ao seu desenvolvimento econômico*” (art. 4º, I), acrescentando, em relação à Constituição anterior, aquelas terras indispensáveis ao desenvolvimento econômico. Na mesma linha, a Emenda nº. 01, de 1969, também conferiu à União “*a porção de terras devolutas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais*” (art. 4º, I), substituindo a expressão “econômico” pela expressão “nacionais”, o que amplia o rol de terras que a União pode ter para si, com a finalidade de desenvolvimento nacional. Na prática, os preceitos significam que a União retomou a propriedade das porções de terras devolutas, ainda pertencentes aos Estados, na exata medida em que eram vistas como indispensáveis as finalidades preconizadas na Constituição, o que caracteriza uma desapropriação, com dispensa de prévia e justa indenização em dinheiro. A Constituição não previu qualquer forma de retribuição aos Estados pela retomada das terras devolutas já consolidadas sob seu domínio. Em outros termos, a União, sempre que necessitar, para a segurança e o desenvolvimento nacionais, de porção de terras adquiridas pelo Estado federado, em razão do art. 64 da Constituição de 1891, avoca-lhes o domínio, independentemente de desapropriação e, portanto, de qualquer indenização, salvo por eventuais benfeitorias.

Então, a Emenda nº 1/69 deixou ao largo os ideais liberais da Constituição de 1891, centralizando a propriedade das terras públicas em sentido *latu* no País. Embora a Emenda 1/69 tenha sido promulgada em período político tumultuado e, entre outras finalidades declaradas, com a finalidade de preservar a

liberdade e os valores tradicionais cristãos, em relação às terras devolutas, deixou de lado a preservação da liberdade e da propriedade dos Estados federados.

Ao centralizar a propriedade das terras devolutas sob o domínio da União, a Federação se viu enfraquecida, sem a possibilidade de regularização fundiária local, o que, aparentemente, não atendeu os interesses da população. O peso da burocracia administrativa da União, ainda que munida de bons propósitos, não possibilita uma rápida regularização fundiária e nem o atendimento da função social da terra, seja para o assentamento de colonos ou mesmo para dinamizar o aproveitamento econômico dos recursos naturais.

Na vigência da Constituição de 1967, também chamada de Constituição de 1969, pois foi toda reformulada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, lecionava Hely Lopes Meireles que:

*Terras devolutas são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei Imperial 601, de 18.9.1850, e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas*²³⁶.

Preservada a autoridade do ilustre administrativista, o conceito por ele formulado não foi dado pela lei imperial mencionada. A lei não fala que as terras devolutas são de domínio público e nem que são bens públicos, pois, de fato, não são bens dessa natureza. O fato de ainda não ter sido utilizada pelo proprietário, por si, não caracteriza o conceito. Ora, se as terras

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 457-458.

devolutas não são destinadas a fins administrativos específicos, não há suporte para afirmar que se trate de bens públicos, pois o que os caracteriza é exatamente a sua finalidade.

Como já tivemos oportunidade de sustentar, há uma confusão entre o domínio público, a propriedade pública e a pertença. O domínio público pode ser visto em sentido amplo ou em sentido estrito. Em sentido estrito, o domínio coincide com a propriedade, inclusive no direito privado. Mas, no sentido amplo, o domínio público vai além, pois abrange bens insusceptíveis de apropriação. Portanto, tem um conteúdo mais vasto que o domínio privado.

O mesmo autor esclarece que o domínio eminente é um poder do Estado sobre todas as coisas localizadas em seu território, o que seria um domínio em sentido amplo:

O domínio eminente é o poder político pelo qual o Estado submete à sua vontade todas as coisas de seu território. É uma das manifestações de Soberania interna; não é direito de propriedade. Como expressão da Soberania Nacional não encontra limites senão no ordenamento jurídico constitucional estabelecido pelo próprio Estado. Esse domínio alcança não só os bens pertencentes às entidades públicas, como a propriedade privada e as coisas inapropriáveis, de interesse público”²³⁷.

O alargamento do conceito de domínio é uma construção doutrinária do século XX, erguida a partir do conceito de domínio do direito privado, onde é sinônimo de propriedade. A criatividade da doutrina administrativista foi forçada pela necessidade de esclarecer as dúvidas geradas pela simples

²³⁷ ²³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 427.

transposição de um instituto de um ramo do Direito para outro ramo da mesma Ciência.

Poderia parecer estranho que o Estado tenha o domínio de uma coisa apropriável, mas não tem sua propriedade. Então, o domínio eminente, ou em sentido amplo, inclui uma categoria de bens não estatais, embora seja um domínio atribuído apenas ao Estado. A questão é saber onde colocar as terras devolutas. Marcelo Caetano traçou distinções e caminhos importantes e que não podem ser ignorados:

Entre os bens patrimoniais da Administração Pública foi feita referência às terras vagas que no Direito Brasileiro são denominadas terras devolutas, isto é, que não tendo dono, não sejam objeto de posse legítima nem se achem aplicadas a algum uso público. Esta classe de bens existe, e com grande importância, em países novos de vasto território onde se encontrem grandes extensões de terra por desbravar e ocupar. A necessidade de impedir que a ocupação se faça desordenadamente, pela lei do mais forte, empregando meios violentos e originando futuras dúvidas sobre a legitimidade da apropriação por usucapião e graves conflitos entre os que reivindicuem a propriedade das mesmas áreas, leva o Direito desses países a evitar que as terras vagas sejam consideradas res nullius sujeitando-as ao domínio eminente do Estado. Passa então a entidade pública que a Constituição designe como titular desse domínio a ser a única competente para disciplinar a apropriação das terras, concedendo-as sob condição de se mostrar em certo prazo que foram aproveitadas pelo concessionário para serem, então, reduzidas a propriedade privada, ou regulando os termos em que a posse,

*com aproveitamento, pode legitimar a aquisição por usucapião*²³⁸.

Preservado o prestígio do ilustre administrativista português, no Brasil, como já tivemos a oportunidade de demonstrar, a propriedade privada das terras devolutas não pode ser feita pela via da prescrição aquisitiva, salvo se a posse já se consolidara até a data da promulgação da Lei nº 601/1850. Com a entrada em vigor da mencionada lei, as terras devolutas só poderiam ser adquiridas por compra, exceto aquelas localizadas na faixa de fronteira, que poderiam ser transferidas aos particulares por meio de doação.

De outro lado, lapidar a lição de que a submissão das terras devolutas ao domínio eminente, por nós visto como domínio em sentido amplo, visa evitar que as terras devolutas sejam consideradas *res nullius*. Aliás, essa é uma questão que vem desde a decisão da Coroa portuguesa de ocupar as terras descobertas e que viriam a se chamar Brasil. Os ingleses só reconheciam o direito português sobre as terras da colônia se estas estivessem ocupadas e povoadas. Isso porque terras não ocupadas, ainda que apenas do ponto de vista jurídico ou por escassa população, é considerada *res nullius*, abrindo as portas para a ocupação por outro interessado, pessoa física ou jurídica, de direito público interno ou não.

As terras devolutas no Brasil ocupam um lugar de especial destaque naquelas regiões ainda pouco povoadas e há interesses internacionais não declarados de que permaneçam desocupadas, sob o pretexto de uma hipotética proteção ambiental. Evidentemente, terras não ocupadas podem ser vistas como *res nullius* e, se ocupadas em desacordo com a lei, possibilitam o

²³⁸ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 418-419.

argumento e a invocação do princípio da autodeterminação dos povos, argumento este tantas vezes utilizado em solo europeu para justificar a intervenção de um Estado em território do outro.

A construção doutrinária do domínio eminente evita, ao menos do ponto de vista da razão, aventuras dessa natureza, mas que insistem em estar presente na relação entre Estados e povos.

A Constituição Brasileira de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/1969, foi promulgada logo após o encerramento da chamada *Marcha para o Oeste*, consolidada com a construção de Brasília e com a mudança da capital federal do Rio de Janeiro para a nova cidade. Na sua vigência, outra onda de colonização se fez necessária, desta feita para ocupar o Estado de Rondônia, que estava por povoar desde a longínqua construção do Forte Príncipe da Beira, ampliando ainda a ocupação do Estado do Mato Grosso, que havia sido dividido em 1978, dando origem ao Mato Grosso e ao Mato Grosso do Sul.

Curiosamente, o tempo cuidou de mostrar o acerto dessa colonização, pois as áreas mencionadas se tornaram as maiores produtoras de grãos de País, com espaço tecnológico para ampliar a produção sem ampliar a área plantada.

Enfim, as terras devolutas sob o domínio estatal em sentido amplo, são necessárias, mas com a finalidade de colonizá-las e torná-las úteis à humanidade, através da habitação e da produção de alimentos e riquezas.

A Constituição de 1967, emendada em momento politicamente conturbado, teve a sua eficácia jurídica em relação ao povoamento do território brasileiro. Inúmeras críticas lhe foram dirigidas, sob o argumento de autoritarismo e de contrariedade a um verdadeiro Estado Democrático de Direito, mas, do ponto de vista empírico, possibilitou a pacificação de áreas específicas e a

colonização de vastas porções territoriais, até então inacessível ao Estado.

7. AS TERRAS DEVOLUTAS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988

A Constituição Republicana de 1988, resultante de intensos debates e do consenso político, pouco inovou em relação às terras devolutas, recepcionando as normas infraconstitucionais promulgadas sob a vigência de Constituição anterior. Há nela a disciplina de terras específicas, especialmente as reservas ambientais e as terras indígenas, que serão abordadas em momento vindouro e oportuno.

É necessário, porém, anotar que o exame do domínio e da propriedade, pública ou privada, não dispensa uma acurada análise sobre os bens e as coisas, até porque a Constituição Republicana de 1988 (art. 20 a 26) não abre mão de partilhar o domínio dos bens públicos entre as entidades federadas.

Sendo a atual Constituição a norma fundamental do ordenamento jurídico, no puro estilo kelsariano, é no seio dela que serão estudadas as terras devolutas. Não é demais repisar, como se pode depreender do que foi até aqui exposto, que as terras devolutas no Brasil passaram por três fases distintas: a) a fase colonial; b) a fase imperial; e c) a fase republicana. Aliás, Marcelo Caetano deixa as ditas fases bem à vista, quando leciona sobre as terras devolutas:

Este foi o sistema de colonização que, definido em Portugal no Século XIV sob o nome de lei das sesmarias para desbravar e povoar as terras sem dono existentes no País e por isso consideradas domínio da Coroa que o Rei podia conceder, foi

depois utilizado por ocasião da expansão ultramarina portuguesa. No Brasil era pela lei das Sesmarias que iam sendo dadas, aos colonos dispostos a desbravá-las, as terras por cultivar. O domínio eminente sobre as terras devolutas ou terras vagas continuou a pertencer à Coroa Imperial, isto é, ao Estado, após a independência do Brasil. A Constituição republicana de 1891, art. 54 (sic), dispõe que pertencem aos Estados (membros da União) ‘as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais’”²³⁹.

Além das fases pelas quais passou a disciplina da matéria, e estamos prestes a examinar a última fase republicana, há os equívocos e confusões doutrinários, o que dificulta o manejo de conceitos precisos. Repita-se, domínio público não é sinônimo de propriedade pública, pois aquele vai além desta. Ainda assim, o equívoco é persistente. A título de exemplo, transcrevemos, *in verbis*, um excerto doutrinário sobre a matéria em comento:

... de uma forma geral, passaram os Estados-membros a ter a propriedade das terras devolutas (grifo nosso) situadas em seu território, ressalvada a daquelas que, à época da promulgação da primeira Carta Republicana, já tivessem um caráter de indispensabilidade para o interesse público nacional, bem como as que o viessem a adquirir por força de fato ou ato declaratório emanado da União²⁴⁰.

²³⁹ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 419.

²⁴⁰ PEREIRA, José Edgar Penna Amorim. *Perfis Constitucionais das Terras Devolutas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54.

Na mesma linha, doutrinadores de grande prestígio como Celso Antônio Bandeira Mello, adotaram o mesmo entendimento, olvidando-se que o domínio público, de forma diversa do domínio privado, é amplo e inclui a propriedade pública, mas nela não se resume. O excerto, *in verbis*, a seguir transcrito não nos deixa a falar aos ventos:

Pode-se definir as terras devolutas como sendo as que, dada sua origem pública da propriedade fundiária no Brasil (grifo nosso), pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou se o foram caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo²⁴¹.

A cautela, quando se trata de uma matéria tormentosa, é sempre a melhor recomendação. Por isso, Maria Sylvia Zanella di Pietro optou por uma posição neutra, deixando implícito que é um conceito a ser obtido por exclusão:

“O conceito de terras devolutas continua sendo residual: são assim consideradas aquelas que não estão destinadas a qualquer uso público nem incorporadas ao domínio privado”²⁴².

A matéria disciplinada nos artigos 20 a 26, da Constituição Republicana de 1988, será objeto do capítulo seguinte do nosso estudo, inclusive no cotejo com as concepções próprias do direito privado.

²⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 920.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 794.

CAPÍTULO III

O DOMÍNIO PÚBLICO, O DOMÍNIO PRIVADO E AS TERRAS DEVOLUTAS.

1. A FORMAÇÃO JURÍDICA DO DOMÍNIO E O DOMÍNIO PÚBLICO

A expressão domínio, oriunda do latim *dominium*, da qual decorre a expressão *dominus*, ou senhor, é utilizada no campo teológico, sociológico e jurídico com sentidos diversos. É a capacidade de dominar²⁴³. Há uma diversidade semântica. Por isso, são necessárias algumas incursões introdutórias, com a finalidade de esclarecer as posições conceituais que serão adotadas. A expressão domínio, na Ciência do Direito, foi utilizada no campo do direito privado, e ainda assim é, como sinônimo de propriedade, mas a sua amplitude pode ser maior, pois, ao transpor e mesma

²⁴³ Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/dominio/>>.

expressão para o campo do direito público, a sua abrangência se expande, não se restringindo à propriedade, embora isso tenha suscitado controvérsias entre os estudiosos da matéria, o que se verá ao longo deste capítulo.

A abrangência do domínio público, desde os primórdios do direito administrativo, não é uma matéria pacífica, pois parte da doutrina administrativista, como se verá adiante, não admitia a extensão do domínio público sobre bens imóveis não afetados ao uso comum do povo. A controvérsia doutrinária, conquanto em parte superada, não permitia a existência de um direito administrativo dos bens, o que, no caso específico da nossa abordagem, excluía do campo do direito administrativo os bens devolutos, notadamente as terras devolutas. Ocorre que, na atualidade, não é possível tratar do domínio público sem examinar o seu conteúdo, ou seja, os bens e coisas sobre os quais o domínio, público ou privado, se projeta, inclusive em relação às definições e conceitos de cada um deles.

O conceito de bens inclui todas aquelas situações da realidade concreta que tenham valor, econômico ou não, para uma determinada pessoa, física ou jurídica, ou para uma coletividade, como é o caso do valor arquitetônico de uma obra de arte. De outro lado, no sentido jurídico, *“coisa é tudo aquilo que pode erigir-se em objeto de direitos patrimoniais”*²⁴⁴, públicos ou privados. Então, bens e coisas são conceitos diferentes, sendo aquele mais amplo, figurando como um gênero, enquanto as coisas são espécies de bens. As coisas se caracterizam por terem a possibilidade de transferência dominial, enquanto que os bens, notadamente aqueles personalíssimos, nem sempre são transferíveis a terceiros. Em

²⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 555.

resumo, nas coisas, o domínio pode mudar de titularidade, mas, nos bens, essa mudança nem sempre será possível. A honra, por exemplo, é um bem, mas não se transfere.

O domínio público sobre as coisas materiais se projeta do órgão público, como representante do Estado e, portanto, da coletividade, sobre a coisa dominada. É uma relação de sujeição entre o órgão público e a coisa. A projeção do poder sempre parte de quem o tem e, neste caso, é o órgão público, como representante da coletividade, quem o tem. Trata-se de uma decorrência lógica da vontade soberana do Estado. É nesse sentido o pensamento de Hegel, quando afirma que a “*pessoa tem o direito de colocar sua vontade em cada coisa*”²⁴⁵. Ora, se o Estado é uma pessoa, jurídica ou coletiva, ele também projeta a sua vontade de *dominus* sobre as coisas materiais, sujeitando-a ao seu domínio exercido em nome de uma coletividade. É, pois, uma projeção do poder da vontade, coletiva ou pública, sobre a coisa. Se incidente sobre coisa corpórea, o conteúdo do domínio público não difere do conteúdo do domínio privado, que se traduz na propriedade e esta, como é cediço, é o direito patrimonial individual mais completo. É nesse sentido a lição ilustrativa de Alex Weil:

*“A propriedade individual é o direito mais amplo que um indivíduo pode ter sobre coisas corpóreas; é um monopólio absoluto, um direito quase soberano (Traduzimos)”*²⁴⁶.

No caso em testilha, a coletividade, tendo por representante o Estado, se apresenta como uma pessoa jurídica ou coletiva, exercendo o direito de propriedade em nome daquela

²⁴⁵ HEGEL, G.W. F. *Filosofia do Direito*. Tradução de Paulo Menezes, Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010, p. 85.

²⁴⁶ WEIL, Alex. *Droit Civil: Les biens*. Paris: Dalloz, 1970, p. 20.

coletividade, ficando esta com o seu direito de uso, conforme dispuser a lei. Repise-se, a coletividade, assim considerados os habitantes de um determinado território, nacionais ou não, é despersonalizada, adquirindo essa personalidade apenas através do Estado. Portanto, perante terceiros a coletividade é representada pelo Estado, que é uma pessoa, qualquer que seja a terminologia jurídica adotada, pessoa jurídica, pessoa coletiva ou pessoa fictícia.

Se a propriedade privada é equivalente ao domínio privado e aquela é um direito individual absoluto para a pessoa física ou natural, também para a pessoa jurídica, ou coletiva, de direito público conserva as mesmas características. Então, a propriedade pública tem o mesmo conteúdo que a propriedade privada, diferindo daquela, porém, em relação à extensão e à forma daquele conteúdo.

A doutrina administrativista questiona a natureza do direito que as autoridades públicas, vistas como a Administração Pública ou o próprio Estado-Administração, têm sobre seus domínios, incluindo aqui o domínio sobre a coisa pública, o que se pode extrair do magistério de André de Laubaudère:

“Qual é a natureza do direito que as autoridades públicas detêm sobre o seu domínio? Para o domínio privado, a questão não suscita qualquer dificuldade: o direito exercido sobre ele pela administração é propriedade privada tal como definida pela lei civil. Mas será o domínio público também objeto de um direito de propriedade da administração? Em caso afirmativo, qual é a natureza dessa propriedade? Difere, e em que medida, da propriedade privada? Finalmente, quem são seus proprietários? (Traduzimos)”²⁴⁷.

²⁴⁷ LAUBAUDÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 2.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 714.

Com o intuito de oferecer respostas aos questionamentos, o mesmo doutrinador aponta que três correntes doutrinárias se formaram, com a primeira, capitaneada por Proudhon, rejeitando a ideia da confusão entre a dominialidade pública e a propriedade. A segunda corrente, com o peso dos magistérios de Ducrocq e Berthélemy, partilhava da mesma concepção, acrescentando que o domínio público é constituído por bens não sujeitos à propriedade, além de não ser conferido a Administração nem o uso, que pertence à coletividade, nem os frutos, pois estes não existem e nem o direito de disposição, pois os bens do domínio público seriam indisponíveis. Por fim, a corrente representada por Duguit e Jèze também rejeita a ideia de um direito de propriedade como sinônimo de domínio público, pois seria transportar para o campo do direito público conceitos próprios do direito civil. Para uma melhor compreensão, eis a lição doutrinária *in verbis*:

“Há muito prevalece a ideia de que o domínio público não pode ser considerado como objeto de propriedade da administração. Reuniu autores cujas concepções também são muito diversas: [...] Ao longo do século XIX a ideia dominante era de que a dominialidade pública nada tem a ver com a propriedade, esta parecendo, todas, assumir necessariamente o aspecto categórico da propriedade quiritária romana. Proudhon rejeita a ideia de propriedade porque é necessariamente um direito exclusivo. Da mesma forma, é claro, Ducrocq e Bethélemy, já que, para eles, o domínio público é constituído por bens insuscetíveis de propriedade; acrescentam que, no domínio público, o Estado não detém nem o usus, que pertence ao público, nem o fructus que não existe, nem o abusus, sendo o domínio público inalienável. Tendo

descartado a ideia de propriedade, esses autores analisam o direito de administração como direito de guarda e superintendência. [...] Embora suas concepções gerais difiram profundamente das dos autores anteriores, Duguit (...) e Jèze (...) também rejeitam radicalmente a ideia de propriedade. Para eles, a adoção dessa ideia seria apenas uma transposição injustificada para o direito público de conceitos civilistas. Além disso, a ideia de propriedade parece inútil para esses autores; a ideia de afetação ou objetivo-patrimônio (Duguit) explica tudo sem que haja necessidade de tentar qualificar de outra forma o direito da administração sobre seu domínio; basta enunciar o padrão segundo o qual os funcionários são competentes, e somente competentes, para praticar em relação ao espólio todos os atos compatíveis com sua afeição (Traduzimos)”²⁴⁸.

Figura central na corrente contrária à propriedade pública, Bethélemy a admite sobre aqueles bens de uso comum do povo, negando, porém, a propriedade pública sobre os bens de uso especial, o que é extraído de sua lição avante transcrita:

“Dos pareceres propostos, o que parece mais legal classifica em domínio público, além dos textos formais, apenas as porções de territórios destinadas ao uso de todos e não susceptíveis de propriedade privada. Se esta definição estiver correcta, um edifício só pode ser uma dependência do domínio público a título excepcional, e ao abrigo de textos específicos; da mesma forma, não se pode falar em domínio público móvel: pinturas

²⁴⁸ Ibid, p. 714-715.

em museus, livros e manuscritos em bibliotecas não são dependências do domínio público (Traduzimos)”²⁴⁹.

Deixando claro que dividimos o domínio de acordo com a sua abrangência, classificando-o em sentido amplo e em sentido estrito, pois na primeira acepção o domínio público vai muito além de um domínio sobre coisas específicas apropriáveis. Pelo que se nota, a doutrina administrativista francesa não admitia a ideia de uma propriedade pública, especialmente aquela que adotamos com a terminologia domínio público em sentido estrito, embora houvesse aqueles que admitissem a propriedade do Estado sobre os edifícios públicos, como é o caso de Maurice Journé, quando afirma que:

“O Estado, e as subdivisões do Estado, como o departamento, a comuna, a colônia têm uma categoria de bens sujeitos a regras especiais: são bens destinados ao uso de todos e que não estão sujeitos à propriedade privada. [...] O domínio público inclui apenas imóveis (Traduzimos).”²⁵⁰.

Note-se que a coisa sob o domínio público em sentido estrito não é insusceptível de propriedade privada e nem é inalienável, embora, para que seja alienável e, portanto, transferível à propriedade privada, deva se submeter à desafetação. Enquanto público de uso comum, o bem público é inalienável, mas nada impede que seja motivadamente desafetado. Aliás, isso é uma condição da nomodinâmica, pois, se assim não fosse, o Direito não

²⁴⁹ BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 449.

²⁵⁰ JOURNÉ, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 3.^a ed. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1925, p. 261.

evoluiria e, especialmente o direito administrativo, estaria sujeito à sua condição nomostática. O simples fato de aqui examinarmos correntes de pensamento já superadas, já demonstra a nomodinâmica do direito administrativo.

Embora os administrativistas franceses mais antigos não admitissem a ideia de uma propriedade pública, o que, conseqüentemente, acarreta a inadmissibilidade da ideia de um direito administrativo dos bens, essa posição, como se verá mais adiante, repita-se, está superada. Apenas a título de sustentação da superação aqui firmada, é oportuno invocar a lição de Aldo Sandulli, quando afirma que:

“A administração pública, para assegurar a realização dos fins a que se dirige a sua atividade, necessita dos instrumentos necessários: são os bens de que dispõe, que constituem os meios da ação administrativa. Nem todos esses ativos pertencem à Administração. De alguns só tem - em várias qualidades (reais ou pessoais; privadas ou públicas) - o gozo (Traduzimos)”²⁵¹.

Os bens públicos, razão da existência de um direito administrativo dos bens, são indispensáveis à realização dos fins da Administração Pública. A consequência óbvia é a admissão de uma propriedade pública sobre coisas necessárias aos fins do Estado, enquanto Administração Pública.

Examinemos, pois, ainda a título introdutório, o domínio em face da linguagem jurídica lusófona.

A palavra domínio, na língua portuguesa, não tem sentido unívoco, pois é empregada no sentido de bem sujeito a apropriação e, sendo essa apropriação feita por um ente público,

²⁵¹ SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952, p. 257.

ter-se-á o domínio público em sentido estrito ou propriedade pública, conforme já expusemos. A mesma expressão é utilizada, com a qualidade pública, para designar uma obra artística ou literária, cujos direitos autorais, em razão do decurso do tempo, já não gozam de uma efetiva proteção jurídica. É comum a referência a determinada obra como sendo de domínio público, denotando que cópias daquela obra podem ser feitas sem a respectiva contrapartida por direitos autorais. O domínio público, de forma diversa do domínio privado que só pode ser visto em sentido estrito, tem um sentido estrito e um sentido amplo, incluindo-se nessa última acepção as coisas inapropriáveis. Nesse sentido é a lição de Carvalho Filho:

A expressão domínio público não tem um sentido preciso e inquestionável, como se extrai da lição dos autores que escreveram sobre o tema. Ao contrário, ela é empregada em sentidos variados, ora sendo dado o enfoque voltado para o Estado, ora sendo considerada a própria coletividade como usuária de alguns bens. Com efeito, é comum, de um lado, a referência ao domínio público no sentido dos bens que pertencem ao domínio do Estado ou que estejam sob sua administração e regulamentação. Nesse caso, o adjetivo público fica entrelaçado à noção de Estado, a quem é conferido um poder de dominação geral. Mas, de outro lado, pode o domínio público ser visto como um conjunto de bens destinados à coletividade, hipótese em que o mesmo adjetivo se estaria referindo ao público, de forma direta ou indireta. Nesse ângulo, incluir-se-iam não somente os bens próprios do patrimônio do Estado, como aqueles que servissem para a utilização do público em geral, mesmo quando fossem diversos dos bens que normalmente são objeto de propriedade (como as

*praças públicas, por exemplo) ou quando se caracterizassem pela inapropriabilidade natural (como o ar, por exemplo). Logicamente, este último sentido traduz maior amplitude que o primeiro. Parece-nos, pois, que, a despeito das dúvidas que o instituto suscita, melhor é considerá-lo em sentido amplo*²⁵².

No Brasil, Hely Lopes Meirelles, representante do tradicionalismo administrativo, advertindo sobre a falta de uniformidade conceitual, definiu o domínio público, em sentido amplo, como:

*(...) o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens de seu patrimônio (bens públicos), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (res nullius)*²⁵³.

Nessa linha, o domínio público representa, ao mesmo tempo, um poder de soberania e contém um direito de propriedade. Aquelas coisas não sujeitas a apropriação privada, seriam sujeitas a um domínio iminente, que tem natureza política, pois representa a soberania de um Estado sobre as coisas contidas em seu território, colocando-se no campo de afeição do direito constitucional. Não se quer dizer que tudo o que se encontra no território é de natureza pública²⁵⁴, mas sim que pode ser objeto do poder do Estado. De outro lado, aquelas coisas sujeitas a apropriação privada, submetem-se a um domínio em sentido estrito ou patrimonial, desta feita por parte do Estado, como propriedade pública, com regime jurídico próprio do direito administrativo. Não subsiste, por

²⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1306.

²⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 427.

²⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1307.

isso, o ranço contra a possibilidade do Estado ser proprietário, pois os bens públicos meramente dominiais são de propriedade do Estado, o que a doutrina chama de bens privados do Estado.

O regime jurídico é o principal traço distintivo entre os bens privados e os bens públicos, como alerta a doutrina administrativista, na precisa lição de Cretella Júnior:

Os bens públicos oferecem traços que os distinguem dos bens particulares. Ambos objetos do mundo, ambos objetos de direito, estão sujeitos a regimes jurídicos diversos, porque se os bens particulares, de que cuida o direito civil, estão subordinados a regime jurídico de direito privado, sendo suscetíveis de apropriação por parte dos particulares, os bens públicos, cogitados pelo direito administrativo, estão sob impacto de regime jurídico de direito público, policiados pelo Estado, por este tutelados, permitindo-se lhes o uso geral ou especial pelo povo ou pelos administrados e, até numa de suas modalidades, suscetíveis de relações patrimoniais, reguladas pelo direito comum, mas com aspectos disciplinados pelo direito público²⁵⁵.

Em linha semelhante, é o magistério da doutrina argentina de Basalvilbaso, para quem o domínio público é:

(...) o conjunto de bens submetidos a um regime jurídico substancialmente distinto daquele que rege o domínio privado²⁵⁶.

Resta saber se o regime jurídico ao qual o Estado se submete, neste caso, é público ou privado. A resposta é singela,

²⁵⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 20.

²⁵⁶ BASAVILBASO, Villegas Benjamin. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial TEA, 1952, p. 88. V. 4.

pois, em regra, se o bem é oriundo de ato de império do Estado, o regime jurídico, desde a aquisição, é público. Por outro lado, se a aquisição ocorreu no mercado, sem a imperatividade estatal, o regime jurídico da aquisição é de direito privado, mas o uso, a fruição e a disposição são regulados pelo direito administrativo.

Por exceção, porém, é possível que um imóvel seja adquirido pelo Estado por expropriação e se destine ao uso privado por meio de cessão ou de concessão. Neste caso, o uso e o gozo são regidos pelo direito privado, mas o domínio em sentido estrito, em si, não sofre mutação. A propriedade continua em mãos do Estado, que pode rescindir unilateralmente a cessão e, no caso da concessão, a dissolução do contrato dependerá do que constar em suas cláusulas. A Constituição do Estado de São Paulo, de 05.10.1989, no artigo 180, inciso VII, proibia a cessão de imóveis públicos para uso exclusivamente particular, mas o Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 6602, julgou inconstitucional o dispositivo em face da Constituição Federal de 1988²⁵⁷. É possível, repita-se, que um imóvel adquirido por expropriação seja cedido ou concedido ao uso e gozo privado. Aliás, no Brasil, nos casos em que o Estado desapropria imóveis para fins de assentamento agrário ou urbano, o imóvel desapropriado passará, em seguida, ao regime jurídico privado.

De outro lado, é possível que um imóvel seja adquirido pelo Estado no mercado imobiliário, sob o regime de direito privado, e seja destinado à construção de uma estrada de rodagens, que é de domínio público. Da mesma forma, a Administração Pública, no caso do Brasil seria os Municípios ou o Distrito Federal, pode adquirir bens móveis ou imóveis por herança vacante (art.

²⁵⁷ <www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989>. Acesso em 02.01.2023.

1.822 da Lei nº 10.406, de 10.1.2002 – Código Civil Brasileiro), aquisição esta regida pelo direito privado e passa-los ao regime de direito público. É uma aquisição compulsória, no Brasil, pois a Administração Pública não pode renunciar à herança vacante, mas em Portugal a aceitação está sujeita aos critérios de conveniência do Poder Público (Art. 38.º do Decreto-lei n.º 280, de 07 de agosto de 2007)²⁵⁸. No sentido etimológico do termo, a herança vacante seria o puro bem devoluto.

O objeto do nosso estudo são os bens devolutos e, pelo visto, tais bens estão à margem da definição de bens públicos, o que nos permitiria a sua abordagem sob o ponto de vista do regime jurídico privado, mas esse regime jurídico também os recusa, pois não são atribuídos a nenhum particular. A alocação dos bens devolutos em campo de estudo científico adequado é o que nos propomos a fazer. Como é possível antever, o empréstimo pontual de parte do regime jurídico de direito público e de parte do regime jurídico de direito privado, coloca os bens devolutos sob um regime jurídico híbrido.

Os bens juridicamente devolutos, especificamente as terras devolutas, que eventualmente tenham essa qualidade porque nunca foram entregues a apropriação privada, embora tenham sido a isso destinados, são de domínio público em sentido amplo, assim como aqueles que foram entregues a apropriação privada, mas que, por algum motivo, tenham sido devolvidos aos estoques públicos em tempos passados. Na atualidade, a terra retomada pelo Estado, por já ter sido discriminada, não retorna à qualidade de devoluta, mas sim à qualidade de terra de propriedade pública. Aquelas terras que foram transferidas aos particulares, se eventualmente forem

²⁵⁸ Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/leis>. Acesso em 02. 01.2023.

devolvidas aos estoques dominiais públicos, é porque, tratando-se de uma transferência condicionada, não houve, por parte do beneficiário, o implemento de uma condição prevista no contrato, o que impediu a constituição da propriedade privada.

Alguns bens são naturalmente devolutos, pois não estão sujeitos à apropriação privada e nem a isso foram destinados, como é o caso das águas marítimas territoriais. Tais bens estão sujeitos a um domínio público em sentido amplo, o que a doutrina administrativista chama de domínio eminente, que nada mais é que soberania de um Estado. A expressão domínio eminente foi usada por Marcelo Caetano²⁵⁹ e por Hely Lopes Meirelles²⁶⁰ como forma de ampliar o alcance do domínio público e de distingui-lo em relação ao domínio privado. Dizer que o domínio público tem sentido amplo é o mesmo que dizer domínio eminente, pois a expressão eminente significa a importância da extensão do poder de um Estado sobre um determinado bem.

Outros bens, ainda que inapropriáveis por particulares, são sujeitos a uma exploração econômica exclusiva estatal, havendo sobre eles um domínio eminente relativo, mas não a incidência da soberania de um Estado. É o caso da zona costeira sujeita a exploração econômica exclusiva. O Estado titular desse direito não pode impedir a livre navegação nessa área costeira, mas pode impedir a exploração econômica por parte de outro Estado. É uma matéria sujeita ao direito internacional público, mas pode ser regulada pelo direito constitucional de cada país, seja pela recepção

²⁵⁹ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 409-410.

²⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 427.

dos tratados internacionais ou mesmo pela rejeição dos ditos tratados.

O grande problema sobre as zonas costeiras sujeitas ao aproveitamento econômico exclusivo, que diferem das águas territoriais, é a eventual superposição de áreas sujeitas ao aproveitamento de dois Estados, como ocorre entre a Grécia e a Turquia²⁶¹, onde nenhum dos dois Estados reconhece a exclusividade do outro sobre uma área marítima²⁶², comprometendo, com isso, as relações diplomáticas entre os dois países membros da União Europeia.

Em que pesem as ponderações doutrinárias, as águas territoriais não são de domínio eminente, mas sim de domínio evidente ou patrimonial, pois internacionalmente reconhecidas como tendo essa qualidade e assim respeitadas por outros Estados. As águas territoriais, porém, não estão sujeitas a apropriação privada dos particulares, somente pública, mas é um espaço sobre o qual cada país exerce soberania plena e exclusiva, impedindo, inclusive, a navegação não autorizada naquele espaço marítimo, o que o caracteriza como de domínio público em sentido amplo.

Portanto, as águas territoriais são de domínio público, notadamente para fins de soberania, ajustando-se perfeitamente à definição de bem de uso comum. Aliás, o artigo 98, do Código Civil Brasileiro, não dá margem a interpretação diversa no âmbito interno. *In verbis*:

²⁶¹ GRILO, Marta Elisabete Almeida. *A geopolítica de Turquia: Potencialidades e riscos para a segurança europeia* (Dissertação de mestrado). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018, p. 59.

²⁶² GUIMARAIS, Marcos Toyansk Silva. *Turquia: dicotomias e ambivalências de uma possível potência regional* (Dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2007, p. 117.

São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

As ditas águas são do domínio nacional, mas não de propriedade pública. O domínio nacional ao qual se refere a lei civil é o domínio em sentido amplo, mas que no âmbito interno é exercido sobre bens enumerados, pois o que extrapola os *numerus clausus* é de domínio privado. Do ponto de vista extrínseco, o sentido amplo do domínio público contém o domínio privado. Do ponto de vista intrínseco, o domínio público continua com o sentido amplo, mas exclui o domínio privado. É a forma que encontramos de harmonizar o domínio público, nominado pela lei civil como domínio nacional, com o domínio privado, haja vista que o mesmo instituto não pode ser e não ser ao mesmo tempo, o que, aliás, é uma antiga lição platônica²⁶³. Não seria possível ao domínio público recair sobre *numerus apertus* de bens, sob o ângulo de visão do direito administrativo e, ao mesmo tempo, recair sobre *numerus clausus* de bens, sob o ângulo de visão do direito civil. O Direito é uma unidade que contém uma diversidade, mas não chega ao ponto de se tornar um paradoxo.

É importante observar que o domínio público, embora já amplo, sempre está sujeito a uma maior expansão, o que já não ocorre com o domínio privado, historicamente já consolidado. Tomando a lição de João Miranda;

“A concepção do bem comum, como faz, por outro lado, apelo a uma visão holística dos bens públicos, não os encerrando nas fronteiras dos Estados, tema que entre nós também já foi enquadrado a propósito do ambiente como podendo findar

²⁶³ PLATÃO, *Teeteto*, 165-166.

‘uma pretensão individual’ idêntica para todos quantos habitam o planeta ou o irão habitar no futuro, o que não só torna esses bens, em certo sentido, apropriáveis como os agrupa amplamente num todo de pertença unitária o que já se chama patrimônio comum da humanidade”²⁶⁴.

Na hipótese mencionada pela doutrina, a utilidade do bem público vai além das fronteiras de um determinado Estado, o que amplia também a noção de bem comum, que passa ser um comum a toda a humanidade.

É questão importante ainda saber se *pertença* é sinônimo de *domínio*. A resposta é não. Pertença são aqueles bens que, embora não sejam partes integrantes de outro, a ele se agregam de modo duradouro, aumentando a sua utilidade, a sua serventia e sua estética. São bens acessórios em relação ao bem principal e, por isso, seguem o mesmo destino e a mesma finalidade. É o caso, por exemplo, de uma estátua equestre que formoseia uma determinada praça pública. O artigo 93 do Código Civil Brasileiro, repita-se, no âmbito interno, não permite outra interpretação:

São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

Assim, se *pertença* não é sinônimo de *domínio*, a redação do artigo 98, do mesmo Código, só pode ser interpretada em sentido mais amplo, incluindo aquilo que não é patrimonial.

Em resumo, a *pertença* é um acessório que não segue o principal. A regra geral de direito é que o acessório segue o principal. A *pertença* é uma exceção a essa regra.

²⁶⁴ MIRANDA, João. *Direito Administrativo dos Bens: Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 47.

As pertencas públicas são partes de um território ou a ele agregadas e, por isso, sujeitas ao domínio para fins de soberania, ou seja, ao domínio em sentido amplo. Assim é porque todos os bens, principais ou acessórios, existentes no território de um determinado Estado estão sujeitos ao seu domínio em sentido amplo. O que a difere a pertença pública da pertença privada é a permanência da sua agregação ao território. Por isso, se o território de um país está sujeito ao seu domínio soberano, a pertença pública teria o mesmo destino, aplicando-se, do ponto de vista expeno, a velha regra de que o acessório segue o principal. Internamente, porém, a pertença é uma exceção a essa mesma regra, pois não segue nenhum direito ou bem principal.

O que difere um bem público para fins de soberania de outro bem público para fins gerais, é a forma da constituição do seu domínio. Os bens públicos para fins gerais têm o domínio, em sentido estrito aos bens apropriáveis e patrimoniais, constituído pela criação da matrícula no Serviço de Registro de Imóveis, e aqui deve ser considerada a pessoa jurídica de direito público como um todo e não apenas seus órgãos, enquanto que os bens públicos para fins de soberania têm o domínio constituído pela própria Constituição da República, no caso do Brasil, que incorpora, com força de norma constitucional, os tratados internacionais, dos quais o País é signatário, e que disciplinam no concerto das nações a qualificação jurídica daquelas águas, posto que, não nos olvidemos, falamos das águas territoriais. São as pessoas jurídicas de direito público as titulares e não qualquer dos seus órgãos:

A propósito da titularidade dos bens públicos, há uma particularidade a destacar: os titulares são as pessoas jurídicas públicas, e não os órgãos que as compõem. Na

prática, tem ocorrido o registro de propriedade atribuído a Tribunal de Justiça, Assembleia Legislativa, Ministério Público. A indicação revela apenas que o bem foi adquirido com o orçamento daquele órgão específico, estando, por isso, afetado a suas finalidades institucionais. A propriedade, todavia, é do ente estatal, no caso, o Estado-membro, e não do órgão, que não tem personalidade jurídica e representa mera repartição interna da pessoa jurídica, por mais relevantes que sejam as suas funções. O efeito jurídico exclusivo de semelhante afetação é o de que, somente por exceção, deve o bem ser desvinculado dos fins institucionais do órgão, eis que, afinal, este o adquiriu com recursos próprios²⁶⁵.

De outro lado, as terras devolutas não estão sujeitas apenas ao domínio para fins de soberania, mas sim a um domínio pleno, embora vinculado administrativamente em relação a um dos seus atributos, pois a disposição do bem público assim qualificado não é feita com a mesma liberdade conferida ao bem sujeito ao domínio privado. Então, o atributo da disponibilidade é vinculado a uma finalidade prevista em lei. Neste caso, as terras devolutas só podem ter uma destinação, que é a atribuição do domínio ao particular, podendo ser com a finalidade de colonização ou regularização fundiária (reforma agrária), incluindo na primeira hipótese a ordenação econômica e populacional do território nacional.

1.1. DEFINIÇÃO E CONCEITO.

²⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1308.

Antes de uma definição, necessário se faz discorrer sobre a origem da teoria do domínio público, no seio da doutrina francesa, e a concepção da propriedade pública, nas doutrinas alemã e francesa. Credita-se a Proudhon a autoria da teoria do domínio público, com a publicação ainda no Século XVIII, do seu “*Traité du domaine public*²⁶⁶”, cuja notas essenciais são a sujeição da coisa ao regime jurídico próprio do Poder Público e a sua destinação ao uso público, como anotou Ana Raquel Gonçalves Moniz:

Deve-se a VICTOR PROUDHON a distinção doutrinal entre domínio público e domínio privado, com base no preceituado ao artigo 538 do Code Civil e retomando, de algum modo, as tradicionais divisões romanísticas entre coisas fora do comércio e coisas dentro do comércio, por um lado, e coisas comuns, públicas, da universalidade e particulares, por outro. PROUDHON pretendia derivar a palavra domaine dos vocábulos latinos dominus, dominium ou dominando, atribuindo-lhe o sentido de ‘poder que o homem exerce sobre as coisas que estão submetidas ao seu poder’. A caracterização do domaine public obedece também com PROUDHON a uma ideia de usage public, pelo que o sentido da caracterização de um bem como pertencendo ao domínio público envolve para este autor uma dupla dimensão: uma, a salientar o poder público (puissance publique) que administra os objetos de tal domínio; outra, a pressupor que esses bens objecto de um poder público se destinem ao uso de todos. Se nos interrogarmos sobre a natureza deste poder, concluiremos que se trata de uma espécie de possessoire destinada justamente a tutelar (possessoire de

²⁶⁶ PROUDHON, Jean-Baptiste Victor. *Traité du domaine public*. Dijon: V. Ligier, 1843.

*protection) o uso público, ou, nas palavras do doyen de Dijon, a 'proteger' o gozo que toda a sociedade tem direito de exercer sobre eles. Ora, a partir desse momento, logo se compreende que o Autor vá propender para o carácter finalisticamente orientado do regime jurídico que deve presidir ao domínio público; em plena consonância com o critério do uso público, o regime jurídico destinar-se-á a garantir o uso por todos os cidadãos das coisas assim caracterizadas, visto tais bens se destinarem a satisfazer necessidades gerais*²⁶⁷.

O conceito de domínio público sobre bens imóveis, se extrai, na origem, do artigo 538 do Código Civil Francês, mas o dispositivo só contempla a incidência do poder estatal sobre os bens de uso comum, aqueles conhecidos como de uso comum do povo. Confira-se a redação do dispositivo: “*Os caminhos, estradas e ruas a expensas do Estado. Os rios navegáveis, as margens, pistas, relés do mar, os portos, os ancoradouros e, em geral, todas as porções do território francês que não são susceptíveis de propriedade privada são consideradas como dependências do domínio público (Traduzimos)*”. Não é despiciendo anotar que o domínio público, para o Código Civil Francês, recai apenas sobre os bens imóveis, sobre os quais o Estado tem apenas a custódia, como leciona Journé: “*O Estado tem a guarda dos bens do domínio público, sendo responsável pela sua conservação (Traduzimos)*”²⁶⁸. Nessa linha, se o Estado tem apenas a custódia dos bens, não poderia ele aliená-los, o que é uma consequência lógica e afasta a ideia de uma propriedade estatal sobre os bens públicos. Só quem é proprietário pode alienar os bens de sua

²⁶⁷ (MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Domínio Público: O critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 47).

²⁶⁸ JOURNÉ, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 3.^a ed. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1925, p. 263.

propriedade. Porém, como já anotado por Ana Raquel Gonçalves Moniz, uma dupla característica já se apresenta, ou seja, os bens sujeitam-se a administração pública e o seu uso é comum, ou seja, de todos. Ocorre que nem todos os bens públicos são de uso comum, pois parte deles se destina à prestação de serviços públicos de interesse comum. O bem ou coisa, em si, não é de uso comum, mas o serviço dele resultante é de proveito comum.

Nessa linha, há de ser acrescentado que o conceito oferecido por Berthélemy, contempla implicitamente, os bens públicos de uso especial da administração pública, quando afirma que de domínio público são todos aqueles bens explorados pela ou para a comunidade. Transcrevemos, in verbis, a lição doutrinária: “A expressão ‘domínio se aplica a todas as propriedades usadas ou operadas pela comunidade ou para a comunidade (Traduzimos)”²⁶⁹. Ora, se os bens de uso especial da administração pública são utilizados para a prestação de um serviço público, ou seja, é para a comunidade, não faz qualquer sentido excluí-los dos bens sob o domínio público. De forma coerente, o mesmo doutrinador admite, em caráter excepcional ou específico, o domínio público sobre coisas imóveis: “Se esta definição estiver correta, um edifício só pode ser uma dependência do domínio público em caráter excepcional e sob textos específicos;... (Traduzimos)”²⁷⁰, com a regência de precisos termos legais.

Necessário ressaltar que quatro institutos jurídicos gravitam em torno do mesmo tema, ou seja, o domínio público, o domínio privado, a propriedade pública e a propriedade privada,

²⁶⁹ BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 448.

²⁷⁰ Ibid, p. 449.

embora, repita-se, não fosse admitida a propriedade pública pela primeira geração de administrativistas franceses.

Aliás, os pioneiros do direito administrativo francês, com a exceção de Jèze, com a cautela própria, já anteviam a evolução das ideias jurídicas no sentido da admissão de uma propriedade pública, o que se nota na lição de André de Laubaudère, quando afirma que:

“Atualmente, com exceção de Jèze (R.D.P. 1943, p. 236), a doutrina geralmente admite que a administração seja proprietária do seu domínio público. Parece de fato estabelecido que as objeções levantadas contra essa ideia não são decisivas e que, inversamente, muitos argumentos militam a seu favor. [...] As objeções levantadas contra a propriedade são refutáveis. Essas objeções acabam se resumindo a enfatizar que as diferenças que separam a dominância pública da propriedade privada individualista (Traduzimos)”²⁷¹.

As objeções contra a propriedade pública, pelo que se vê, se concentraram nas notas distintivas em relação à propriedade privada individual, que o tempo cuidou de superar.

De outro lado, Otto Mayer, precursor do direito administrativo alemão, buscando libertar o Estado da sua sujeição ao direito privado, se propõe a defender a existência de uma propriedade pública parecida, na essência, com a propriedade privada, mas submetida a regras do direito público, originando-se aí um direito administrativo das coisas públicas²⁷², fundado na utilidade pública e na superioridade do interesse público sobre o

²⁷¹LAUBAUDÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 2.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 715.

²⁷² MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1896, p. 85-110.

interesse privado. É na doutrina de Otto Mayer que irão se inspirar a maioria das normas de desapropriação por utilidade pública nos países de tradição jurídica romana ou *civil law*, pois sustenta a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, o que não deixa de ser uma nota distintiva, a conferir *in verbis*:

“Depois de considerar a utilidade, deve ser possível, aqui, tirar da propriedade do sujeito o que parece necessário. A empresa pública é o foco dominante. A empresa pública é um órgão da administração pública. Diante do fato de que uma necessidade da administração pública se opõe, o direito do indivíduo tem que ceder. Após a intervenção, o interessado tem direito a uma indenização adequada (Traduzimos)”²⁷³.

Na sequência, Maurice Hauriou, na França, consolida a distinção entre a propriedade privada e a propriedade pública, ao sustentar que o poder exercido pela Administração Pública sobre os bens do domínio público se caracteriza como um autêntico direito de propriedade, cujos atributos são regidos por normas de direito administrativo. O renomado autor francês, com a necessária reverência que merece, inverteu a ordem das definições, o que o fez ver a propriedade pública como instituto mais amplo que o domínio público, quando, na verdade, é bem ao contrário, ou seja, o conceito de domínio público contém a definição de propriedade pública, mas com ela não se confunde por ser mais amplo.

A propriedade pública, para Hauriou, se distingue da propriedade privada pela sua afetação ao uso público ou a um serviço público, o que já vinha do pensamento de Berthélemy²⁷⁴.

²⁷³ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1896, p. 3-4.

²⁷⁴ BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 448.

Para ele, a afetação deve ser atual, refutando a ideia da destinação pública prévia da coisa. Ainda que refutando a destinação pública da coisa, como característica da propriedade pública, o autor reconhece que a sua destinação de utilidade pública, a torna inalienável e imprescritível:

(...) As dependências do domínio público são bens administrativos tornados inalienáveis e imprescritíveis pela sua finalidade de utilidade pública e pela sua atribuição (Traduzimos) ²⁷⁵.

Até mesmo aqueles bens destinados à transferência para a propriedade privada, enquanto esta não se consuma na forma prevista em lei, são imprescritíveis, ainda que já ocupados pelos pretendentes. Na doutrina italiana, Aldo Sandulli já fazia a distinção entre o direito de gozimento do Estado e o direito de gozimento de terceiros, desenhando, no primeiro caso, a figura jurídica dos bens de uso especial da administração pública e dos bens de uso comum. Eis a lição, *in verbis*:

“Os bens da administração e os seus direitos reais de gozo sobre coisas alheias podem ser dominiais ou patrimoniais, consoante o seu regime esteja sujeito a determinada disciplina pública, ou seja, regido (salvo as regras especiais à Administração Pública) pelos princípios do direito privado. No entanto, esta distinção não se aplica aos direitos de gozo das coisas alheias a título pessoal, que são sempre regidos por leis privadas (Traduzimos)”²⁷⁶.

²⁷⁵ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 7.^a ed. Paris : Sirey, 1911, p. 661.

²⁷⁶ SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952, p. 257.

O direito de usufruir dos bens de propriedade pública pode ser concedido a terceiros, embora fosse inadmissível na aurora do direito administrativo. Cessão ou concessão de uso a particulares não autoriza, ainda assim, a aquisição da propriedade do bem cedido ou concedido pela prescrição, pois a prescritibilidade é uma característica inarredável do bem de propriedade pública.

No campo da casuística brasileira, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem jurisprudência pacificada sobre a matéria²⁷⁷, realçando a imprescritibilidade do bem de domínio público, mesmo aqueles destinados especificamente a habitações privadas.

No que toca à imprescritibilidade, a matéria a ser examinada em momento próprio dedicado à inalienabilidade do bem de propriedade pública.

A destinação pública da coisa, ainda que refutada na origem da definição da propriedade pública formulada pelo autor em comento, nos parece essencial à caracterização da propriedade pública, com exceção dos bens dominiais ou dominicais. Se

²⁷⁷ “*Ementa – Compromisso de compra e venda – rescisão de contrato c.c. reintegração de posse – Procedência decretada – Rescisão decretada, diante do incontroverso inadimplemento – Reintegração da autora da posse do imóvel que é mera consequência do rompimento do contrato – Arguição de usucapião coo matéria de defesa. Descabimento. Trata-se de bem de domínio público com destinação especial e, portanto, insuscetível de usucapião. Inteligência dos arts. 183, § 3.º da Constituição Federal, 102 do Código Civil de 2002 e Súmula 340 do C. STJ. Inadimplemento contratual que não pode ser transmudado em posse ad usucapionem – Sentença mantida*”. (Brasil, São Paulo, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n.º 10000596-26.2020.8.26.0079, Relator Desembargador Salles Rossi, julgada em 29.11.2021, disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em 18.04.2022). No mesmo sentido foi o julgamento da Apelação Cível n.º 1005133-07.2016.8.26.0564, tendo como Relator o Desembargador Oscil de Lima Júnio, julgada em 18.10.2016, disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em 18.04.2022.

detidamente analisados, os bens dominiais ou dominicais não são bens de propriedade pública, mas sim bens de propriedade privada de uma pessoa jurídica de direito público, posto que não são afetados a um serviço público ou atividade pública e não são de uso público comum ou especial.

A propriedade pública é uma das definições que formam o conceito de domínio público, mas nela não se resume, notadamente do ponto de vista intrínseco. A propriedade pública tem os mesmos atributos da propriedade privada, porém, titularizada por um ente público, para uso e gozo público, vinculado ou não, e com disponibilidade limitada pela lei. Que não se tome como incompatíveis a propriedade pública e a propriedade privada, pois ambas integram o conceito de domínio. No primeiro caso, teremos o domínio público, enquanto que no segundo caso teremos o domínio privado. No plano expandido, o domínio público será a própria soberania do povo ou soberania nacional, enquanto que, no plano individual, haverá a soberania individual, ou se usarmos os conceitos do direito privado, o direito absoluto de propriedade. É nesse sentido a lição de Maurice Hauriou:

“O princípio da soberania nacional e da soberania individual. Estamos diante de um princípio complexo: há, ao mesmo tempo, o advento de dois tipos de soberanias que se combinam para assegurar a liberdade democrática. Uma é a soberania nacional propriamente dita; pertence à nação considerada como coletividade, que retém seu gozo e delega seu exercício a instituições representativas. O outro, a soberania individual, é um direito próprio do súdito-cidadão; é ela que assegura a participação dos cidadãos-eleitores e dos políticos eleitos no funcionamento das instituições representativas, para as quais contribuem com a sua vitalidade cívica. Assim, pode-se dizer,

dessas duas formas de soberania, que uma assegura à nação a propriedade das instituições governamentais e dos poderes de governo, enquanto a outra assegura a participação dos cidadãos no governo (Traduzimos)”²⁷⁸.

Não há, pois, uma incompatibilidade sistemática entre uma propriedade pública, como sujeita ao domínio público, e uma propriedade privada, esta sujeita ao domínio privado, pois ambas se complementam no sistema jurídico de um país. Como leciona Cretella Júnior, o “*direito das coisas divide-se igualmente em direito das coisas privadas e direito das coisas públicas. Bens privados, bens do domínio privado. Bens públicos, bens do domínio público. Definindo-se a res, de maneira genérica, chega-se ao bem. Deste, atingem-se duas espécies – o bem privado e o bem público, passando-se a seguir ao delineamento do regime jurídico da dominialidade privada e ao regime jurídico da dominialidade pública*”²⁷⁹. Examinemos, então, o domínio público.

O domínio público, então, é o poder de sujeição de um bem, qualificado como público, ao Poder da Administração Pública de um determinado Estado, podendo ter os atributos condicionados à finalidade do bem. Não se olvida que o domínio contém o direito de uso, gozo, disposição e de oposição a terceiros. Porém, o domínio público, dependendo da finalidade do bem sujeito a este domínio, pode ter o uso e o gozo públicos vedados ou limitados, assim como também pode ser vedada ou limitada a sua disponibilidade, ainda que não haja afetação a uma determinada finalidade pública. Seria um bem com uso especial, para fins públicos. A sua afetação ao uso público o coloca fora do comércio,

²⁷⁸ HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*. 2.^a ed. Paris: Recueil Sirey, 1930, p. 56.

²⁷⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 64.

excluindo-o juridicamente do mercado imobiliário, enquanto durar a afetação. O domínio público pode recair sobre bens móveis e imóveis, aplicando-se-lhes o mesmo raciocínio.

Aqui, procedemos a uma revisão dos valores conceituais jurídicos e, se concebermos o conhecimento jurídico como um valor²⁸⁰, ao revisar um determinado conhecimento jurídico, estar-se-á revisando através da crítica, a origem desse valor. Bem por isso, o conceito de domínio, oriundo do direito romano e, aqui emprestado do direito privado, por se basear em valores individuais, não se sustenta isoladamente diante das necessidades sociais do direito público. São duas espécies de domínio que se complementam. Então, do ponto de vista dos valores sociais, o domínio público é mais restrito, em profundidade, que o domínio privado, até porque está sujeito ao princípio da estrita legalidade, e mais amplo em extensão, pois abrange bens não sujeitos a apropriação privada. O público, nessa altura da civilização, adquire maior valor nos dias atuais, mesmo sobre os bens privados. Vieira de Andrade²⁸¹, em seu magistério, leciona que há entidades formalmente particulares, mas materialmente públicas, o que também nos parece aplicável, por via analógica, aos bens, pois muitos são formalmente privados, mas materialmente públicos e, assim, o seu regime jurídico interessa a toda a coletividade, como é o caso do uso dos bens. De outro lado, repita-se, há bens privados de propriedade de entes públicos.

²⁸⁰ “...a crítica ao conhecimento enquanto crítica ao valor, e a crítica dos valores a partir da crítica à qualidade da força que os cria e que sustenta essa *démarche*” (MANGUEIRA, Maurício, Bonfim, Eduardo Maurício da Silva. *Força versus representação: o legado de Gilles Deleuze*. Kriterion, Belo Horizonte, nº 130, Dez./2014, p. 619-635).

²⁸¹ *Lições de Direito Administrativo*. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 15.

Na origem romana, *dominus* era um título de nobreza atribuído aos mestres de artes e aos senhores de escravos²⁸², indicando o domínio sobre um determinado ofício ou sobre uma determinada pessoa. No monoteísmo, a expressão passou a indicar a divindade criadora e aos seus sacerdotes, sem perder o seu sentido de vínculo de sujeição a um senhor. No sentido jurídico do termo, é relevante o vínculo de sujeição de um determinado bem a um senhor, o que distingue o domínio da propriedade, pois esta é de natureza formal, material, externa no sentido de oposição a terceiros e, por isso, jurídica, enquanto aquele não tem forma, é de natureza imaterial, moral e, por isso, interno do ponto de vista do *dominus*. Ao proteger externamente a propriedade, com os seus atributos, o direito protege internamente, como consequência, o domínio. Da mesma forma, o patrimônio pertence ao *dominus* e não o contrário. Nessa linha de raciocínio, o domínio é mais amplo que o patrimônio.

O domínio, embora seja distinto, tem sido tratado como sinônimo de propriedade e, nesse ponto, as controvérsias são consideráveis, pois a propriedade pode ser pública ou privada. O próprio conceito tradicional de justiça distributiva, caro nos domínios do direito público prestacional, que tem sido expresso como “dar a cada um o que é seu”, tem uma relação estreita com a ideia de propriedade, pois onde não há propriedade, ou seja, onde não há “o que é seu”, não haveria justiça, mas também não haveria a injustiça. Este ponto foi abordado por Thomas Hobbes²⁸³ ao tratar

²⁸² POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano Público e Privado*. Brasília: Brasília jurídica, 1996, p. 81

²⁸³ “...onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado, não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas. Portanto, onde não há Estado nada pode ser injusto” (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 124).

da proteção à propriedade privada como fundamento da existência do Estado, o que lhe atraiu a ira dos juristas não afetos ao liberalismo²⁸⁴ que, naquela altura, se avizinhava.

De outro lado, chegar-se-ia à conclusão de que aquela pessoa que nada tem para dizer que “é seu”, não seria beneficiária da justiça. Ao contrário senso, porém, onde não houvesse a propriedade, também não haveria a injustiça. Não é o que pensa a Ciência do Direito na contemporaneidade, pois uma massa considerável de pessoas não é proprietária, a não ser de si mesmas, de suas ideias, juízos e raciocínios. Nem por isso podem ser deixadas ao largo do contexto social.

Note-se que justa será a propriedade, se justo for o domínio, pois aquela, na dogmática jurídica, é a exteriorização deste. O domínio, pelo visto, é um juízo de valor, enquanto que a propriedade é o um juízo de realidade, ou seja, um juízo de fato. O domínio público pode ser em sentido amplo ou em sentido estrito. Em sentido amplo, o domínio público é a própria soberania nacional, à qual se sujeitam todos os bens e pessoas existentes no território de um determinado Estado. Em sentido estrito, o domínio público é aquele ao qual estão sujeitos os bens de propriedade pública, sejam eles de uso comum, de uso especial ou de propriedade privada do ente público, também chamados de bens dominiais ou dominicais. O domínio público em sentido amplo contém o domínio público em sentido estrito, assim como o conjunto contém os seus elementos, pois se aquele é a própria

²⁸⁴ Aqui se faz necessário explicitar que a menção é meramente histórica, pois os princípios e normas jurídicas não aparecem rotulados. São os estudiosos que os rotulam, como afirma Dworkin: “...algum tipo de interpretação é necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 81)

soberania nacional, não pode haver qualquer outra força jurídica capaz de subjuga-lo, a não ser ele mesmo, através da autocontenção e da autotutela.

Em síntese, o domínio público em sentido amplo, por ser a própria manifestação jurídica da soberania, contém no seu seio o domínio público em sentido estrito e o domínio privado.

Juízo de fato não se confunde com situação de fato (posse), pois aquele é a associação de uma ideia jurídica com uma ideia empírica, antes de entrar no mundo da linguagem prescritiva do Direito, enquanto que esta é apenas o fato, sem atribuição de qualquer valor. A ligação entre o domínio e a propriedade reside, portanto, no campo dos valores definidos por uma determinada sociedade. Em uma parte considerável do mundo Ocidental, a propriedade é vista como uma face da liberdade e uma projeção exterior e determinada de uma vontade, e por isso interior, indeterminada, sustentando-se esse pensamento na filosofia de Hegel sobre a matéria:

(...) A propriedade. § 41. A pessoa precisa se dar uma esfera externa de sua liberdade, a fim de ser enquanto ideia. Porque a pessoa é a vontade infinita sendo em si e para si nessa determinação primeira ainda totalmente abstrata, esse seu aspecto diferenciado, que pode constituir a esfera de sua liberdade, é igualmente determinado como o que é imediatamente diverso e separável dela (...) § 44. A pessoa tem o direito de colocar sua vontade em cada coisa, que se torna por isso a minha e recebe minha vontade por seu fim substancial, que ela em si mesma não tem, por sua

*determinação e por sua alma, - direito de apropriação absoluto do homem sobre todas as coisas*²⁸⁵.

Sob o ponto de vista abordado, a propriedade seria a projeção, limitada e externa, de uma vontade ilimitada e interna. Nessa acepção é que a propriedade foi vista pelo Direito e mencionada pela doutrina administrativista²⁸⁶, embora não mais conserve o seu caráter absoluto, se é que algum direito algum dia foi absoluto. Porém, como já mencionamos, Maurice Hauriou defende que o absolutismo da propriedade individual, somado ao absolutismo da propriedade pública, resulta na soberania nacional²⁸⁷. O absolutismo do direito de propriedade, numa escala de valores constitucionais que não o mostra como juridicamente absoluto, por se tratar de um valor relativo, não subsiste diante dos valores mais elevados, como é o caso da vida, colocando-se imediatamente aos serviços destes²⁸⁸. Não é despidendo lembrar que o absolutismo da propriedade é uma extração interpretativa dos glosadores medievais, como já mencionamos no Capítulo I, título 2, deste estudo, pois nenhum direito é absoluto. O Código

²⁸⁵ HEGEL, G.W. F. *Filosofia do Direito*. Tradução de Paulo Menezes, Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010, p. 83 e 85.

²⁸⁶ “A propriedade, projeção da personalidade humana no domínio das coisas, tem sido considerada por muitos como o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos outorgados ao indivíduo e que, por longo tempo, conservou a mesma fisionomia que lhe delineara o direito romano (...). A propriedade, eixo em torno do qual gira todo o Direito das Coisas, caracterizava-se pelo seu feitiço nitidamente individualista; Tratava-se, então, de uma relação jurídica puramente privada e individual de caráter sagrado e absoluto” (CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio-São Paulo: Forense, 1968, p. 116. V. 5).

²⁸⁷ HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*. 2.^a ed. Paris: Recueil Sirey, 1930, p. 56.

²⁸⁸ “O pensamento jurídico do § 1004, proteger desse modo a propriedade, deve ser posto a serviço de outros bens jurídicos tutelados em absoluto e sem dúvida dos bens jurídicos nos quais o âmbito protegido e os direitos consequentes de defesa sejam iguais à propriedade” (WESTERMANN, Harry. *Código Civil Alemão: Parte Geral*. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 40-41).

Civil Espanhol, no artigo 348, bem demonstra a insubsistência do absolutismo da propriedade: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”²⁸⁹. Se há limitações impostas pelas leis, não há absolutismo.

Pelo que se nota, o domínio, como sinônimo de propriedade, não é apenas de natureza técnico-jurídica, mas de profundidade filosófica, remetendo à raiz das formas de organização humana e da própria exteriorização da vontade do Homem. Até sob a ótica da justiça aristotélica, que modifica a visão da justiça do *ter* para o *ser*, definindo-a como tratar com igualdade os iguais e com desigualdade os desiguais, a propriedade tem perfeita adequação ao conceito, não mais a propriedade privada, mas sim a propriedade pública, especialmente aquela de uso comum do povo, à qual todos têm acesso de forma igualitária. À propriedade de uso público especial, ou para fins especiais, aplica-se também a mesma regra conceitual, porém, a ela tem acesso os desiguais, na proporção dessa desigualdade. Nem todas as pessoas terão acesso à propriedade de uso público especial, mas sim, somente, aquelas pessoas que demonstrem necessidade e interesse jurídico de acesso a ela.

Repita-se, o domínio, em especial a propriedade pública, tem profundas raízes nas formas de organização social de cada povo, com algumas organizações nômades a desprezando por completo, enquanto outras organizações gregárias lhe atribuem um elevado valor.

Nessa linha, os conceitos não são uniformes, pois dependem da forma de organização social existente e da forma de organização idealizada. É natural, pois, que haja conceitos

²⁸⁹ *Código Civil*. 21.^a ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 22.

diferentes, haja vista que assim são os valores sociais no espaço e no tempo.

A propriedade, como um direito, é a exteriorização do domínio juridicamente garantido, mas não do domínio na sua plenitude. Na linha da sustentação de que o domínio é um valor e, como tal formado na consciência humana, a norma jurídica não o expressa, com um ser, em sua plenitude. O domínio, como ideal, é mais amplo que a norma, como direito realidade, ou seja, a ideia é mais ampla que o seu objeto. Nessa linha, sobre os valores, lecionava Max Scheler:

“São sempre maneiras práticas de vida de algum modo precedentes e equivocadas que rebaixam nossa consciência de valor e a consciência de nossa posição valorativa àquele nível sobre o qual residem essas maneiras mesmas de vida, e que nos conduzem justamente com isso primariamente em cegueira valorativa e em ilusão valorativa. Se concedermos um tal fato, então isso por si só ainda não se mostra absolutamente como uma razão para assumirmos também para o conhecimento teórico do ser – em contraposição a todas as apreensões valorativas sob a forma de atos emocionais [...] – uma condição análoga praticamente moral, se é que alguma outra coisa não é acrescentada ao que foi dito”²⁹⁰.

O ser aqui abordado é o domínio e, se no passado, recente ou não, houve um precedente que equivocadamente o reduziu do ponto de vista valorativo e, portanto, na sua amplitude, não há justificativa para que essa redução teórica persista. O que a prática da vida mostra é que o domínio é mais amplo que a propriedade e que o patrimônio. O domínio pode se projetar sobre

²⁹⁰ SCHELER, Max. *O Eterno no Homem*. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis-Bragança Paulista: Vozes, 2015, p. 105.

uma só coisa ou bem ou pode se projetar sobre uma coletividade de coisas ou bens. Sobre as coisas, como limitação do domínio, pode haver uma propriedade coletiva.

No ordenamento jurídico italiano, ao lado da propriedade pública e da propriedade privada, a Lei nº 168, de 20 de novembro de 2017, introduziu os bens e os domínios coletivos, estreitamente ligados ao gozo, como atributo da propriedade, como leciona Pietro Nervi:

(...)uma definição de domínio coletivo como uma entidade unitária, uma espécie de célula viva do grande tecido de nosso país, que, na maioria das vezes, se apresenta ao observador como (a) uma unidade objetiva (a chamada propriedade coletiva), ou seja, digaos as terras de usufruto coletivo como base territorial do patrimônio natural, ao lado de (b) uma unidade subjetiva (a comunidade detentora da posse, que está centrada em um órgão de gestão expresso pela própria comunidade ou, na falta desta, na administração municipal como administrador. Como se sabe, o domínio coletivo é uma ordem caracterizada por três elementos estruturais, respectivamente: (1.º) de natureza pessoal, a comunidade estabelecida num determinado território, reconhecida como titular da posse por decreto do comissário dos usos cívicos, cujos membros são titulares dos direitos de uso; (2) de natureza patrimonial, patrimônio coletivo, material e imaterial; (3) de natureza teleológica, o propósito comum expresso com a locução ‘Outra forma de possuir’ (Traduzimos)²⁹¹.

²⁹¹ NERVI, Pietro, CALICETI, Eugenio, IOB, Mauro. *Beni e domini collettive: La nuova disciplina degli usi civici*. Milano: Editore Key, 2019. E-book sem paginação.

A formação de uma propriedade coletiva, embora a lei italiana citada seja recente, não é novidade, pois Paolo Grossi dá conta da sua existência já em 1877:

“Tratava-se de uma realidade não exígua, embora estivesse colocada em zonas marginais da circulação econômica, capilarmente presente em todo o território da península, dos Alpes à Sicília e à Sardenha, que emergiram com muita evidência naquele vasto e complexo balanço do estado dos campos e das montanhas italianas que o Parlamento nacional quis realizar, com gesto meritório, logo após a unificação política, e efetuado com grande empenho por uma densa multidão de técnicos. Foi, de fato, nos resultados da ‘Inchiesta agraria e sulle condizioni della classe agrícola, iniciada em 1877, que emergiu uma paisagem muito mais variada do que se pensava: ao lado do rio caudaloso das propriedades individuais, constituído de uma quantidade enorme de minifúndios e de latifúndios, verificou-se a existência de formações coletivas, constantemente praticadas pelos povoados e defendidas com afinco, denominadas de vários modos, sendo frequentemente expressões de situações locais. [...] se espalhavam por toda a península”²⁹².

Ainda sobre a propriedade coletiva, Léon Duguit, em seu *Tratado de Direito Constitucional*, fala sobre uma propriedade coletiva territorial na França²⁹³, o que demonstra que, embora não seja a regra, a propriedade coletiva existe em vários ordenamentos jurídicos europeus. Em outro trabalho, tratando sobre o tema,

²⁹² GROSSI, Paolo. *O Mundo das Terras Coletivas: Itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã*. Tradução Fernando Coelho. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 32-33.

²⁹³ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2.^a ed. Paris: Fontemoing, 1923, p. 435.

tivemos a oportunidade de mencionar que a propriedade coletiva, quanto ao seu uso, já era constatada na antiga Babilônia, na Alemanha antiga, onde a propriedade comum da Aldeia (Marke) convivia com a propriedade sálica (Salzgut), e na Sérvia, com a Zadruga, todas coexistindo com a propriedade privada²⁹⁴. A história dos Baldios portugueses aponta para uma propriedade coletiva²⁹⁵, embora perdida no tempo, como leciona Rogério Soares:

“A origem dos baldios perde-se na noite dos tempos. E a doutrina tem com frequência cedida à tentação de reconduzir a génese da figura a quadros jurídicos determinados que corresponderiam a exigências particulares duma dada situação histórica; e fá-lo de acordo com climas de simpatia que frequentemente exprimem pressões irracionais, mesmo quando pretendem traduzir resultados de investigações científicas. Assim é que vamos encontrar numa época dominante a explicação germanista, a quem nem sempre é alheia uma sub-reptícia motivação arianizante. Noutro momento colhe os favores da doutrina a explicação romanista, enquanto outras vezes é um romantismo serôdio quem dita uma explicação que repousa nas experiências da vida municipal da Idade Média, ou ainda nas consequências da estruturação sócio-económica do feudalismo. E temos ainda uma chamada escola sociológica que se dedica a estudar as formas de propriedade dos primitivos atuais ou de civilizações orientais, e vai transportar os resultados para o conhecimento do problema, no sentido de ver

²⁹⁴ *O Direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas*. Franca (SP): Lemos & Cruz, 2003, p. 18-19.

²⁹⁵ BARROCA, João Antunes. *Os Baldios Portugueses*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (dissertação), 2018, p. 26-28.

*aí tipos pré-civilizados de utilização de terras, que esperam uma fractura das instituições para voltarem a afirmar-se*²⁹⁶.

A propriedade coletiva não é uma singularidade italiana ou de qualquer país europeu, pois há pronunciamento jurisdicional em Portugal, apontando os Baldios como uma forma de propriedade de fruição coletiva. Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português firmou o entendimento de que os Baldios portugueses constituem uma forma de propriedade coletiva, pois se é a própria coletividade que detém a sua titularidade, então a propriedade é coletiva. Confirma-se, em parte, o pronunciamento: *“figura específica, em que é a própria comunidade, enquanto coletividade de pessoas que é titular da propriedade dos bens, e da unidade produtiva, bem como da respetiva gestão, no quadro do artigoº 82, nº4, alínea b) da CRP*²⁹⁷. Por ser anterior ao modelo romano, a sua feição não se ajusta ao modelo romano tradicional. Nessa linha, em outro acórdão, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça decidiu que os baldios são insuscetíveis de apropriação privada, estando juridicamente fora do comércio, levando à conclusão de que se trata de propriedade coletiva, com regime jurídico específico, não ajustável ao modelo romano de propriedade. Transcrevemos a seguir um trecho da ementa:

“O direito de baldio é um direito real que, embora esteja previsto em legislação avulsa (não no CC), não deixa de respeitar, como os demais direitos com essa natureza, o princípio da tipicidade e que tem um regime jurídico muito específico, particularmente quanto ao respectivo conteúdo: (i)

²⁹⁶ SOARES, Rogério. *Sobre os Baldios*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, n. 3-4, Sobre os Baldios, Revista de Direito e de Estudos Sociais, nº 3-4, ano XIV, 1967, p. 263, ano XIV, 1967.

²⁹⁷ Portugal. Lisboa. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº P00A342, Relator Conselheiro Pinto Monteiro.

não abarca o gozo, de modo pleno e exclusivo, do direito de disposição do bem (área de terreno) sobre que incide, nem em vida nem por morte; (ii) caracteriza-se por proporcionar a cada elemento de um conjunto de pessoas (uma comunidade local), de acordo com as deliberações das assembleias de compartes e os usos e costumes (arts. 1.º e 5.º da Lei 68/93 ao caso aplicável), a posse correspondente (apenas) às faculdades de uso e fruição das utilidades propiciadas pelo baldio; (iii) o baldio, estando, ‘fora do comércio jurídico’, é insusceptível de apropriação privada, quer pelos compartes individualmente considerados, quer pela estrutura da sua administração”²⁹⁸.

Quanto à origem dos baldios, pelo que se viu não há dados seguros que permitam afirmar o seu ponto de surgimento, precedendo até mesmo ao modelo romano. Porém, a singularidade dos baldios portugueses, como ressalta Casalta Nabais²⁹⁹, está na sua fruição coletiva e não na propriedade em si, pois precede, repita-se, ao modelo romano de propriedade.

O Brasil, por ser um país jovem, não passou pela experiência de um domínio coletivo, salvo em áreas específicas e, ainda assim, por influência dos imigrantes europeus.

Ao domínio coletivo, no sentido italiano, estão sujeitos os bens materiais de uso coletivo, especialmente o espaço territorial, semelhante aos baldios portugueses e aos faxinais brasileiros, estes existentes especificamente no Estado do Paraná,

²⁹⁸ Portugal, Lisboa, Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 850/13.8T8LSA.C1.S2, Relator Alexandre Reis, publicado em 24.10.2019, Cadernos de Direito Privado, n.º 72.

²⁹⁹ NABAIS, José Casalta. Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do civil law. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra n. 61, p. 232 e 235, 2001.

enquanto que os bens coletivos são aqueles de natureza não econômica, como é o caso dos elementos climáticos, vinculando-os ao conceito de patrimônio cívico, pois não são suscetíveis a uma valoração de natureza econômica.

Para o direito público, o domínio coletivo não se confunde com o domínio público, pois naquele há, do ponto de vista técnico, um condomínio, enquanto neste há um domínio exercido pela administração pública, de forma individual, mas em nome de toda uma coletividade.

É mister notar que valoração, assim como o valor individual ou coletivo, se estabelece na consciência jurídica do homem, enquanto que a avaliação se projeta no mundo da realidade, mais especificamente no mundo do direito realidade.

O domínio público não é parte do patrimônio público, mas sim este é parte daquele. Na doutrina administrativista brasileira, a nosso ver, o mesmo equívoco subsiste:

(...) domínio é o conjunto dos bens móveis e imóveis, conservados pela Administração para serem utilizados e consumidos por ela, com exceção do numerário e dos valores em dinheiro. Desse modo, a noção moderna do domínio da administração não coincide com o conceito e patrimônio da Administração. O domínio é uma parte do patrimônio, compreendendo coisas, bens corpóreos. Os bens incorpóreos dos patrimônios administrativos não integram o domínio. Por outro lado, o domínio não abrange o numerário proveniente das imposições, empréstimos ou outros recursos financeiros: isto constitui o que se denomina finanças públicas. A expressão domínio público, que se contrapõe à expressão

*domínio privado, conquanto simples, na aparência, oferece extrema dificuldade para ser conceituada*³⁰⁰.

Nesse ponto, o nosso entendimento é divergente, pois o domínio público é mais amplo, incluindo os bens corpóreos e os incorpóreos, patrimoniais ou não. O domínio público, repita-se, não é parte do patrimônio público, mas sim o patrimônio público é parte do domínio público. O patrimônio público, a nosso ver, é mais restrito que o domínio público, pois aquele só abrange as coisas que têm conteúdo econômico imediato, enquanto este abrange as coisas corpóreas e incorpóreas, sem conteúdo econômico imediato.

Ora, se a lição hegeliana já invocada e transcrita apresenta a vontade do agente como algo ilimitado, ou seja, se a vontade do *dominus* é ilimitada e o direito, não se olvide que o patrimônio é um direito, é limitado, não tem sentido sustentar que o limitado contém o ilimitado, ou seja, que o patrimônio público contém o domínio público. Pelo argumento apresentado, o domínio público é mais amplo que o patrimônio público.

Mesmo no âmbito do direito privado não há como sustentar logicamente a maior amplitude do patrimônio em relação ao domínio, pois tudo o que está no patrimônio de uma pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, necessariamente, está sob seu domínio. Não se nega que o domínio também experimenta limites, o que se afirma é a maior amplitude do domínio em relação ao patrimônio e à propriedade.

Como já alertamos, não é uma tarefa fácil o exame em profundidade do conteúdo do domínio público, embora seja esse um dos nossos propósitos, pois a flexibilidade é da ontologia do

³⁰⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 28-29.

instituto. Aliás, como sustenta Ana Raquel Moniz, no âmbito do direito público, as regras do direito privado devem permitir certa flexibilidade:

*(...) no âmbito do direito público, estas noções devem constituir objeto de uma adequada adaptação, em termos de permitir uma certa flexibilidade relativamente à possibilidade de limitação da aplicação de regimes jurídicos especiais até onde as razões que lhes são subjacentes o justifique*³⁰¹.

A adaptação pode ser na ampliação do alcance do domínio público ou pode ser na restrição desse alcance. Aqui propomos a ampliação.

O que é flexível pode retornar ao ponto de partida e ser visto pelo caminho contrário como se estivesse caminhando por um círculo. O percurso será o mesmo, mas o sentido dos passos será invertido. O círculo hermenêutico, chamado por Ricoeur³⁰² de o *círculo encantado*, é um bom exemplo disso, notadamente quando aplicado ao direito administrativo, pois permite ampliar ou restringir o alcance de um conceito jurídico e, no caso aqui tratado, este conceito é referente ao domínio público, que está sendo visto de forma ampliada. Sem o propósito de polémica, nos parece mais lógico ampliar o alcance do conceito de domínio público. Não é um método alheio à ciência, pois como dizia Ferrara:

“A interpretação lógica assenta-se em um ambiente mais alto e utiliza meios finos de indagação, pois remonta ao espírito da disposição, inferindo-o dos fatores racionais que a inspiraram, da gênese histórica que a prende a leis anteriores,

³⁰¹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio público: o critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra. FDUC, 2003, p. 73.

³⁰² RECOEUR, Paul. *O conflito das Interpretações*. Tradução M.F. Sá Correia. Porto: Res, 1969, p. 9.

da conexão que a enlaça às outras normas e de todo o sistema. É da ponderação destes diversos fatores que se deduz o valor da norma jurídica”³⁰³.

Não aplicamos a interpretação lógica a uma norma jurídica, mas a um conceito jurídico. No entanto, tanto uma como o outro são passíveis de revisão. Por isso, revisões conceituais são e serão feitas, de modo a permitir a compreensão do domínio público em sentido mais amplo.

Ainda no campo do domínio, a bipartição tradicional já não satisfaz a especulação acadêmica, razão pela qual nos alinhamos àqueles que defendem a formulação de uma tripartição do domínio, pois os bens podem ser privados, podem ser públicos e podem ser de domínio privado de uma pessoa jurídica de direito público. É nesse sentido a proposta de Thiago Marrara, com suporte na doutrina portuguesa de Ana Raquel Gonçalves Moniz³⁰⁴:

Embora não mencione o termo “escala”, em Portugal, Ana Raquel Moniz aceita a multiplicidade de regimes ao analisar o tema. Explica que o “confronto dos vários regimes jurídicos incidentes sobre a propriedade dos bens denota um crescendo na interferência do direito administrativo”. Por consequência, parece-lhe adequado separar ao menos três regimes, quais sejam: o da “propriedade privada dos particulares”, o da “propriedade privada da Administração Pública” e o da “propriedade pública da Administração Pública”. Em relação ao primeiro grupo, o direito público corresponderia basicamente a limitações da propriedade (poder de polícia –

³⁰³ FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 35.

³⁰⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito do domínio público. Tratado de direito administrativo especial*, v. V, p. 18.

*vale dizer); em relação ao segundo, ele incidiria de modo mais intenso, já que aí estão bens de titularidade do Estado e, no terceiro grupo, o regime seria quase puramente público pelo fato de haver titularidade estatal somada a função pública*³⁰⁵.

Embora a redução à bipartição dos bens seja defensável, a tripartição permitiria um melhor estudo científico da matéria. Os bens não são uma ficção e a tripartição permitiria o desenvolvimento científico do direito administrativo das coisas, já latente na realidade e tendente a uma expansão. Fragmentar o objeto do seu estudo é uma característica da ciência.

No Direito, notadamente no campo do direito administrativo, a ampliação do seu objeto de estudo e a conseqüente fragmentação do seu objeto de abordagem já é uma medida imperativa, pois a pluralidade de normas direcionadas ao campo específico dos bens públicos, vai formando a escola do direito administrativo dos bens, o que já é evidente em Coimbra, com Ana Raquel Moniz, fato implicitamente reconhecido por João Miranda, embora ainda ache prematuro falar em um direito administrativo especial. Leciona João Miranda, falando sobre a matéria, que:

“...no seio do qual o Direito do Domínio Público seria uma parcela também qualificada como um ramo do Direito Administrativo Especial, por corresponder a uma pluralidade de normas aplicáveis a um setor específico de intervenção

³⁰⁵ MARRARA, Thiago. *Uso de Bem Público*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 30.

administrativa que contém princípios que permitem divisar uma unidade própria”³⁰⁶.

Ora, se há uma unidade própria, há uma especialidade, o que pode ser objeto de estudo de uma escola de pensamento jurídico próprio. Não se não chega a ser um direito administrativo especial, há forma de abordagem específica do direito administrativo dos bens, o que, aliás, foi feito por Ana Raquel Moniz³⁰⁷.

1.2. DOMÍNIO PÚBLICO EM SENTIDO AMPLO

Em sentido amplo, domínio público é todo poder de sujeição imposto por um determinado Estado aos bens localizados em seu território, espaço aéreo ou em águas territoriais sujeitas ao seu aproveitamento econômico exclusivo. Todos os bens sujeitos à soberania de um determinado Estado estão sujeitos ao ordenamento jurídico daquele Estado. Então, todos os bens sujeitos à soberania de um determinado Estado são bens de domínio público em sentido amplo.

Importante notar que o domínio público em sentido amplo abrange nessa amplitude o domínio público em sentido estrito, o domínio eminente e o domínio privado, de modo a formar um todo harmônico, embora cada um deles com a sua peculiaridade.

Não se concebe a noção de Estado sem que lhe haja a sujeição de um território, contínuo ou não, de um espaço aéreo respectivo, e das águas costeiras e fluviais que o banham. Tudo o

³⁰⁶ MIRANDA, João. *Direito Administrativo dos Bens: Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 62.

³⁰⁷ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito do Domínio Público. In: Tratado de Direito Administrativo Especial*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 13. v. IV.

que é acessório ou fruto desse território se sujeita ao domínio do Estado. Do ponto de vista jurídico, a sujeição pode ser plena ou parcial, quando então teremos uma soberania plena ou relativa. É dito isso porque alguns Estados ocupam um determinado território, mas não tem sobre ele uma soberania plena.

Quando afirmamos que a propriedade é um juízo de realidade, não a confundimos com a situação de fato, pois o juízo é a associação de duas ou mais ideias de origens diversas ou idênticas, apresentando-se aqui duas ideias de origens diferentes, ou seja, temos a ideia racional que emana do próprio direito e a ideia empírica, que emana da realidade, da prática ou da experiência jurídica de cada povo e de cada Estado. O juízo de realidade se processa apenas no intelecto do jurista, onde também se processa o juízo de valor. Juntos aqueles juízos são transferidos ao raciocínio e, finalmente, ao discurso jurídico, que, segundo Gadamer³⁰⁸, pode ser uma promessa (se bilateral, será um contrato), um anúncio (publicação de normas, decisões e estudos) e o enunciado (linguagem prescritiva da norma). A propriedade, pelo visto, não deixa de ser uma construção intelectual do jurista, mas dentro dessa construção há mais de um juízo intelectual.

Em sentido amplo, o domínio público envolve não só o domínio propriamente dito ou em sentido estrito, mas também o poder de legislar e regulamentar, e incide sobre todos os bens móveis, imóveis, materiais e imateriais, existentes nos limites do território e águas costeiras sujeitas à soberania de um determinado Estado. Note-se que aqui usamos o conceito amplo de domínio público, abordado na parte inicial desse capítulo. Na lição de Roger Bonnard, o domínio público que, de início, tinha como

³⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica da obra de arte*. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 31.

característica a inalienabilidade do bem, vai se ampliando com o tempo:

(...) o conteúdo do regime especial do domínio público foi considerado como constituído, em essência, pela regra da inalienabilidade e limitado a esta regra, ponto de vista este que decorria do fato de ser o domínio público identificado com as dependências inalienáveis do domínio. Atualmente, porém, com a nova concepção da dominialidade pública, tem-se a tendência em admitir que o domínio público extravasa a parte inalienável do domínio e, além disso, que o domínio inalienável é submetido a outras regras especiais, além da regra da inalienabilidade. É assim que o regime do domínio público é concebido, em nossos dias, como constituído por um conjunto de regras que recaem sobre diferentes pontos, a saber: para a alienação, a regra da inalienabilidade e a imprescritibilidade; para a aquisição, os modos especiais de aquisição, como a desapropriação; a requisição é o processo de fornecimento; para o transporte, um regime especial para os trabalhos denominados trabalhos públicos; para a determinação de limites, modos especiais de delimitação; para a utilização dos particulares, um regime especial para esse uso³⁰⁹.

³⁰⁹ “...le contenu du régime spécial du domaine public a été considéré comme constitué, en substance, par la règle de l'inaliénabilité et limité à cette règle, un point de vue qui découlait du fait que le domaine public était identifié aux dépendances inaliénables de le domaine. Actuellement, cependant, avec la nouvelle conception de la domination publique, on a tendance à admettre que le domaine public va au-delà de la partie inaliénable du domaine et, en outre, que le domaine inaliénable est soumis à d'autres règles spéciales, en plus de la règle d'inaliénabilité. C'est ainsi que le régime du domaine public est conçu, aujourd'hui, comme constitué d'un ensemble de règles qui relèvent de différents points, à savoir: pour l'aliénation, la règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité; pour l'acquisition, des modes d'acquisition spéciaux, comme l'expropriation; la demande est le processus d'approvisionnement; pour les transports, un régime spécial pour les travaux appelés travaux publics; pour déterminer les limites, les modes de délimitation spéciaux; pour un usage privé, un régime spécial pour cet

Note-se que, para haver uma desapropriação, é necessária a incidência da soberania de um Estado sobre os bens de seus nacionais. Então, o Estado tem, previamente, o domínio em sentido amplo sobre todos os bens localizados em seu território, exceto aqueles personalíssimos. Então, repita-se, no domínio em sentido amplo estão contidos o domínio público em sentido estrito, o domínio eminente e o domínio privado.

A lição invocada é importante, na medida em que os bens devolutos vão além da clássica abordagem do domínio público, mas sim são englobados no sentido jurídico mais amplo da expressão.

Nem todos os bens existentes nos limites de um determinado território são sujeitos ao domínio público, pois podem ser individuais personalíssimos e, por sua natureza e impossibilidade física, não se sujeitam ao regramento constitucional ou administrativo do Estado. Como alerta Ana Raquel Gonçalves Moniz, “...nem todos os bens da Administração Pública integram o domínio público”³¹⁰. Por isso, o que caracteriza um bem público é a sua sujeição a um “regime jurídico específico, típico, inconfundível, que apresenta traços tão marcantes que os tornam diferentes dos bens particulares”³¹¹. Note-se que o pensamento filosófico, científico, poético e estético, são bens, mas enquanto pensamento, não se sujeita a nenhum regime jurídico, até porque o pensamento é o campo da liberdade plena e esta, por ser interna ao homem, não se sujeita ao domínio público.

usage » (BONNARD, Roger Jules-Marie. *Précis de droit administratif*. 2.^a ed. Paris: Sirey, 1935, p. 441).

³¹⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito do domínio público* in: Tratado de Direito Administrativo Especial. Coimbra: Almedina, 2011, p. 17.

³¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 556.

Então, o domínio público, em sentido amplo, é o estado de sujeição de todos os bens naturalmente sujeitos ao domínio de um determinado Estado, que tem a faculdade de lhe disciplinar juridicamente e de regular a sua utilização ou disposição, por meios próprios ou por meio de concessão a terceiros.

Repita-se, não se confunde o domínio público com a propriedade pública, pois o domínio é mais amplo, figurando a propriedade como mera exteriorização do domínio, mas não mostra a sua parte interna. O domínio público contém a propriedade pública, mas nem toda a propriedade sujeita ao domínio público é uma propriedade pública.

Os bens devolutos são bens sujeitos ao domínio público, mas não são, no sentido técnico do termo, propriedades públicas. Portanto, são bens do domínio público em sentido amplo. Essa distinção é importante e tem consequências implicações jurídicas diversas, inclusive em relação à disponibilidade vinculada daqueles bens.

1.3. DOMÍNIO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO

Em sentido estrito, o domínio público recai sobre aqueles bens submetidos à propriedade do Estado. O direito privado faz a divisão entre os bens públicos e os bens privados, cuidando especificamente da disciplina jurídica destes. De outro lado, a disciplina jurídica dos bens sujeitos à propriedade do Estado cabe ao direito administrativo. Em resumo, estritamente considerado, o domínio público é a propriedade pública sobre determinados bens ou coisas.

Aqui se nota que o domínio em sentido estrito, no campo administrativo, é a exteriorização da propriedade pública titulada e conferida a um ente público. Parte da doutrina administrativista, tradicional e evolutiva, qualifica este domínio do direito administrativo como direito administrativo das coisas ou dos bens públicos, como leciona Cretella Júnior:

*O direito administrativo das coisas é o ramo do direito público que tem por objetivo imediato o estudo das coisas públicas ou bens públicos*³¹².

O domínio público em sentido estrito ou propriedade pública é um campo sujeito, então, ao campo de estudo científico do direito administrativo das coisas e dos bens públicos. Isso se justifica porque os atributos da propriedade pública, como já mencionado, são os mesmos da propriedade privada, mas com limitações inexistentes em relação aos atributos conferidos à propriedade privada. O atributo de disposição da coisa sujeita à propriedade pública, por exemplo, não se sujeita à mera conveniência do administrador público, pois a venda, tratando-se de bem afeto a alguma atividade pública, dependerá da desafetação e da prévia autorização legislativa para a alienação.

A propriedade pública pode ser de uso comum do povo, de uso especial da administração pública ou meramente dominial ou dominical.

O domínio público em sentido estrito tem os mesmos atributos que o domínio privado. Ambos se constituem pelo registro do domínio no órgão registrário competente. A administração pública não está dispensada do registro imobiliário

³¹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 555.

da propriedade de uso comum do povo, de uso especial ou daquelas meramente dominicais.

Se assim não fosse não teria sentido a lição de Otto Mayer, afirmando que, tão logo consumada a desapropriação do imóvel privado, o Estado aparece, perante o direito civil, como um simples proprietário. O proprietário civil não está dispensado do registro do imóvel no órgão competente. Eis, *in verbis*, a lição mencionada:

“Portanto, deve-se dizer: após o término da expropriação, inicia-se uma nova fase que, considerada em si mesma, pode fazer o Estado figurar como proprietário civilmente e principalmente o fará figurar como tal. No entanto, a expropriação não tem efeitos de direito civil, mas a situação criada por ela se enquadra nas regras do direito civil para todos os novos relacionamentos ocorridos (Traduzimos)”³¹³.

O conteúdo jurídico do domínio público em sentido estrito é a mesmo conteúdo jurídico do domínio privado, ou seja, da propriedade privada. Se assim não fosse, não haveria sentido o registro no órgão registrário civil competente.

Anotamos, por ser oportuna, embora dela discordemos, a lição de Canotilho e Vital Moreira:

“O domínio público pertence necessariamente a entidades públicas (cfr n.º 2), sendo portanto bens públicos. Todavia, a categoria de bens públicos é mais extensa do que a de bens do domínio público, visto que as entidades públicas são também titulares de bens do domínio privado, que abrange tanto os bens do património económico e financeiro (sector empresarial público), como os bens do património administrativo, afectos

³¹³ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1896, p. 37.

a fins administrativos (nomeadamente, instalações de serviços públicos, etc). Os primeiros formam o património privado disponível, estando sujeitos, em geral, a um regime jurídico de direito patrimonial privado. Os segundos forma o património privado indisponível, cujo regime de direito privado (melhor dizendo, de direito privado administrativo, dada [s] as suas especificidades) apresentar por isso alguns traços semelhantes aos bens do domínio público”³¹⁴.

O conceito de patrimônio público não tem a mesma amplitude do domínio público. O domínio público não se confunde com os bens públicos, embora estes estejam contidos naquele, e estes bens, em boa parte, são constituídos por propriedades públicas. Na lição de João Miranda:

“Deve-se, pois, utilizar-se o conceito de património público, quando se pretender aludir aos bens suscetíveis de contribuir para a satisfação das necessidades económicas de que uma entidade pública é titular e pelas responsabilidades que sobre eles impendem. Em qualquer caso, não se vê inconveniente no reconhecimento da sua utilidade se se pretender abarcar, além das coisas e dos direitos sobre elas, também o património financeiro [...]. Todavia, já será exagerado considerar que o conceito de património público pode substituir o de propriedade pública, numa lógica de ‘patrimonialização das coisas e dos bens’”³¹⁵.

³¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: RT e Coimbra ed., 2007, p. 1001-1002.

³¹⁵ ³¹⁵ MIRANDA, João. *Direito Administrativo dos Bens: Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 93-94.

Por uma questão de lógica do sistema jurídico, a categoria dos bens públicos não pode ser mais ampla que o domínio público.

A maior extensão à qual se referem os doutrinadores invocados e contrariados é a amplitude do domínio público. A nosso ver, com a necessária reverência, os bens estão sujeitos ao domínio e não se equiparam. O domínio público é titularizado, necessariamente, por uma entidade pública, mas é a somatória dos bens públicos e não, ele mesmo, um bem público. Domínio público, em sentido amplo, é um gênero, do qual os bens públicos são espécies, pois inclui também aqueles bens privados sujeitos ao domínio público apenas para fins de soberania.

Os interesses públicos são de diversas matizes, o que justifica o regime próprio dos bens do domínio público, assim como a sua amplitude. É como diz Marcos Souza:

Na persecução de seus interesses primários, a Administração Pública necessita de alguns meios para o atingimento de suas finalidades. Assim, exerce sua função no Estado de Direito através de seus agentes e órgãos, utilizando-se de seus atos e processos administrativos. Para se aparelhar fisicamente, carece ainda de bens corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações que, constituindo seu patrimônio, proporcionam a fruição da vida em sociedade³¹⁶.

Aliás, Silvio Luís Ferreira da Rocha³¹⁷, ao acentuar a distinção clássica entre os bens, lembra, de um lado Roberto

³¹⁶ SOUZA, Marcos Paulo Jorge de. *Regime jurídico dos bens públicos e a função social da propriedade*, Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p. 696, jul./2016.

³¹⁷ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69.

Dromi³¹⁸, quando este afirma que o bem de domínio público “É a consagração do bem à utilidade ou à comunidade comum”. De outro, acrescenta que “os bens pertencentes ao Estado, mas que não estejam consagrados a um uso público, direto ou indireto, integram o que se convencionou chamar de domínio privado de bens do Estado”. O domínio privado de bens do Estado se confunde com a propriedade privada titularizada por um ente público.

Nessa linha, leciona Journé:

*“O domínio privado está sujeito, em princípio, às regras do direito privado. É adquirido por processos de direito comum, por contratos de direito privado, por doações ou legados. É alienável e passível de prescrição; pode ser objecto de venda ou aluguer. Os litígios decorrentes da sua gestão são, em princípio, da competência dos tribunais (Traduzimos)”*³¹⁹.

De forma diversa, ocorre com aqueles bens sob o domínio público em sentido amplo, onde se incluem os bens devolutos. Aqueles não dependem de nenhuma desafetação, pois a sua finalidade já está previamente prevista em lei.

2. O DOMÍNIO PÚBLICO COMO SOBERANIA E COMO DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE OS BENS

O domínio público como soberania é aquele domínio público em sentido amplo, podendo ser qualificado como um direito de exploração do espaço aéreo, direito de exploração do

³¹⁸ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea-Depalma, 1995, p. 14.

³¹⁹ JOURNÉ, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 3.^a ed. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1925, p. 314.

subsolo e o direito de exploração sobre a plataforma continental sujeita à exploração econômica exclusiva de um Estado, além das terras não sujeitas ao domínio em sentido estrito, e as águas interiores.

A qualquer tempo a soberania de um Estado pode se fazer valer sobre seu espaço territorial, aéreo e marítimo, mas isso não se confunde com o direito de propriedade de bens, pois aquela é um domínio público em sentido amplo, enquanto esta é um domínio público em sentido estrito. Até mesmo sobre bens de outros países, localizados em determinado Estado, é possível a incidência da soberania, manifestando-se pela expulsão de funcionários de representações diplomáticas e com o rompimento de relações com determinado país. Isso, porém, não se confunde, por óbvio, com a propriedade dos bens do país, com o qual as relações diplomáticas foram rompidas.

A soberania incide sobre os elementos climáticos, denominados, pela doutrina italiana³²⁰, por patrimônio cívico, pois servem indistintamente à coletividade. Não são, individualmente apropriáveis, servindo a todos indistintamente.

Note-se que os elementos climáticos são bens não sujeitos a uma avaliação econômica, porém, sujeitos a uma disciplina do ordenamento jurídico interno, sem reconhecer limites territoriais. A poluição do ar em um determinado país pode afetar outros países a uma distância incalculável. O exemplo mais característico disso é a poluição radioativa propagada pelo ar.

Então, o domínio público como soberania e, portanto, em sentido amplo, incide sobre os bens materiais e imateriais

³²⁰ NERVI, Pietro, CALICETI, Eugenio, IOB, Mauro. *Beni e domini collettive: La nuova disciplina degli usi civici*. Milano: Editore Key, 2019. E-book sem paginação.

existentes no espaço territorial de um país, em um determinado momento. No elenco desses bens se incluem os bens públicos e privados, embora estes se sujeitem apenas à soberania.

2.1. O DOMÍNIO EMINENTE

É aquele domínio que recai sobre os bens de interesse público, mas não sujeitos ao domínio patrimonial de uma pessoa jurídica de direito público. O domínio eminente, embora estudado nos domínios do Direito, tem melhor adequação ao campo da política, pois nada mais é que a vontade do Estado, à qual se sujeitam todos os bens, patrimoniais ou não, existentes no espaço sobre o qual exerce a soberania. Nesse espaço, a sua extensão é ilimitada, atingindo os bens de todas as naturezas, públicos ou privados, embora haja limites em sua profundidade, conforme dispuser o seu ordenamento jurídico interno.

O domínio eminente distingue-se do domínio propriamente dito, ou em sentido estrito, porque não exige a apropriação dos bens para a sua caracterização. Então, dentro do espectro do domínio em sentido amplo, teríamos o domínio em sentido estrito e o domínio eminente.

Aqui, releva notar que propriedade pública não se confunde com o domínio eminente, pois este não exige, para a sua caracterização, a apropriação do bem por parte da Administração Pública. Embora o tema, a nosso ver, seja próprio do direito administrativo, a doutrina civilista portuguesa foi a que melhor tratou do tema. Confira-se, *in verbis*:

I – Da propriedade pública se deve distinguir ainda o que chamaremos o domínio eminente de entes públicos sobre certos

bens. De domínio eminente se falava na Idade Média para significar o poder, político-patrimonial, do senhor sobre os bens. Por uma analogia, pode significar hoje os poderes, que os órgãos públicos se reservam em última análise sobre certos bens. O domínio eminente distingue-se da propriedade pública, porque esta implica sempre uma apropriação dos bens. Mas pode haver poderes eminentes sem apropriação. O domínio eminente traduz-se numa posição de controlo, destinada a impedir as invasões de terceiros, e eventualmente a permitir a passagem gradual destes bens para nova situação jurídica. Assim acontecia com os terrenos vagos das antigas províncias ultramarinas: a posição do Estado sobre os terrenos vagos traduzia-se na supervisão geral, no impedimento de apropriações abusivas e no processamento da passagem desses terrenos a um regime de aproveitamento normal. Já então a qualificamos como um domínio eminente. Essa legislação está ainda em vigor em Macau e nalguns dos novos países africanos. II – Hoje, devemos distinguir do domínio público propriamente dito o domínio eminente. O poder do Estado sobre a plataforma continental, por exemplo, não se traduz no seu aproveitamento directo, não há uma afectação desta aos fins do Estado. Ele realiza uma supervisão geral, destinada antes de mais a excluir apropriações indevidas por terceiros e a assegurar o aproveitamento ordenado. Isto significa que dentro do chamado domínio público devemos distinguir duas categorias muito diferentes. Temos por um lado a propriedade pública, por outros bens não apropriados sobre os quais o Estado exerce um domínio eminente. Assim se passa com as

águas territoriais, por exemplo, que são seguramente não apropriadas ³²¹.

Não se pode deixar ao esquecimento que Marcelo Caetano³²² e Hely Lopes Meirelles³²³ também discorreram sobre a matéria e de forma muito semelhante.

Em resumo, o domínio em sentido amplo é um gênero, cujas espécies são o domínio eminente e o domínio em sentido estrito, estando neste último a propriedade pública em todas as suas espécies.

2.2. O DOMÍNIO PATRIMONIAL

Definidas as noções de domínio e de propriedade, resta analisar o que se entende por domínio patrimonial. É um domínio jurídico, pois é a sujeição de determinado bem, ou conjunto de bens, material ou imaterial, que a norma jurídica reconhece como exclusivo, no todo ou em parte, de uma pessoa física ou jurídica, podendo esta ser de direito público ou de direito privado. Leciona a doutrina civilista brasileira que "*Incluem-se no PATRIMÔNIO: a posse, os direitos reais, as obrigações e as ações correspondentes a tais direitos. O patrimônio abrange direitos e deveres redutíveis a dinheiro, consequentemente, nele não estão incluídos os direitos de personalidade, os*

³²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais*. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 170-172. Nota explicativa: A obra citada foi escrita em português, com a variante de Portugal, razão pela qual o seu autor usou a expressão 'eminente', enquanto que no português, com a variante falada no Brasil, utiliza-se a expressão 'iminente'.

³²² CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 409-410.

³²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 427.

peçoais entre cônjuges, os oriundos do poder familiar e os políticos"³²⁴. Note-se que a definição doutrinária civilista é restritiva em excesso, pois, na atualidade, o patrimônio não é meramente privado e nem sempre será redutível a dinheiro, como é o caso, por exemplo, do patrimônio arquitetônico, cultural e do patrimônio imaterial da humanidade, que se sujeita ao domínio público patrimonial. A Administração Pública, entendendo que uma coisa do patrimônio individual de alguém tem valor cultural ou arquitetônico, pode impedir a sua destruição, manifestando, de forma evidente, o domínio eminente do Estado sobre todos os bens localizados em seu território.

O direito ao nome, embora não tenha conteúdo econômico e seja imaterial, é sujeito ao domínio patrimonial, pois, para o seu titular, é um bem imaterial. O nome de alguém, embora seja um direito da personalidade, quando indevidamente utilizado por outrem, pode gerar indenização por danos materiais ou morais, o que o torna redutível a dinheiro. Então, os direitos da personalidade não se excluem do conceito de patrimônio.

As manifestações culturais, de outro lado, embora possam ser de natureza imaterial e não econômica, são atribuíveis ao domínio patrimonial de uma determinada coletividade, o que bem demonstra que a concepção restritiva do direito privado não atende a atual dimensão da noção de patrimônio.

Há, porém, um direito patrimonial da administração pública, embora também seja regido pelo direito privado, pois não se destina ao aproveitamento público no sentido completo do termo. É o que alerta Aldo Sandulli na lição a seguir transcrita:

³²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 589. vol. J-P.

“Ao contrário dos direitos patrimoniais do Estado, que servem a Administração de forma direta e imediata para que esta, fazendo uso deles, proporcione a satisfação de necessidades públicas, os direitos patrimoniais dos entes públicos cumprem a mesma função, em princípio, de forma indireta e mediata. Eles estão sujeitos ao direito privado e não ao direito estadual [...], embora esta lei assuma aspectos especiais em relação a eles [...](Traduzimos)”³²⁵.

É importante ressaltar que o Estado pode ser titular de bens patrimoniais que não se confundem com a propriedade pública. É o caso que ocorre, por exemplo, quando o Estado se torna proprietário de ações, tornando-se, portanto, acionista de uma empresa estatal. No Brasil, o exemplo típico é caso da Petrobrás, na qual o Estado é o acionista majoritário. É um patrimônio, mas não se confunde com a propriedade pública.

O domínio, especialmente o domínio público, aqui enfatizado, é mais amplo que a propriedade, figurando esta como exteriorização daquele, pois pode incluir patrimônio que não, tecnicamente, propriedade. O domínio privado é de natureza subjetiva, pois é interior ao *dominus*, enquanto que a propriedade é de natureza objetiva, ou externa ao *dominus*. Há bens sujeitos ao domínio patrimonial, mas não sujeitos à propriedade pública ou privada, pois a propriedade é apenas uma das formas de patrimônio.

3. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DOMÍNIO

³²⁵ SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952, p. 280-281.

Antes de examinar a matéria é necessário anotar que a dicotomia do domínio segue a dicotomia clássica do Direito (em direito público e privado), o que é uma herança grega, sobre cujos pensadores falamos na introdução do nosso estudo, ainda na atualidade refletindo na ciência do Direito. Na lição de Ronaldo Poletti:

A herança dos gregos refletiu-se no rigor da terminologia jurídica construída pelos romanos, a partir, em grande parte, de uma técnica dicotômica na elaboração de conceitos, denominada divisio, herdada da gramática e da retórica gregas, culminando na escola neoplatônica, já referida de Plotino, cujo discípulo Porfírio criou um sistema lógico binário para as categorias de Aristóteles, estabelecendo a base das classificações entre os gêneros e as suas diferenças específicas. Na filosofia, na retórica e na gramática gregas, encontra-se a origem das dicotomias do direito romano: actio in rem – actio in personam; res corporales – res incorporales; res Mancipi – res nec Mancipi (os gregos tinham uma filosofia sobre as coisas), e, assim por diante, res mobilis – res immobiles; res fungibiles – res infungibiles; res divisibilis – res indivisibilis; coisas sagradas e coisas religiosas; ius scriptum e non scriptum; ius civile – ius honorarium; ius civile – ius gentium; e dentre essas dicotomias a atinente ao ius publicum – ius privatum. A distinção, todavia, na unidade do ordenamento jurídico (duae positiones huius studii) se

*insere em uma realidade viva da pluralidade dos ordenamentos formadores de grupos menores*³²⁶.

É da cultura jurídica ocidental, pois, a dicotomia. Porém, em matéria de conteúdo do domínio, ou seja, aqueles poderes concedidos ao *dominus* e, portanto, do ponto de vista subjetivo, não há qualquer distinção entre o domínio público e o domínio privado. Pode haver limitações em relação à profundidade dos poderes dominiais, mas não em relação à sua existência em si.

O domínio, de uma forma geral, contempla os atributos de uso, gozo, fruição, reivindicação e disposição do bem a ele sujeito. O domínio privado pode ser exercido de forma ampla, até o limite que lhe impuser a lei. Naquilo que a lei não veda, o domínio privado permite ao seu titular o exercício de qualquer de seus atributos, em conjunto ou separadamente. O domínio público, de forma diversa, só pode ser exercido na forma e nos estritos limites estritos que a lei determinar. Mesmo nos casos em que há discricionariedade e incidência do poder de polícia da Administração Pública, o administrador não pode fazer aquilo que bem entender, pois a competência não é um querer imotivado, mas um poder vinculado ao interesse público. Na precisa lição de Hely Lopes Meirelles:

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos pela lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal

³²⁶ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano Público e Privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 131.

e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. De há muito já advertia Jèze: “Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire”. Mais uma vez insistimos nessa distinção, para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como também não se arreceie de usar plenamente seu poder discricionário, quando estiver autorizado e o interesse público o exigir³²⁷.

No domínio privado, a lei só lhe fixa os limites, enquanto no domínio público a lei estabelece a forma para o exercício dos seus atributos, podendo ser vinculada ou discricionária. A relação jurídica estabelecida entre o *dominus* e a coletividade, incidindo sobre o bem material apropriado, tem consequências distintas próprias do regime jurídico adotado, se público ou privado.

A propriedade, por ser a exteriorização do domínio, confere a ele, em relação à apropriação de bens materiais, os seus atributos. O Código Civil Brasileiro, no art. 1.228, *caput*, dispõe que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha”. Então, são atributos do domínio dos bens materiais o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação.

Ainda no mesmo artigo, no parágrafo 1.º, diz a Lei que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com a sua finalidade econômica e social. Essas finalidades econômica e social estão diretamente relacionadas ao objeto da nossa análise, pois a distribuição das terras devolutas deve, em análise de fundo,

³²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: RT, 1988, p. 81.

observar tais finalidades e não mais o interesse exclusivamente privado. Isso porque, conforme já ressaltamos, o direito de propriedade não é ilimitado e o uso já não se exerce com uma finalidade meramente egoísta.

Anote-se que entre os bens materiais estão incluídos os bens devolutos, restando saber se todos os atributos do domínio a eles se aplicam de forma indistinta ou se apenas parte deles pode ser aplicada àquela classe de bens. Desde já, anoto que o uso, o gozo e a disposição de bens sujeitos ao domínio público não seguem as mesmas regras do direito privado, pois estão sujeitos ao regime próprio do direito administrativo. É como leciona João Miranda:

*O domínio privado administrativizado engloba uma massa heterogênea de bens e de direitos pertencentes a entidades públicas, destinadas à prossecução do interesse público e não integrada no domínio público. Assume um caráter residual, uma vez que se define pela negativa por contraposição em relação ao domínio público. Devido à multiplicidade e às particularidades de cada um dos bens nele integrados, é difícil estabelecer um regime geral dos bens do domínio privado administrativizado*³²⁸.

Os bens devolutos por vezes ostentam aparência pública e, em outras vezes, ostentam uma aparência privada e não são genuinamente nenhum dos dois. A Administração Pública não pode usar o bem devoluto, pois a lei não permite, haja vista que é destinada à constituição da propriedade privada e, de discriminada, perde a qualidade de devoluta. De outro lado, o particular não pode dela se apropriar, pois não pode ser adquirida pela prescrição.

³²⁸ *Direito Administrativo dos Bens: Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 192.

Ainda que não seja propriedade pública, dela conserva parte de suas características e, não sendo propriedade privada, a ela se destina. Não é sujeita exclusivamente a nenhum dos dois regimes, mas conserva e expõe as características de ambos.

3.1. O USO

Antes de qualquer exame, são necessários os esclarecimentos sobre o uso em relação à coisa de domínio público e em relação à coisa de domínio privado. O uso é um atributo da propriedade, seja ela privada ou pública. A propriedade, por sua vez, se privada, é a face objetiva do domínio privado, pois não se pode esquecer que a parte subjetiva é o *dominus*. Se a propriedade for pública, é uma das faces do domínio público em sentido estrito, pois no domínio público em sentido amplo, onde também se inclui o domínio eminente, ao lado do domínio público em sentido estrito, a propriedade pública é apenas um dos elementos de um conjunto que contém vários outros elementos.

O uso da coisa de domínio privado tem regramento jurídico diferente do regramento jurídico do uso da coisa de domínio público em sentido estrito.

Do ponto de vista externo, tanto a propriedade pública quanto a propriedade privada contêm os atributos de uso, gozo, gravação e disposição, diferindo, porém, do ponto de vista interno, na disciplina jurídica de cada um deles. O uso da propriedade privada pode ir até onde a lei não proíba expressamente, enquanto que o uso da propriedade pública só pode ser exercido nos estreitos limites do que a lei determina.

Do mesmo modo, o gozo da propriedade privada está sujeito à vontade juridicamente protegida do proprietário, enquanto que o gozimento da propriedade pública está condicionado pela finalidade pública da coisa.

Quanto à disposição e gravame, a propriedade privada é, em regra, disponível e sujeita aos gravames decorrentes da vontade do *dominus*, enquanto que a propriedade pública é, em regra, indisponível, salvo as exceções legais, e não está sujeita a nenhum gravame como direito real de garantia.

A abordagem do uso como atributo do domínio, para a finalidade do nosso estudo, é indispensável, pois, ao final, a terra devoluta, qualquer que seja a sua qualidade jurídica, é uma terra sem uso. Portanto, a abordagem aqui efetuada não é mero apego ao direito privado, mas sim indispensável à compreensão da complexidade do objeto da nossa investigação.

O uso é atributo dominial que confere ao seu titular o direito de ter a coisa consigo, ou juridicamente disponível, percebendo seus frutos, na medida das exigências das suas necessidades e da sua família, o que amplia a sua concepção para se tornar o usufruto. O uso é implícito ao domínio, exteriorizado pela propriedade, e pode ser exercido pelo proprietário, público ou privado, ou por terceiro, quando então será um direito real em favor desse terceiro.

O uso, é importante que se diga, pode ser pela própria administração pública ou pode ser pelos particulares administrados. Quando usados pelos particulares, Diogo Freitas do Amaral³²⁹ classifica o uso em *uso comum*, *uso especial* e *uso excepcional*, o que o próprio autor traduz em uso comum, uso permitido por

³²⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1971, p. 31-32.

licença e uso permitido por concessão. A doutrina do uso comum é uma construção francesa e alemã³³⁰, cuja fonte varia ao longo do tempo, sem interferir na sua essência. O uso comum começa com a forma consuetudinária, avançando para uma forma legislativamente regulada. A nota comum a ambas as formas é a natureza da coisa usada, presumindo-se que uma estrada, tão logo aberta, destina-se ao uso comum, pois essa é a sua natureza. A consequência jurídica é que *“com as restrições impostas pela lei, ou pelos regulamentos, o uso comum do domínio público é permitido a todos”*³³¹. As restrições impostas pela lei normalmente se referem ao uso nocivo da coisa sujeita ao domínio público, o que não pode ser tolerado.

O uso não se confunde com a posse, pois esta é uma situação de fato, enquanto aquele é um direito, embora, como adverte Bonfante, os institutos tiveram desenvolvimento paralelo, provavelmente ao tempo de Justiniano. A posse pode preceder ao direito de uso, mas com ele não se confunde. O uso é uma construção paralela à posse, como ensina Bonfante:

*“A construção do uso da servidão como conceito paralelo à posse é provavelmente obra de Justiniano, não senão a quase traditio ou a longi temporis praescriptio da servidão, instituição esta que deu origem à progressiva alteração conceitual da posse (Traduzimos)”*³³².

Aliás, a posse, se exercida pelo Estado em relação a um bem sujeito à propriedade privada, caracteriza a desapropriação indireta, sujeitando o possuidor ao pagamento da prévia e justa

³³⁰ Ibid, p. 51-52.

³³¹ Ibid, p. 57.

³³² BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 5.^a ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1912, p. 346.

indenização em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil), enquanto que o mero uso não caracteriza a desapropriação indireta, embora sujeite o Estado ao pagamento de indenização, porém, em montante menor.

Enfim, direito de uso não se confunde com a posse, embora, do ponto de vista externo, aparentem ser idênticos. Ainda que diferentes, o uso depende da posse:

(...) Pela tomada de posse, a coisa recebe o predicado de ser minha, e a vontade tem com ela uma relação positiva. Nessa identidade, a coisa é igualmente posta como um negativo, e minha vontade, nessa determinação, é uma vontade particular, carecimento, bel-prazer etc. Mas meu carecimento, enquanto particularidade de uma vontade, é o positivo que se satisfaz, e a coisa, enquanto o negativo em si, é somente para ela e a serve. – O uso é essa realização de meu carecimento pela transformação, aniquilamento e consumo da coisa, cuja natureza, desprovida de si, é assim manifestada e preenche sua determinação. Que o uso seja o aspecto real e a efetividade da propriedade, a representação o entrevê confusamente, quando ela vê a propriedade, de que não se faz nenhum uso, como morta e sem dono, e quando, por ocasião de uma apropriação dela que contraria o direito, ela menciona como razão que não foi usada pelo proprietário³³³.

O uso é o aspecto visível da posse, já que esta é um poder físico, como alerta Maynz, dando conta que: “A posse é o poder que um homem exerce sobre uma coisa, com a intenção de tê-la para si

³³³ HEGEL, G.W. F. *Filosofia do Direito*. Tradução de Paulo Menezes, Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010, p. 95.

(Traduzimos)”³³⁴, e a projeção da vontade em uma coisa específica. Embora o uso seja a visibilidade da posse, juridicamente, são conceitos que evoluíram paralelamente. É possível haver o uso sem a propriedade, como é o caso do uso do arrendatário e do locatário, pois não se exige que o arrendante ou locador sejam proprietários. Basta que tenham a posse. Se é possível haver o uso sem a propriedade, é impossível haver o uso sem a posse.

A propriedade, como reflexo externo de uma vontade interna, depende dessa vontade para continuar sob o domínio de alguém. Alguém só será *dominus* se sua vontade for exteriormente projetada numa coisa, através do uso. A não projeção dessa vontade implica no não uso da coisa, dando espaço para que outro dela se aposses, caracterizando a sua alienação pela vontade de não usar. O não uso pode se expressar pelo abandono (*res derelicta*) ou pela legitimação da posse de outrem, acarretando, neste último caso, na usucapião.

As terras devolutas do Brasil, incluídas no domínio público em sentido amplo, ainda que não possam ser usadas pela União, Estados ou Municípios, são da espécie *ad interdicta*, ou seja, legitima o manejo dos interditos possessórios por parte do ente público respectivo, pois como leciona Maria Helena Diniz:

*“A posse ‘ad interdicta’ é a que pode amparar-se nos interditos ou ações possessórias, na hipótese de ser ameaçada, turbada, esbulhada ou perdida. Devendo ser para tanto uma posse justa”*³³⁵.

³³⁴ MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. 4.^a ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876, p. 632.

³³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62.

Na dicção de Tito Fulgêncio, a posse *ad interdicta* “...é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim da sua utilização econômica...”³³⁶, o que abrange com perfeição a relação entre o ente público e a terra devoluta, de modo a legitimá-lo ao manejo dos interditos possessórios.

Nessa linha, as terras devolutas no Brasil, assim como outros bens devolutos, por serem de uso vedado à União, aos Estados e aos Municípios, criam graves conflitos sociais, pois são apossados por terceiros que se entregam ao seu uso irregular. A posse, em casos tais, é irregular e, por si, não levará a aquisição da propriedade, pois as terras devolutas não se sujeitam a aquisição pelo decurso do tempo ou prescrição, o que exige do Poder Público uma atuação incisiva, posto que só ele pode regularizar o uso através da atribuição das terras devolutas aos particulares e tem a posse *ad interdicta* com essa finalidade.

É importante notar que nem todos os bens sujeitos ao domínio podem ser objeto de projeção externa da vontade, pois eles mesmos, assim como a vontade, são internos ao agente, embora sejam finitos. Assim, tais bens podem ser usados, mas não alienados a terceiros, pois a vontade não os projeta ao exterior. É o caso dos direitos da personalidade, da vontade, da ética, da moral e da religião. Por isso, o uso de tais bens imateriais, quando regulado pelo direito, não se sujeita ao tempo e, por isso, são imprescritíveis e não sujeitos à decadência. A noção de tempo e o seu valor, por exemplo, são internos ao agente, mas podem ser alienados a terceiros, como ocorre nas jornadas de trabalho, onde são projetados ao exterior o tempo e a força de trabalho.

³³⁶ FULGÊNCIO, Tito. *Da Posse e das Ações Possessórias*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 10. V.1.

O uso, enquanto direito real incidente sobre coisa alheia, não se confunde com o atributo de uso contido na propriedade e, conseqüentemente, no domínio. É o que leciona a doutrina civilista mais atenta:

*O uso não consiste no desmembramento da faculdade de usar contida no domínio, como afirmam os que admitem a formação dos direitos reais na coisa alheia pelo fracionamento da propriedade; mas para fixar mais inteligivelmente seu conteúdo e distingui-lo do usufruto, a concepção do desmembramento de poderes inerentes ao domínio ajuda. Ao usufrutuário corresponderiam: o jus utendi e o jus fruendi. Ao usuário apenas o jus utendi, isto é, o direito de usar a coisa alheia sem percepção dos seus frutos. Era esse o conceito de uso do Direito Romano (...)*³³⁷.

Não se confunde porque o uso, quando não exercido pelo proprietário, é um direito real que precisa ser constituído no órgão registrário competente, enquanto que, se exercido pelo proprietário, não necessita da intervenção de qualquer órgão registrário externo, pois já está implícito no direito de propriedade.

Nem sempre o uso será decorrente do desmembramento da faculdade de uso contida no domínio, como ocorre na posse, mas nada impede que o proprietário ceda o uso temporário da coisa a terceiro, possibilitando a locação, o arrendamento e o comodato. Porém, a titularidade do direito de uso permanece com o proprietário. Esgotado o prazo da cessão ao terceiro, a propriedade se completa em mãos do *dominus*.

³³⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 309.

O uso contido no domínio é próprio do *dominus*, enquanto que o direito real de uso, incidente sobre coisa alheia, é conferido a um terceiro e não inclui o direito de colheita dos frutos, civis ou naturais. No campo do direito público, o uso do bem público, quando transferido ao particular, pode ser feito através da autorização, permissão ou concessão, o que nos remete ao polêmico campo dos direitos reais administrativos ou direito administrativos das coisas. Se exercido pelo próprio ente público, o uso pode ser comum ao povo ou especial da Administração Pública.

Em resumo, do ponto de vista da técnica do direito, o direito real de uso não se confunde com o atributo de uso de propriedade conferido ao *dominus*, pois é implícito e da natureza do direito de propriedade.

Na dicção da doutrina portuguesa, o uso é a nota distintiva entre o domínio público e o domínio privado, pois aquele se caracteriza pelo uso público direto e imediato, notadamente quando a lei não atribui à coisa a qualidade pública³³⁸. O uso público é da essência da coisa pública. Então, se a coisa não é afetada o uso público, cabe-lhe a qualidade de coisa privada (Art. 98 do Código Civil Brasileiro. O Código Civil Português não tem disposição específica sobre a matéria). Com isso não queremos dizer que somente as coisas afetadas ao uso público são do domínio público, mas que o uso público é uma das suas características essenciais e não só em Portugal (art. 25º e 26º do Decreto-lei nº 280, de 07 de agosto de 2007) como também no Brasil ou em qualquer Estado.

³³⁸ ANDRADE, Manuel. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1960, p. 282. VI.

A coisa pública, ou seja, o bem público é para ser usado, pois não tem sentido o seu estoque especulativo, somente estoque para uso. Aqui é oportuna a posição de Thiago Marrara:

Como bens de uso, tais objetos, móveis ou imóveis, devem ser compulsoriamente geridos como meios de satisfação direta de necessidades da coletividade. Trazendo-se tal noção para o campo dos bens públicos, é possível sustentar que a Administração Pública não deve estocá-los, vedar sua função primária de ser usado por alguém, nem mantê-los em seu patrimônio somente para fins especulativos ou de mero investimento. O não usar é omissão incompatível com o desejo do legislador. Mas não é o uso por qualquer pessoa que serve para caracterizar esse tipo de bem público. Nesse ponto, a divergência do conceito administrativista em relação à propriedade em sentido tradicional é gritante. No direito privado, segundo Luciano de Amargo Penteado, “o imbricamento entre uso e personalidade é imediato. Usar designa genericamente a ação que o proprietário exerce sobre o bem no sentido de extrair do mesmo benefícios ou proveitos diretos (...). Esta faculdade orienta-se a uma função individual que tem a propriedade, a qual permite prover àquilo que o titular pode retirar diretamente do bem”.² No direito administrativo, o uso do bem em discussão é completamente avesso a esse imbricamento entre titular e objeto, típico do direito privado. A definição legal prevê um destinatário específico que não é o proprietário. Em outras palavras, tais bens pertencem a entidades de direito público interno, porém não se destinam de modo primário ao uso por essas entidades proprietárias, senão por terceiros incluídos no conceito de povo. Na teoria do Estado e no direito

internacional público, intensas são as discussões sobre o destinatário dos bens de uso comum. E, por isso, resta saber: quem está abrangido pelo termo “povo” para fins de interpretação do Código Civil (art. 99, I)³³⁹.

Acerca do uso, especialmente do uso comum, Diogo Freitas do Amaral³⁴⁰ estabeleceu uma hierarquia de uso comum, verificando-a nas formas de uso comum ordinário e de uso comum extraordinário, sendo que este não pode prejudicar aquele. Como uso comum ordinário, menciona o autor o uso de uma estrada para o tráfego e o uso de um rio navegável para fins de navegação, notando-se que esse uso é da natureza da coisa. De forma diversa, aquele uso de uma coisa, quando feito de anormal à sua natureza, será considerado um uso extraordinário.

O uso de um bem público, a nosso ver, não é faculdade do Poder Público, mas sim um dever, embora, como se extrai da redação do artigo 99, inciso I, do Código Civil Brasileiro, torne-se necessário saber o que podemos considerar povo, para fins de uso dos bens públicos. No sentido político, o povo é constituído pelas pessoas que tem direito a voto e podem ser votadas como candidatas a algum cargo público eletivo. Não é esse o sentido adotado pelo dispositivo examinado, o qual nos induz a entender a expressão povo como sendo a totalidade das pessoas, inclusive as pessoas jurídicas, e não somente no sentido político. Note-se que as pessoas jurídicas não podem ser privadas do uso de uma estrada, por exemplo, se o fizer de acordo com a lei. Então, no conceito de

³³⁹ MARRARA, Tiago. *Uso do bem público*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico) : direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 7-8.

³⁴⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1971, p. 74-76.

povo, para os fins do Código Civil Brasileiro, estão incluídas as pessoas físicas e as pessoas jurídicas.

Estabelecido o sentido que o Código Civil atribui à expressão povo, é perfeitamente possível que o uso do bem público de uso comum do povo seja transferido a empresas privadas, com a finalidade de prestação de serviços públicos, cumprindo assim o Estado o seu poder-dever de uso do bem. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro já decidiu sobre a matéria, confira-se a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER- DEVER (grifamos). INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inseridas na categoria dos bens de uso comum do povo. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele

constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar. 5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná³⁴¹.

O uso, como atributo do domínio e do direito de propriedade, pode ser, repita-se, privado ou público, havendo casos de propriedade privada de uso público e de propriedade pública, cujo uso pode ser permitido ou concedido ao particular. No primeiro caso, temos as requisições dos bens privados para uso público, enquanto que, no segundo, a transferência de uso de um bem que esteja sob o domínio público, ocorrerá por meio da autorização, da permissão ou da concessão, institutos de direito administrativo que se sujeitam a disciplina jurídica específica.

O uso do bem de domínio público por particulares é matéria que divide a doutrina administrativista, quando trata da classificação da espécie de utilização, anotando-se distinções nos

³⁴¹ Brasil, Distrito Federal, Recurso Especial nº 581.947-RO, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro. EROS GRAU, Diário da Justiça Eletrônico de 27.05.2010. Texto integral disponível em: <www.stf.jus.br>.

critérios adotados por cada corrente. Duas são as grandes correntes do pensamento jurídico acerca do tema, chamadas de corrente tripartida e corrente bipartida.

A primeira corrente conta com Otto Mayer³⁴², Garrido Falla e Marcelo Caetano e classifica a utilização do bem de domínio público em uso comum, uso especial e uso privativo. Marcelo Caetano³⁴³, porém, divide o uso comum em ordinário e extraordinário. O uso comum é aquele uso para o qual a coisa foi destinada ordinariamente. É possível, em caráter temporário, que o uso comum seja extraordinário, ou seja, aquele que não é feito de acordo com a destinação natural da coisa, mas que não contraria essa natureza. Em outras palavras, a coisa de domínio público comporta aquele uso extraordinário, embora não seja aquela a sua finalidade.

O uso especial³⁴⁴, que pode ser concedido por licença administrativa, confere ao particular a fruição característica de um proprietário, com os poderes a ela inerentes.

O uso privativo³⁴⁵, por sua vez, confere ao particular a fruição de todas as faculdades inerentes ao domínio. É a espécie uso que pode ser transferida ao particular por licença, permissão ou autorização. Mesmo o bem de uso privativo pode comportar o uso excepcional, conforme leciona Garrido Falla³⁴⁶.

³⁴² MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1896, p. 110.

³⁴³ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1960, p. 597-600.

³⁴⁴ FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Labor, 1933, p. 300.

³⁴⁵ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1960, p. 596.

³⁴⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 446. V. II.

De outro lado, a segunda corrente propõe uma classificação bipartida de uso do bem de domínio público pelos particulares, ou seja, para esta corrente há apenas um uso comum e um excepcional ou especial. Nessa corrente estão, em especial, os administrativistas italianos Alessi³⁴⁷, Santi Romano³⁴⁸, D'Alessio³⁴⁹ e Aldo Sandulli³⁵⁰, e os administrativistas franceses, entre eles Maurice Hauriou³⁵¹, Waline³⁵², Duez³⁵³ e Laubadère³⁵⁴.

As classificações adquirem relevância quando se tem conta a intensidade do uso e o risco dela decorrente.

3.1.1. As formas de transferência de uso do bem público no direito brasileiro.

O uso é um dos traços distintivos mais importantes da coisa de domínio público. Por isso, é natural que a sua transferência aos particulares comporte estudos doutrinários sobre as formas e espécies de transferência, além das peculiaridades anotadas em cada ordenamento jurídico. No Brasil, Hely Lopes Meirelles adotou a classificação bipartida de uso dos bens do domínio público, lecionando que:

³⁴⁷ ALESSI, Renato. *Sistema de Istituzional dil Diritto Amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 398-399.

³⁴⁸ ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Amministrativo*. Padova: CEDAM, 1937, p. 192.

³⁴⁹ D'ALESSIO, Francesco. *Istituzione di Diritto Amministrativo italiano*. 4.^a ed. Torino: Torinese, 1949, p. 78. V. II.

³⁵⁰ SANDULLI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*. P. 357.

³⁵¹ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 11.^a ed. Paris: Sirey, 1927, p. 682 e 684.

³⁵² WALINE, Marcel. *Manual Élémentaire de Droit Administratif*. 4.^a ed. Paris: Recueil Sirey, 1946, p. 447.

³⁵³ DUEZ, Paul, DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1952, p. 792.

³⁵⁴ LAUDADÈRE, Andre. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 2.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 775.

“Os bens públicos ou se destinam ao uso comum do povo ou a uso especial. Em qualquer desses casos o Estado interfere como poder administrador, disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar a sua normal utilização, tanto pela coletividade, quanto pelos indivíduos, como ainda pelas repartições administrativas”³⁵⁵.

Na mesma linha, Cretella Júnior, leciona que os bens de domínio público são de uso comum ou de uso especial³⁵⁶. Ainda com a classificação bipartida, Diógenes Gasparini fala em uso comum e uso privativo³⁵⁷, mas o justifica como sendo um uso especial. Na lição, *in verbis*:

“...os bens públicos que integram a patrimônio do Estado, especialmente os catalogados pela legislação civil (...), prestam-se, ainda, a utilizações privativas. Em outras palavras, podem ser utilizados de modo especial por qualquer pessoa. Essa é a orientação, desde que a utilização satisfaça a um interesse público, não desvirtue a destinação, não importe a alienação e sejam atendidos e sejam atendidos, previamente, os requisitos legais. É o que se depreende do regime jurídico que marca, indelevelmente, os bens públicos e das regras que ensejam o trespasse do uso. O uso privativo não transfere a propriedade do bem, mesmo que prolongado.

³⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 433.

³⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 557.

³⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 467.

(...) O domínio, portanto, continua a pertencer ao Poder Público”³⁵⁸.

Em trabalho nosso, sobre essa matéria, entendemos que “O uso não é exclusivo do proprietário, embora seja, uma das formas de exteriorização do direito de propriedade, pois pode ser conferido a terceiros”³⁵⁹. Por uma questão de coerência, não mudamos a nossa posição, pois, mesmo sendo privativo, o uso da coisa de domínio público pode ser transferido a particulares.

O uso privativo pode ser transferido aos particulares, sem que isso implique em transferência de domínio e sem que haja violação à regra da inalienabilidade dos bens públicos, o que pode ser feito por meio de *concessão de uso*, de *permissão e autorização de uso*, de *concessão de direito real de uso* (quando o bem a ser usado for terreno, conforme previsto no artigo 7.º do Decreto-lei n.º 271/67³⁶⁰), *cessão de uso*, *locação*, *aforamento* e *comodato*.

A autorização tem como nota distintiva o seu caráter de precariedade, ficando a Administração Pública com a prerrogativa de revogar, a qualquer momento, a autorização de uso, seja ela gratuita ou remunerada. É um ato unilateral e discricionário da Administração Pública. Na autorização de uso, predomina o interesse do particular, ficando a Administração com a prerrogativa de revoga-la.

A autorização pode ser simples ou qualificada. É simples aquela autorização para a qual não foi fixado prazo de validade. É qualificada aquela autorização de uso, cuja duração foi previamente

³⁵⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 468.

³⁵⁹ *Direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas*. Franca (SP): Lemos & Cruz, 2003, p. 55.

³⁶⁰ Texto integral disponível em <
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-271-28-fevereiro-1967-378103-norma-pe.html>>.

estabelecida, como é o caso, por exemplo, da autorização para o desvio de águas de um curso natural para fins de irrigação (Código de águas).

A permissão visa, ao mesmo tempo, atender um interesse público e um interesse privado, embora também seja um ato unilateral da Administração Pública, precário e discricionário. Nesse sentido é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina, é ato unilateral e precário, intuito personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários (...). Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente quando: a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada. Em suma, e para melhor caracterizar os casos de seu cabimento, poder-se-ia dizer que seu préstimo ajustar-se-ia às hipóteses em que a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização – traço que se lhe dava como característico – não acarretaria consequências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto

*aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias*³⁶¹.

O exemplo mais característico são as permissões de uso dos espaços de mercados públicos e de feiras livres. Assim vista, a permissão parece simples, mas é matéria que suscita viva controvérsia na doutrina administrativista, chegando ao ponto de alguns, como Cretella Júnior, dividi-la em permissão simples e qualificada, ficando limitada, nesta última espécie, a discricionariedade da Administração Pública, como adverte Eros Roberto Grau³⁶².

Sobre a concessão, Marcello Caetano³⁶³, em publicação brasileira, leciona que tem sido usada para criar serviços públicos novos; para libertar a administração pública da gestão ruinosa de serviços existentes; e para aproveitar os benefícios da iniciativa privada dentro da disciplina do interesse público. É nessa última acepção que tratamos da concessão, pois não é objetivo do nosso trabalho o estudo dos serviços públicos.

A *concessão*, de outro lado, tem natureza contratual, não é precária, embora conserve a discricionariedade em favor da Administração Pública quanto a celebrar ou não o contrato. É um contrato, mas regido pelo direito público. A concessão é a modalidade mais utilizada quando há necessidade de investimentos privados em uma obra ou serviço de interesse público, como é caso da concessão de estradas de rodagem e de estradas ferroviárias. A

³⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 701-702.

³⁶² "...além do termo de duração fixado (permissão qualificada), a discricionariedade da Administração deixa de ser absoluta" (*Concessão de Direito Real de Uso – Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público e Empresas Estatais Prestadoras de Serviço Público*. *Revista Trimestral de Direito Público*, 1993, n.5, São Paulo, Malheiros, p. 75-97).

³⁶³ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 295.

concessão, segundo Jean Rivero, tem “*por um lado, um serviço público submetido aos imperativos do interesse geral; por outro lado, um particular que só aceita a gestão enquanto movido pela realização do seu interesse pessoal*”³⁶⁴. Evidentemente, o particular é movido pelos seus próprios interesses econômicos, o que o faz figurar como contratante com o Poder Público, mesmo ciente de que este tem uma posição de supremacia. A vantagem esperada supera o risco estimado.

A *concessão de direito real de uso* é resolúvel e tem a finalidade de regularização fundiária, o que se extrai do artigo 7.º, *caput*, do Decreto-lei n.º 271/67, a seguir transcrito: “*É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas*”. Aliás, este é o fundamento pelo qual as terras devolutas, ao serem discriminadas, tornam-se bens de propriedade pública e, em seguida, são transferidas aos particulares, instituindo-se um direito real de uso, de natureza resolúvel, com a finalidade de constituição da propriedade privada.

A locação, o aforamento e o comodato são espécies de contratos regidas pelo direito privado, onde Estado se apresenta em situação de igualdade com o particular, pois não há a supremacia do interesse público no contrato. Não é um contrato administrativo, embora seja um contrato celebrado pela administração pública, onde o uso privativo do bem de domínio

³⁶⁴ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 520.

público é transferido a um terceiro, que pode ser pessoa física (natural) ou jurídica (coletiva).

3.1.2. A transferência de uso do bem de domínio público ao particular no direito português.

Sobre a matéria transferência do domínio público, Marcello Caetano, deixou assentado que, embora a administração pública possa transferir ao particular o uso e gozamento dos bens de domínio público, não se verifica qualquer mutação dominial, pois, segundo ele:

“o titular dos reais administrativos ou direitos dominiais (referindo daqui por diante o adjetivo dominial sempre e apenas ao domínio público) deve ser uma pessoa jurídica de direito público. Pode esta pessoa transferir o exercício desses direitos para entidades privadas, mas a raiz dos direitos, a sua titularidade, o senhorio, permanece nas entidades públicas”³⁶⁵.

Uso e o gozamento podem ser transferidos aos particulares, restando saber qual o instrumento jurídico dessa transferência.

O que se extrai é que o uso comum, quando transferido ao particular, é feito por ato unilateral da administração pública, podendo a qualquer momento ser revogado. Em relação ao uso privativo do bem de domínio público pelo particular, não nos parece haver dúvida que deva ser feito por ato bilateral, geralmente pela concessão.

³⁶⁵ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 411.

O título constitutivo do direito de uso pode, então, ser unilateral ou bilateral³⁶⁶. No primeiro caso estão as permissões, licenças e autorizações, enquanto que no segundo caso estão as concessões, arrendamentos, as locações e os comodatos.

No direito administrativo português, Diogo Freitas do Amaral assinala que o “*uso comum é permitido, portanto, a todas as pessoas físicas*”³⁶⁷. Porém, em relação ao uso comum pelas pessoas jurídicas, argumenta que elas só podem fazê-lo em dados termos, pois, no caso de tráfego de animais em vias públicas, é necessária a prévia autorização da administração pública³⁶⁸. O que se nota é que, na essência, a funcionalidade do bem de domínio público é diferente para o usuário pessoa física e para o usuário pessoa jurídica, mas em qualquer desses casos o regime a ser observado é sempre o regime jurídico de direito público. Marcello Caetano leciona que a utilidade não é inerente à espécie de bem, mas sim à sua utilidade:

*“...a utilidade pública não é inerente à espécie dos bens, mas sim funcional, isto é, resultante de função que lhes seja por lei atribuída. É daí que, enquanto os bens com utilidade inerente devem ser submetidos ao regime de direito público, os bens com utilidade pública funcional apenas possam sê-lo”*³⁶⁹.

Ora, se a função daquele bem de domínio público é o trânsito de pessoas, o tráfego de animais já é da sua função normal. Como são utilidades diferentes para o mesmo bem, o instrumento administrativo que o constitui também será diferente.

³⁶⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 166-167.

³⁶⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 57.

³⁶⁸ Ibid, p. 59-60.

³⁶⁹ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 413.

O uso e o gozamento, transferidos ao particular por meio de concessão, terá sempre em vista a prestação de um serviço público ou a construção de uma obra³⁷⁰, figurando a administração pública como o dono, tal qual ocorre no direito privado³⁷¹. Isso não implica, pelo visto, em qualquer mutação dominial, pois os bens no regime de domínio público estão fora do comércio privado³⁷² e, por isso, não podem ser alienados ao particular, salvo no caso das desafetações. Em regra, são bens inalienáveis.

Em resumo, no Direito português, assim como no Direito brasileiro, a transferência de uso e gozamento do bem de domínio público, por si, não implica na mutação dominial e nem cria qualquer direito real em favor do particular.

No Direito brasileiro, a exceção a essa regra fica por conta da concessão de uso das terras devolutas, que cria um direito real de uso resolúvel (art. 7.º do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967).

3.1.3. A transferência de uso do bem de domínio público no direito europeu comparado.

No direito administrativo francês a transferência do direito de uso do bem de domínio público aos particulares ocorre por meio de concessão, em regra, o que confere ao particular o uso exclusivo da coisa, pois, como assinala Journé³⁷³, o Estado não interfere como operador do direito. Ao contrário, protege o uso e gozamento do bem levado a efeito com uma finalidade pública.

³⁷⁰ Ibid, p. 221.

³⁷¹ Ibid. p. 223.

³⁷² Ibid, p. 421.

³⁷³ JOURNÉ, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 3.ª ed. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1925, p. 399.

Laubaudère³⁷⁴, por sua vez, leciona que o uso normal do bem de domínio público pode ser transferido ao particular por simples autorização ou por concessão. Em qualquer caso, a ocupação privada e não mais o uso comum, passa a ser o uso normal da coisa. A autorização, segundo ele, deve ser prévia, e a administração pública perde a discricionariedade para revoga-la. Adverte o jurista que a concessão de espaços em mercados públicos, embora sejam chamadas de concessão, tem a feição e conteúdo de autorização. Alerta ainda que a concessão tem caráter contratual e as condições da sua celebração não podem ser modificadas unilateralmente³⁷⁵. Duas questões se apresentam: (a) se o particular a quem foi transferido o uso ocupa o lugar da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado. (b) se pode ser considerado como exercendo um direito real sobre o bem de domínio público.

A estas indagações, duas correntes de pensamento se formaram. A primeira corrente, capitaneada por Leon Duguit³⁷⁶ e por Gaston Jèze³⁷⁷, sustenta que o particular a quem o uso é transferido tem a mesma qualidade jurídica de qualquer usuário de serviço público, com seus poderes se resumindo ao poder de uso conforme a destinação do bem. A segunda corrente, capitaneada por Maurice Hauriou³⁷⁸, vê no uso privado que implica na ocupação do bem, uma individualização suficiente sobre uma parte do domínio, de modo a se constituir não em direitos reais civis, mas sim em direitos reais administrativos.

³⁷⁴ LAUBAUDÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 2.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 766.

³⁷⁵ Ibid, p. 767.

³⁷⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2.^a ed. Paris: Fontemoing, 1923, p. 52-53 e 384-385. T. 2.

³⁷⁷ JÈZE, Gaston. Définition du domaine public, *Revue du Droit Public*, t. 48, ano XXXVIII, p. 763, 1931.

³⁷⁸ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 11.^a ed. Paris: Sirey, 1927, p. 718.

Berthelemy³⁷⁹ leciona que a permissão de ocupação temporária não confere ao particular nenhum direito real³⁸⁰. Ao contrário, fala que a concessão é contrato é contrato sinalagmático³⁸¹, mas não discorre sobre o direito constituído pelo contrato, se é pessoal ou real, embora dê a entender que é um direito real de uso³⁸².

A doutrina administrativista italiana fala em licença e concessão³⁸³, sendo a primeira de natureza precária e discricionária, e a segunda de natureza contratual, mas também não há distinção se o direito resultando dessa relação contratual é de natureza pessoal ou de natureza real³⁸⁴.

A maioria da doutrina administrativista, porém, se inclina pela existência de um direito subjetivo pessoal. Nessa linha estão Santi Romano³⁸⁵, Guicciardi³⁸⁶, Bodda³⁸⁷, Sandulli³⁸⁸, Silvestri³⁸⁹, Zanobini³⁹⁰, Affonso Queiró³⁹¹ e Ana Moniz³⁹².

³⁷⁹ BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 467.

³⁸⁰ Ibid, p. 467.

³⁸¹ Ibid, p. 474.

³⁸² Ibid, p.543-544.

³⁸³ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 36 e 60 v. IV.

³⁸⁴ SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952, p. 268-269.

³⁸⁵ ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Amministrativo*. Padova: CEDAM, 1937, p. 202.

³⁸⁶ GUICCIARDI, Enrico. *Il Demanio*. Pádova: CEDAM, 1934, p. 180.

³⁸⁷ BODDA, Pietro. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, p. 229. V. 1.

³⁸⁸ SANDULLI, Aldo M. *Beni Pubblici*. Enciclopedia del Diritto, 1959, p. 277. V. 5 *anuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952, p. 268-269.

³⁸⁹ SILVESTRI, Enzo. *Concessione amministrativa*. Enciclopedia del Diritto, 1961, p. 370. V. 8.

³⁹⁰ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 36. v. IV.

³⁹¹ QUEIRÓ, Affonso. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1959, p. 31. V. II.

³⁹² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio público: O critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra: FDUC, 2003, p. 329.

A questão de saber se o direito decorrente do contrato é um direito pessoal ou um direito real de uso, é de grande importância, pois se for um direito pessoal de uso do particular, o Estado que o permitiu, licenciou ou concedeu deve garantir o seu uso desembaraçado ao particular, pondo-se a terceiro que perturbe ou embaraço o uso. De outro lado, se for um direito real de uso, nessa qualidade, o usuário pode se opor, por si mesmo, a qualquer pessoa que perturbe ou embaraço o exercício do seu direito real de uso, cabendo-lhe, necessariamente, a manutenção do bem concedido em uso.

A conclusão à qual se chega é de que nem toda a concessão será um direito pessoal e nem toda concessão será um direito real de uso. As concessões de rodovias e estradas, por exemplo, não conferem ao concessionário um direito real administrativo de uso, apenas a posse para fins de uso, cabendo ao Estado se opor a terceiro que embaraço ou perturbe aquele uso. De outro lado, a concessão de jazigos em cemitérios públicos confere ao concessionário um direito real de uso oponível a terceiros, inclusive ao próprio Estado, mas cabe ao particular o dever de prover a manutenção daquela fração de terra, dando-lhe a destinação de acordo com a sua finalidade.

Otto Mayer³⁹³ nega a concessão estatal do direito de uso, ficando uso pelo particular como mera tolerância ou permissão. Se negada a concessão do direito de uso pelo doutrinador alemão, não faz sentido discutir se o direito negado seria pessoal ou real.

³⁹³ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1896, p. 110-113.

3.2. O GOZO

É o direito de auferir os frutos, naturais ou civis, do bem sujeito ao domínio, bem como da sua utilidade. Em outro trabalho de nossa lavra, deixamos anotado que o “*direito de gozo contém o direito de uso, pois quem exerce o gozo da coisa, necessariamente, a está usando. Por isso, o direito de gozo é mais amplo que o direito de uso, pois naquele o proprietário não se satisfaz com a simples colheita dos frutos da coisa, mas chama a sai a faculdade de fazer a coisa frutificar ou de deixa-la ociosa*”³⁹⁴. No direito privado, quando o gozo do bem apropriado é conferido a terceiro, ter-se-á o usufruto. É um atributo do domínio e, como tal, só se constitui em direito real quando conferido a terceiro. Enquanto em poder do *dominus*, o gozo é inerente à propriedade plena e um atributo do domínio³⁹⁵. Ocorre que o gozo pode existir sobre bens não apropriáveis, como ocorre na exploração pesqueira nas águas da plataforma continental. Então, pode existir juridicamente o gozo sobre a coisa, independentemente da propriedade pública ou privada, mas apenas sujeita ao domínio no sentido amplo, o que inclui a coisa sujeita ao domínio eminente.

O gozo dos bens públicos sempre terá em vista o interesse público, não se possibilitando ao administrador Público o gozo privado dos bens públicos por ele administrados. O gozo dos bens públicos é meio para a realização do bem comum, estrela que norteia a atividade administrativa em última análise. Na lição de Laubadère:

³⁹⁴ *O Direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas*. Franca (SP): Lemos & Cruz, 2003, p. 55.

³⁹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 36.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 286.

“A propriedade do domínio público difere significativamente em seu regime da propriedade privada. Quando analisamos essas diferenças vemos facilmente que elas estão vinculadas e mensuradas à atribuição do domínio. Podemos, de fato, dar uma ideia geral dizendo que a administração pode extrair todas as consequências ordinárias normais do direito de propriedade, ou seja, lucrar com a utilidade econômica do bem para uso ou serviço público não é comprometido ou constrangido. Essa ideia do solvente é expressa pela expressão ‘propriedade de cessão’. Esta particularidade do regime de propriedade estatal leva a questionar se e em que medida esta propriedade difere na sua natureza da propriedade privada (Traduzimos)”³⁹⁶.

O gozo da coisa pública não pode ser incompatível com a sua finalidade, que é atender ao bem comum. Por isso, na mesma linha é o posicionamento de Journé:

“Os bens de domínio público são susceptíveis de dar origem a frutos e o Estado pode aproveitá-los, desde que essa utilização não seja incompatível com o seu destino, que é o de servir para uso de todos (traduzimos)”³⁹⁷.

A nota distintiva é a finalidade pública do bem, que não pode ser contrariada. A administração pública pode colher os frutos naturais ou civis do bem sujeito ao domínio público, desde que não contrarie a sua finalidade.

Não há qualquer dúvida de que o Estado tira vantagens da coisa sob o domínio público, o que já era anotado Bethélemy:

³⁹⁶ LAUBAUDÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 2.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 717.

³⁹⁷ JOURNÉ, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 3.^a ed. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1925, p. 273.

“O Estado aproveita as facilidades dadas à circulação de pessoas e coisas. Estas facilidades são causas de aumento de riqueza, pois permite a melhor e mais útil distribuição dos produtos da terra e do trabalho. Toda a civilização está ligada a ela; uma das fontes mais frutíferas do progresso econômico é a possibilidade de trocas cada vez mais seguras pela maior facilidade de transporte (Traduzimos)”³⁹⁸.

Os bens devolutos, em regra, não são bens de propriedade pública, mas sim bens, incluindo as terras devolutas, sujeitos ao domínio eminente, já que não afetos a nenhuma atividade pública específica. Não é rara a constatação do gozo de bens devolutos por particulares, o que juridicamente é possível, desde que não vedado pelo ordenamento do País. No ordenamento jurídico brasileiro, em razão da destinação das terras devolutas, não é juridicamente possível o gozo de bens devolutos por particulares, salvo nas hipóteses em que já está em andamento o processo de transferência da propriedade àquele particular específico.

O uso e gozo irregular dos bens devolutos no Brasil é um problema que gera consequências que vão além do interesse privado. Primeiro, os apossamentos das terras devolutas da Amazônia Legal geram conflitos fundiários que, em sua maioria, ainda não foram resolvidos ou, embora já existentes, ainda não chegaram ao conhecimento do Estado. Segundo, o exercício do garimpo e da extração de madeiras, também na Floresta Amazônica, causa danos ambientais, cuja reparação é exigida do Estado.

Há uma semelhança entre o uso e gozo das terras devolutas no Brasil e o uso e gozo dos baldios em Portugal. A

³⁹⁸ BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 481.

diferença está na regularidade do uso e gozo dos baldios portugueses, enquanto que o uso e o gozo das terras devolutas brasileiras, no atual estágio do direito nacional, é irregular, salvo as exceções já examinadas. Os baldios portugueses são de uso comum, mas, na essência, conservam a característica pública, pois conforme leciona Aldo Sandulli:

”Como pressuposto, a propriedade do Estado serve direta e imediatamente a uma função pública. Alguns deles o cumprem por meio de contratação direta e exclusiva pelos órgãos competentes da Administração: é o caso dos bens militares, dos cemitérios. Outros, pelo contrário, cumprem-no colocando-se à disposição dos membros da comunidade: é o caso do serviço marítimo, aquaviário, rodoviário, etc (Traduzimos)”³⁹⁹.

No caso dos baldios, o uso e o gozo são comuns, mas a propriedade não é conferida a nenhum particular e sim à Autarquia respectiva.

Em Portugal, os baldios são os bens sujeitos ao uso e ao gozo ou fruição dos moradores das freguesias, conforme definido no artigo 1.º do Decreto-Lei 39, de 19 de janeiro de 1976. Os baldios são, em sentido amplo, do domínio das Autarquias, à semelhança do que ocorre no sistema francês apontado por Laubadère:

“O domínio público pode pertencer a várias autarquias locais, ou seja, na metrópole, no Estado, nos departamentos e nos municípios. Uma opinião tradicional considera, pelo contrário, que os estabelecimentos públicos só podem ser titulares de domínio privado [...]; Mas essa opinião, muito debatida [...], parece estar em vias de ser abandonada; o

³⁹⁹ SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952, p. 266.

anteprojeto da comissão de reforma do Código Civil permite que estabelecimentos públicos sejam titulares de domínio público (Traduzimos)”⁴⁰⁰.

Na velha Lusitânia, a preservação jurídica dos baldios é uma concessão aos costumes locais, sem repercussões significativas nas relações interpessoais, de modo que não se registram conflitos judiciais por conta dessa preservação, de forma diversa do que se registra no Brasil. As terras devolutas brasileiras geram conflitos interindividuais que preocupam o Estado brasileiro.

3.3. A DISPOSIÇÃO

A nota essencial da coisa sob o domínio público é a disponibilidade. No direito privado, a possibilidade de disposição está sujeita à vontade do *dominus*, enquanto que no direito público, a indisponibilidade da coisa visa impedir que o administrador, acometido de prodigalidade, dilapide o patrimônio público. Sobre a importância da indisponibilidade, já lecionava Berthélemy:

“Não é na velha lei francesa que a procuraremos; o caráter essencial do domínio público, a indisponibilidade, uma vez estendida a todos os bens do domínio régio. A lei especial que se aplica aos rios em razão de sua natureza, assim como às estradas em razão de seu destino, viu-se aplicada, em suas principais características, a coisas que realmente não implicavam nenhuma regulamentação particular, mas que eles

⁴⁰⁰ LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 719

queriam proteger contra a extravagância do governo da época
(Traduzimos) ”⁴⁰¹.

A disposição é um atributo da propriedade pública ou privada e, portanto, dos bens sujeitos a apropriação, mas nem todos os bens sujeitos ao domínio são disponíveis. No caso do bem de propriedade pública, a regra é a indisponibilidade, podendo, como exceção, ser autorizada por meio de lei à disposição. De outro lado, no caso do domínio privado, a inalienabilidade é a exceção e depende da vontade do *dominus* ou de disposição expressa de lei, como anota Alex Weil⁴⁰².

O atributo da disposição carrega em seu seio o poder de transformação da coisa, que é conferido ao *dominus*, assim como o poder de alienar, onerar e renunciar. Ao poder de transformação só estão sujeitos os bens apropriáveis e, ainda assim, quando se trata de bens da propriedade pública, a transformação depende de autorização legislativa ou, no mínimo, de ato administrativo vinculado a uma finalidade prevista em lei. Em casos de bens particulares, a transformação pode depender de autorização estatal, ao ponto de ser até mesmo impedida, quando há interesse público na sua preservação no estado original.

Não se pode olvidar que a transformação, entre os glosadores medievais, era o que entendido como o *abutendi*, cujo sentido foi confundido com o abuso do sentido contemporâneo. Porém, o abuso do direito, em qualquer das suas formas, deixa de ser direito. Então não há outra interpretação possível ao *abutendi* que não seja toma-lo como direito de transformação da coisa objeto da propriedade pública ou privada.

⁴⁰¹ BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 451-452.

⁴⁰² WEIL, Alex. *Droit Civil les Biens*. Paris: Dalloz, 1970, p. 288.

A lavra da terra, por exemplo, embora seja uma transformação, não modifica o conteúdo da coisa sujeita a apropriação. Não é, pois, ato de disposição. De outro lado, a demolição de um monumento, público ou privado, de valor e interesse arquitetônico, é um ato de transformação que implica em disposição possível de ser vedada.

O poder de transformação, implícito no atributo de disposição do domínio, pode ser limitado, ou até mesmo vedado por interesse público, ainda que recaia sobre bens de natureza privada.

À primeira vista e do ângulo do direito privado, o assunto não comporta polêmicas. Porém, quando se confronta o domínio dos bens públicos com o domínio dos bens privados, a turbulência intelectual se faz imediatamente sentir.

De fato, uma das características mais peculiares do bem sujeito ao domínio público é a sua inalienabilidade em regra, ou seja, só em caráter excepcional a mutação dominial do bem público pode ocorrer e, ainda assim, é necessária a desafetação do uso público daquele bem específico e a prévia autorização legislativa. Como consequência imediata se apresenta a impossibilidade de aquisição dos bens públicos por meio da prescrição. Berthélemy sustentava que a inalienabilidade e imprescritibilidade são as principais características do bem de domínio público:

“O domínio público é imprescritível e exclusivo; não pode ser expropriado por utilidade pública; não pode ser onerado com direitos reais como servidão ou hipoteca; ações possessórias não lhe são aplicáveis. [...] Aplicava-se, antes da Revolução, a todo o domínio nacional fundido com o domínio da Coroa. Foi estabelecido como um obstáculo às prodigalidades dos reis. Nem sempre os impediu de alienar; mas serviu-lhes de pretexto

para revogar as alienações que haviam consentido. O caráter precário das aquisições que assim se podiam fazer era a garantia real contra o esbanjamento do espólio (Traduzimos)”⁴⁰³.

Em outras palavras, o domínio público é imprescritível, cuja finalidade é evitar a dilapidação dos bens de domínio público, e o seu fundamento se escora na soberania de um país. Se assim não fosse, um navio pesqueiro estrangeiro, ou de exploração de qualquer outra riqueza, lançaria ferros nas águas territoriais de um país qualquer e, com o decurso do tempo, adquiriria o domínio sobre o espaço marítimo utilizado.

Não se trata de um apego ao publicismo, mas sim do lançamento de um olhar menos emocional sobre a matéria. A inalienabilidade, da qual decorre a imprescritibilidade, é regra em relação aos bens públicos, mas, como toda regra, não é um ponto intocável, pois, excepcionalmente, a alienação pode ser necessária e autorizada. Marcelo Caetano, escrevendo sobre a matéria, leciona que:

Todavia o regime do domínio público possui os seus modos próprios de permitir a constituição e a circulação de direitos sobre os bens nele compreendidos. Assim, não só se pode falar, em certos casos, em propriedade pública como é admissível a transferência de domínio de uma pessoa jurídica de direito público para outra pessoa jurídica de direito público, a constituição de direitos reais administrativos sobre os bens dominiais e até de direitos de natureza obrigacional a favor de particulares mediante concessão. As coisas artificiais

⁴⁰³ BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 458.

*podem ser mesmo objeto de desafetação do domínio público, reduzindo-se à condição patrimonial. Há, pois, comercialidade de Direito Público para esses bens, regida pelas leis próprias do domínio público [...]*⁴⁰⁴.

Há uma comercialidade de bens públicos, o que não se admite é a aquisição pela prescrição. A comercialidade é a qualidade daquilo que pode ser objeto de compra e venda e, em regra, as coisas do domínio público estão fora do comércio, mas excepcionalmente podem ser vendidas, quando já não atenderem a uma finalidade pública. O controle maior é perfeitamente justificável em vista da proteção do patrimônio público contra as dilapidações oportunistas, mas isso não implica dizer que a inalienabilidade dos bens públicos é absoluta, pois os bens meramente patrimoniais não se revestem dessa característica, embora não se submetam à prescrição. A regra é, como já dizia Arturo Rispoli que “Os direitos dominiais são imprescritíveis (Traduzimos)”⁴⁰⁵. Na mesma linha lecionava Gabino Fraga:

Apesar de algumas leis especiais, como a do Patrimônio Nacional das Águas, a das Vias Gerais de Comunicação, a Lei Florestal, terem submetido à regulamentação especial alguns dos bens de domínio público elencados pelo artigo 4.º da Lei Federal de Imóveis, tal regulação é diversificada apenas quanto ao uso pelas pessoas físicas de que tais bens são suscetíveis; mas conservando em princípio o regime de sua propriedade estabelecido pela última das referidas leis. Este regime consiste, fundamentalmente, em considerar os bens do

⁴⁰⁴ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 422.

⁴⁰⁵ RISPOLI, Arturo. *Istituzioni di Diritto amministrativo*. 2.^a ed. Torino: Giappichelli, 1929, p. 282.

domínio público como inalienáveis e imprescritíveis
(Traduzimos)⁴⁰⁶.

Na lição de Maurice Journé, a imprescritibilidade impede que particulares adquiram o direito de propriedade sobre o bem de domínio público:

“A imprescritibilidade impede os particulares de adquirirem direitos patrimoniais ou quaisquer direitos reais sobre o domínio público invocando uma posse de duração mais ou menos longa. A regra da imprescritibilidade é o corolário da regra da inalienabilidade (Traduzimos)”⁴⁰⁷.

Na verdade, é como alertava Carlos Maximiliano, em relação aos particulares que visam adquirir a propriedade de bens públicos pela prescrição:

“... tenta-se suprir a falta de título de Concessão, com a prescrição aquisitiva”⁴⁰⁸.

Pelo que se nota a posição administrativista não é recente e muito menos isolada. A imprescritibilidade dos bens públicos é a regra.

Objeto do nosso interesse investigativo, as terras devolutas, por determinação legal, só podem ser adquiridas por compra e, portanto, como bens sujeitos ao domínio público em sentido amplo, não se sujeitam à prescrição aquisitiva ou mesmo extintiva. Enfim, são bens imprescritíveis. Não são de domínio

⁴⁰⁶ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Ciudad de Mexico: Porrúa, 1934, p. 312.

⁴⁰⁷ JOURNÉ, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 3.^a ed. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1925, p. 261.

⁴⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Pareceres*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.II, p. 363, jul./1945.

público em sentido estrito e sim de domínio público em sentido amplo, o que as coloca como imprescritíveis.

A defesa da imprescritibilidade não é um apego imotivado às tradições jurídicas, mas sim a universalização de uma experiência jurídica que não se mostrou inútil em nenhum ordenamento jurídico. Ao contrário, a sua utilidade é inquestionável.

Tomando por base o contexto, a abordagem da doutrina administrativista deve, a nosso ver, ser conservadora, pois prima por uma evolução na mudança da dominialidade pública e não por uma revolução que, no final, coloca em risco a unidade do ordenamento jurídico. Por isso, a mutação dominial, por venda, doação, troca ou pela prescrição, deve ser cercada de cautelas. É louvável a maior agilidade na mutação dominial regida pelo direito privado, mas o conservadorismo do direito administrativo é exatamente para que, no campo da dominialidade pública, a mutação não ocorra de forma açodada e, sim, envolta pela necessária prudência acerca do interesse na preservação ou na alienação dos bens públicos, especialmente aqueles bens imóveis.

A evolução da mutação dominial, à qual nos referimos, também é notada por Sabino Cassese, quando traça as notas distintivas do direito administrativo em relação ao direito privado:

A terceira nota definidora do Direito Administrativo está relacionada com a data do seu nascimento. O Direito Privado se afirma quando uma comunidade atinge certo grau de estabilidade. O Direito Constitucional se desenvolve quando o governo de uma sociedade atinge certo grau de complexidade. O Direito Administrativo afirma-se apenas na fase de maturidade do Estado, quando desenvolve uma primeira

estrutura executiva, depois uma reguladora e, finalmente, a capacidade de distribuir (Traduzimos)⁴⁰⁹.

Ora, se há uma evolução na mutação dominial, o direito administrativo dos bens seria uma evolução do próprio direito administrativo, como consequência da maturidade da Administração Pública no trato com os bens públicos, especialmente em relação àquela mutação dominial dos bens. A evolução jurídica é objeto da história do Direito.

Retornar à história não é, por si, um conservadorismo, mas sim um evolucionismo, de forma diversa do que pareceu a José Luís Bonifácio Ramos⁴¹⁰, ao defender aprioristicamente a concepção privada do domínio. O retorno às tradições não implica em imobilismo, mas também não incentiva um rompimento entre a História e o Direito, notadamente quando se trata de mutação do domínio.

A maior facilidade para a mudança do domínio no campo do direito privado é inquestionável, mas a administração pública pode utilizar-se dessa facilidade quando as circunstâncias e a lei permitir, pois são as peculiaridades de cada ordenamento jurídico e, portanto, da constituição e das leis, que irão ditar o regime a ser observado.

A base de uma ordem jurídica é vista com maior clareza pela história de uma determinada cultura. Por isso, uma revisitação ao caminho por ela trilhado pode e deve sempre ser feita. A base da ordem jurídica lusitana e conseqüentemente dos países lusófonos só pode ser abordada a partir da formação monárquica,

⁴⁰⁹ CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Traducción Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2014, p. 26.

⁴¹⁰ RAMOS, José Luís Bonifácio. *Direitos Reais Administrativos: Ficção ou realidade*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 450-461.

pois assim surgiu Portugal e no seu seio as evoluções posteriores, especialmente a evolução dos conceitos jurídicos.

Tendo em conta que Portugal se estabilizou com a centralização monárquica, o constitucionalismo foi uma evolução natural, assim como ocorreu, depois, com o direito administrativo e agora ocorre no seio do próprio direito administrativo, com o surgimento e desenvolvimento da concepção de um direito administrativo dos bens. Desnecessário dizer que a mutação dominial dos bens administrativos, como matéria de pesquisa científica, queira ou não, se apresenta ao jurista administrativista, sem que isso caracterize qualquer retrocesso, mas sim uma evolução.

A evolução não despreza os alicerces da cultura jurídica, procurando removê-los do cenário histórico. Ao contrário, ela os restaura e sobre eles se ergue para perscrutar o horizonte, em busca de caminhos menos tortuosos.

3.3.1 Os bens de domínio estritamente público

Há bens que se sujeitam ao domínio estritamente público, enquanto outros podem ser públicos ou privados, dependendo da disciplina jurídica adotada. São bens dessa natureza as instalações militares de defesa, enquanto estiverem afetadas a este fim, são sujeitas ao domínio estritamente público, o que se verifica também em relação aos navios e às aeronaves militares. São instalações e bens de uso público específico, em regra, não são sujeitas ao domínio privado. Pode haver instalações privadas requisitadas para tais fins, mas não instalações públicas cedidas aos particulares para este mesmo fim.

É relevante anotar que os bens de uso comum do povo, são, em sua totalidade, bens de domínio estritamente público. No Brasil, por força do artigo 22 da Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, alterada pela Lei n.º 9.785/99, o loteamento de área urbana, ou sujeita a expansão urbana, implica, necessariamente, na transferência da titularidade das áreas institucionais (assim entendidas as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas aos edifícios públicos), para o domínio do Poder Público⁴¹¹. Há que se anotar a disponibilidade de qualquer bem de interesse público, porém, observada a autorização legal para tanto. É como diz Marçal Justen Filho:

*“Os direitos subjetivos públicos são instituídos e configurados pelo direito. Dessa maneira, uma norma jurídica estabelece a sua disciplina e dispõe sobre o seu exercício – o que abrange, inclusive, a sua eventual disposição. Pode-se afirmar que todos os direitos subjetivos públicos são disponíveis nos limites e nas condições da lei. Portanto, o direito subjetivo de titularidade estatal não é disponível, se inexistir lei autorizadora, no entanto, a lei pode contemplar situações abstratas ou concretas em que será cabível a disposição”*⁴¹².

Mesmo os bens de uso comum do povo, que são de domínio estritamente público, são disponíveis, desde que observadas as determinações da lei. Se considerarmos o dever de uso daqueles bens como um bem em si mesmo, então o uso de

⁴¹¹ Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

⁴¹² *A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública* 1, Escola Paulista da Magistratura, Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, no 58, p. 90, Abril-Junho/2021.

acordo com a função social do bem ou com a sua finalidade é um dever.

As terras e bens devolutos são sujeitos, exclusivamente, ao domínio público, ainda que em sentido amplo e, por isso, embora não sejam de propriedade pública. São bens destinados à constituição da propriedade privada e, por isso, disponíveis, porém, na forma que a lei determina. A lei prioriza, em caso de reforma agrária, a utilização das terras públicas e, em seguida, as terras devolutas. Ocorre que, tão logo discriminadas, as terras devolutas perdem essa qualidade, tornando-se terras públicas. É uma característica marcante dos bens devolutos, o que os torna peculiares em relação ao universo dos bens em geral.

3.3.2 Os bens de domínio privado disponíveis

Em sua quase totalidade, os bens de domínio privado são disponíveis, pois a alienação de bens é parte da história da evolução humana. No direito privado, ao contrário do que se verifica no direito público, a disponibilidade e a alienabilidade constituem a regra. Aqui nos referimos ao domínio privado titularizado por particulares e não pela Administração Pública, pois em caso de titularidade de ente público, a regra muda, passando a ser a indisponibilidade, ficando a disponibilidade como exceção.

A indisponibilidade dos bens do domínio privado dos particulares só ocorrerá no interesse de incapazes e no interesse da Justiça, quando alguma decisão judicial determinar a indisponibilidade de bens. No Brasil, a decretação judicial da indisponibilidade de bens é relativamente comum, notadamente em ações de improbidade administrativa e em causas relativas ao

direito de família, mas essa indisponibilidade de bens, por ser exceção, deve ser cercada de cautelas.

É interessante, para uma melhor compreensão do que seja bens privados da pessoa jurídica de direito público, a transcrição da lição de Thiago Marrara:

“...os bens estatais privados não são bens sujeitos nem ao regime estrito dos bens públicos, nem ao regime dos bens particulares puros. Eles compõem uma categoria especial em que o regime jurídico é intensamente estruturado com base em uma mescla de normas de direito administrativo e normas de direito privado. É verdade que existem exceções a essa regra. Afinal, por desvios na estruturação da organização administrativa estatal, algumas entidades privadas foram criadas pelo Estado para executar tarefas públicas típicas no lugar de autarquias ou entidades sob outros formatos, mas que deveriam deter personalidade jurídica de direito público. Nesses casos esdrúxulos – de que é exemplo uma empresa estatal que exerce poder de polícia –, surge uma quarta situação ainda mais complexa, pois o bem se mostra estatal, vinculado a um certo ente estatal privado, sujeito a um regime originariamente distinto do dos bens públicos tipificados no Código Civil, mas que, na prática, assume usos analógicos aos deles. Nesta hipótese, há ainda um bem estatal privado, mas que ingressa no domínio público impróprio, assumindo a feição de “bem público fático” (não de direito)”⁴¹³.

Repita-se, não se pode confundir a indisponibilidade dos bens privados de domínio dos particulares com a

⁴¹³ *Manual de Direito Administrativo: Funções administrativas e bens estatais*. São Paulo: KDP, 2018, p. 209.

indisponibilidade dos bens sob o domínio privado da Administração Pública. Em relação aos particulares, a regra é a disponibilidade, enquanto que, em relação à Administração Pública, a regra é a indisponibilidade.

São conceitos intuitivos, mas que vão sendo construídos ao longo do tempo pela lógica da linguagem jurídica. Por isso, as explicações são necessárias.

3.3.3 Os bens de domínio privado indisponíveis

São em número restrito os bens sujeitos ao domínio privado dos particulares que são indisponíveis e, na maioria das vezes, a indisponibilidade, como já mencionado, é temporária, seja porque foi determinada por órgão do Poder Judiciário ou porque há interesse público naquele bem e, enquanto se aguarda uma definição, a sua disponibilidade fica temporariamente obstada. Esse interesse público ao qual nos referimos é de natureza indeterminada, não se confundindo com o interesse público, ou utilidade pública, declarado para fins de desapropriação ou expropriação. Aliás, mesmo em desapropriações por interesse ou por utilidade pública, não ocorre a indisponibilidade dos bens objetivados. É o que sustenta Carla Maria Vicente: “*Entendemos que, com a declaração de utilidade pública, não se extingue o direito de livre disposição, contrariamente ao que afirma MARCELLO CAETANO*”⁴¹⁴. Ocorre que mesmo Marcelo Caetano, precursor do Direito Administrativo Português, admitia expressamente que, caso

⁴¹⁴ VICENTE, Carla Maria. *A urgência na expropriação, algumas questões*. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 15.

houvesse a demora da Administração Pública em exigir a entrega do bem, poderia haver a transferência do seu domínio se:

*(...) o expropriante demorar a exigir a entrega efectiva dos bens nada impede que estes mudem de dono. É certo. Mas nesse caso o que o proprietário transmite já não é um direito de propriedade plena*⁴¹⁵.

Preservada a autoridade ilustre, nos colocamos na sua oposição, haja vista que a simples declaração de utilidade ou de interesse público da Administração sobre um bem sujeito ao domínio privado, por si, não interfere no conteúdo do domínio e, por isso, não torna o bem privado indisponível. A interferência no conteúdo do domínio só irá ocorrer com a desapropriação ou expropriação. A posse da Administração Pública sobre o bem é gravame, mas o domínio deste bem pode ser transferido a outrem mesmo com o gravame.

Ora, se há um mero gravame sobre o bem de domínio privado, não há qualquer razão para a subsistência dos bens privados indisponíveis no campo próprio do direito administrativo. A utilidade do bem ou o interesse público estatal sobre ele, por si, não é suficiente para torna-lo indisponível. A indisponibilidade e insisto nisso, só irá se materializar com a consumação do processo de desapropriação.

3.4. A REIVINDICAÇÃO

O domínio confere ao *dominus* o direito de reivindicar a coisa em face de quem a possui injustamente. Há diferença

⁴¹⁵ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 198. V. II.

substancial entre a reivindicação de uma coisa sob o domínio público e de uma coisa sob o domínio privado, pois a relação jurídica, embora tenham vínculos jurídicos idênticos, diferem, no entanto, em relação aos titulares do domínio.

No direito privado, há uma relação jurídica entre uma pessoa, física ou jurídica, de um lado, e uma coletividade, de outro lado, em função do vínculo de sujeição da coisa àquela pessoa, ou seja, todas as pessoas devem respeitar o domínio daquele a quem o direito o conferiu sobre a coisa. No direito público, porém, há um vínculo de sujeição da coisa à coletividade, que tem a titularidade do domínio, através do Estado. Então, a reivindicação do particular, de forma isolada ou em grupo, pode ocorrer em face de qualquer pessoa física ou jurídica, de forma isolada ou coletivamente. A reivindicação do Estado, de outro modo, terá sempre a coletividade, por ele representada, no polo ativo da ação reivindicatória. Enquanto o particular pode reivindicar sozinho, o Estado sempre o faz coletivamente, pois representa o interesse coletivo. A anotação adquire maior sentido no ordenamento jurídico português, onde as pessoas jurídicas, terminologia adotada no Brasil, são denominadas por pessoas coletivas.

De qualquer modo, o caminho para a reivindicação é o manejo da ação reivindicatória.

4. A DISTINÇÃO ENTRE O DOMÍNIO PÚBLICO E O DOMÍNIO PRIVADO

A distinção entre o domínio público e o domínio privado, em primeiro plano e do ponto de vista externo, se faz por

exclusão. Tudo que não é do domínio privado é do domínio público em sentido amplo. Isso do ponto de vista externo. Porém, do ponto de vista interno, o domínio público se distingue do domínio privado pela qualificação jurídica do *dominus*. Então, o domínio privado tem sempre por titular um particular, enquanto o domínio público tem por titular o Estado, por intermédio de um dos seus órgãos.

Do ponto de vista interno, tudo o que não é de domínio público, é de domínio privado.

Por fim, o domínio público se distingue do domínio privado pela sua finalidade. O domínio público sempre será exercido com vista a um fim de interesse público, enquanto que o domínio privado pode sofrer um condicionamento, mas não terá uma finalidade previamente definida, salvo aquela determinada pela natureza da coisa sujeita ao domínio. Não se olvide que há bens de domínio privado das pessoas jurídicas de direito público e este é um ponto em relevo na doutrina administrativista:

(...) a contraposição entre um regime jurídico-administrativo que seria aplicável ao domínio público e um regime de matriz jurídico-privada do domínio privado acha-se presentemente posta em causa. Sobretudo porque a natureza pública do sujeito que é titular dos bens do domínio privado implica uma sujeição a uma disciplina jurídico-pública. Também aqui se evidenciam tonalidades distintas na coloração dos bens públicos mas, no essencial, existe um denominador comum em todos os bens de Administração e que passa por todos eles serem instrumentais para a prossecução das atribuições legalmente confiadas pelo legislador às entidades administrativas. É isso que explica que lhes sejam aplicáveis

*os mesmos princípios gerais da atividade administrativa e que o direito positivo tenha submetido os bens do patrimônio imobiliário do Estado, independentemente da sua inclusão no domínio público ou no domínio privado, a idênticos princípios gerais na gestão, utilização e alienação dos imóveis*⁴¹⁶.

A distinção entre os bens do domínio privado do Estado e os bens do domínio público está longe de ser um assunto pacífico na doutrina.

Os bens de domínio privado do Estado não gozam de nenhum privilégio em relação aos bens de domínio privado do particular. Os bens de domínio privado do Estado não se sujeitam ao regime jurídico dos bens públicos, mas sim ao regime jurídico do direito privado, pois não estão afetados a nenhum uso público e nem foram adquiridos com qualquer finalidade pública.

Na verdade, os bens de domínio privado do Estado, no Brasil, aparecem na administração pública indireta, onde se encontram as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. São entidades administrativas constituídas pelo Estado para descentralizar a prestação dos serviços públicos e os bens pertencentes a tais entidades são havidos como bens de domínio privado do Estado ou da Administração Pública. Quando os bens daquelas entidades são efetivamente utilizados na prestação de um serviço público, estaremos diante dos bens públicos não estatais.

Como já assinalamos, é uma classificação controversa e, por isso mesmo, não é matéria pacífica entre os doutrinadores do direito administrativo.

⁴¹⁶ MIRANDA, João. *Direito Administrativo dos Bens: Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 49.

A finalidade pública do domínio é estabelecida em lei ou em ato administrativo dela decorrente, o que não ocorre com o domínio privado, pois neste a finalidade depende apenas da natureza da coisa e da vontade do *dominus*, seja ele o particular ou o Estado. A controvérsia sobre os bens privados do Estado situa-se exatamente nesse ponto, pois o Estado não tem carta branca para fazer o que quer, mas sim somente ações que estão previstas em lei. Então, não poderia alienar seus bens, ainda que privados, sem prévia autorização legislativa. De outro lado, os bens testilhados normalmente não tem uso público direto, mas sim servem a uma prestadora de serviços públicos indiretos, e, por isso, não seriam bens públicos.

Enfim, a matéria está na perspectiva de evolução do direito administrativo e sua abordagem é ainda recente, carecendo de maior profundidade científica. Por não ser objeto do nosso estudo, não nos aprofundaremos na sua análise.

5. A DEFINIÇÃO E A TAXONOMIA DOS BENS PÚBLICOS

Os bens públicos no Brasil podem pertencer à União, aos Estados ou aos Municípios, ou ainda às autarquias ou aos entes paraestatais vinculados àqueles primeiros. Do ponto de vista da unidade política nacional, todos os bens públicos pertencem à União Federal, mas do ponto de vista administrativo, tais bens podem pertencer à União ou a qualquer um dos Entes federados. Assim, teremos, então, os bens públicos federais, os bens públicos estaduais e os bens públicos municipais.

De forma diversa, nos países que não adotam o federalismo, ou seja, aqueles que adotam a forma unitária, os bens

podem pertencer ao Estado ou a qualquer de suas autarquias. É o caso, por exemplo, da República Portuguesa, onde todos os bens públicos pertencem à República ou a qualquer das suas autarquias.

As autarquias portuguesas são diferentes das autarquias brasileiras, pois estas são da administração pública indireta, enquanto aquelas são da administração pública direta. As autarquias portuguesas são semelhantes aos Estados e Municípios brasileiros, com os Distritos correspondendo aos Estados e as Freguesias correspondendo aos Municípios.

A classificação dos bens públicos, quanto a origem, é feita por exclusão, pois tudo o que não é do domínio privado se sujeita ao domínio público, seja como propriedade pública ou como bem do domínio público eminente.

5.1. BENS PÚBLICOS QUANTO À SUA DESTINAÇÃO

Diversos são os critérios de classificação dos bens públicos, mostrando-se mais comum a classificação quanto à destinação, quanto ao domínio e quanto à titularidade do domínio.

5.1.1. Bens de uso comum do povo

Trata-se de uma classificação oriunda do Direito Privado, pois o artigo 99, inciso I, do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), dispõe que são bens públicos os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças. Note-se que os bens devolutos não estão incluídos entre os bens de uso comum do povo, nada se dispondo sobre as terras devolutas.

5.1.2. Bens de uso especial

Na mesma linha, essa classificação, no Brasil, também é oriunda do Direito Privado, onde o artigo 99, inciso II, do Código Civil, dispõe que são bens de uso especial aqueles edifícios destinados ao serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive de suas autarquias. Aqui, pela simples leitura do dispositivo legal, não há espaço para a inclusão dos bens devolutos, pois não têm destinação específica, salvo aquelas terras devolutas, indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, desde que assim definido em lei (CF, artigo 20, inciso II)⁴¹⁷. As terras devolutas, pelo que se vê, não são bens de uso comum do povo, razão pela qual o seu por particulares é irregular, e não são bens de uso especial, salvo na hipótese excepcionada pela Constituição Republicana de 1988.

5.1.3. Bens dominicais ou dominiais

São aqueles bens que integram o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Nessa classificação incluem-se aqueles bens adjudicados por qualquer das pessoas jurídicas de direito público, ou de suas autarquias, em razão da execução de

⁴¹⁷ Artigo 20 da CF, dispõe que: “ São bens da União: ...II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei. ...”.

dívidas fiscais, ainda que não haja a inscrição da aquisição da propriedade no Registro de Imóveis. O controle e a administração desses bens geram polêmica, pois muitos prédios, nos centros das grandes cidades brasileiras, estão nessa situação e em estado de abandono, enquanto que, de outro lado, verifica-se um elevado déficit habitacional, especialmente em relação à população de menor renda per capita.

5.2. BENS PÚBLICOS QUANTO AO DOMÍNIO

Quanto ao domínio, os bens públicos podem ser bens próprios ou bens devolutos. Não há que confundir bem público em sentido próprio com aqueles bens públicos de uso especial, aos quais se acrescentam a sua finalidade. Assim, se os bens, inadequadamente chamados de próprios, se destinam à residência de funcionários civis ou militares, serão qualificados como próprios residenciais. Se pertencerem à União, por exemplo, teremos então os próprios nacionais residenciais.

Os bens públicos próprios, no sentido aqui examinado, são de natureza diversa, como se verá nas linhas seguintes.

5.2.1. Bens próprios

São aqueles bens da titularidade dominial do Estado. Na definição doutrinária, são aqueles: *“...próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria,*

à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal”⁴¹⁸. Distinguem-se dos bens devolutos, pois são aqueles que o Estado tem como se fosse um particular, constando no Registro de Imóveis a propriedade em seu favor.

5.2.2. Bens devolutos

São aqueles bens que são de domínio público em sentido amplo ou *latu sensu*, mas não de propriedade pública. Tais são os bens sujeitos ao domínio eminente do Estado, cuja finalidade não é o uso público, pois não se ajustam às finalidades do Estado. O domínio do Estado sobre tais bens, historicamente, é transitório. Em razão da sua transitoriedade, os bens devolutos são disponíveis, pois não tem destinação administrativa e não se prestam ao serviço público. São bens públicos em sentido amplo e para fins de soberania, mas não são bens públicos em sentido estrito (propriedade pública).

A doutrina administrativista leciona que:

(...) com a descoberta do País, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa Portuguesa. Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarcá-las e cultivá-las, sob pena de ‘comisso’, isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso,

⁴¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28.^a ed. rev. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 921.

*se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas. Com a independência do País passaram a integrar o domínio imobiliário do Estado brasileiro*⁴¹⁹.

Enfim, bens devolutos são aqueles que não são de propriedade privada e nem da propriedade pública, situando-se numa zona intermediária.

5.3. BENS PÚBLICOS QUANTO À TITULARIDADE DO DOMÍNIO

O artigo 98 do Código Civil Brasileiro deixa claro que a regra são os bens privados, pois públicos são somente aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Enfim, a regra se presume, enquanto que a exceção deve ser expressa. Nessa linha, entre aqueles bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, ou às suas autarquias, há que se classificar os bens pertencentes à União, aos Estados e ao Distrito Federal e aos Municípios.

5.3.1. Bens públicos da União

O artigo 20, incisos I a XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, relaciona entre os bens pertencentes à União:

⁴¹⁹ Ibid, p. 926.

5.3.1.1 Aqueles que já lhe pertenciam na época da promulgação da Constituição

Os bens públicos da União são oriundos da Proclamação da República em 1889, mais especificamente da Constituição Federal de 1891, pois os bens que pertenciam à Coroa passaram imediatamente ao patrimônio público da União, exceto aqueles já pertencentes às antigas províncias do Império e aos Municípios.

5.3.1.2. As terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

O artigo 20, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, optou por remeter à lei ordinária federal a definição das terras devolutas da União. Do ponto de vista constitucional, as terras devolutas são, então, aquelas como tal definidas em lei. Essa definição, como já ressaltado, remonta à Lei nº 601/1850, dispondo que eram devolutas as terras não afetadas ao uso comum do povo, as terras não afetadas ao uso especial do Estado, ou aquelas que, embora tenham sido transferidas à propriedade privada, retornaram ao domínio público, por algum motivo de não implemento da condição suspensiva contida no contrato.

Desde a promulgação da Lei nº 601/1850, as terras devolutas são definidas por exclusão, critério também adotado pelo Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, ao dispor, no artigo 5.º, que eram terras devolutas da União, na faixa de

fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo dominicais em sentido estrito ou afetadas a algum uso público federal, estadual ou municipal ou de propriedade privada dos particulares.

As terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras são aquelas que margeiam a linha divisória do território brasileiro com os países vizinhos, numa faixa de cento e cinquenta quilômetros, que não podem ser transferidas a cidadãos estrangeiros. Ainda que a propriedade dessa faixa de terras seja transferida a um particular, este já a adquire com o ônus da servidão conferida em favor da União. Se os Estados, onde se localize a faixa de fronteira, fizer alguma concessão de terras aos particulares, tais concessões autorizam apenas o uso, não implicando na propriedade. É o que diz a Súmula 477 do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: *“As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam apenas o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores”*. Assim é porque parte das terras devolutas localizadas na faixa de fronteira eram submetidas ao domínio em sentido amplo dos Estados e Municípios. Com a expansão da faixa de fronteira, passaram aquelas terras ao domínio em sentido amplo da União. Por isso, Estado e Municípios não podem transferir a propriedade das terras devolutas localizadas na faixa de fronteira aos particulares. É uma faixa de terras, cujo domínio deve ser preservado em favor da União, em razão das necessidades defensivas da integridade territorial do País.

Falamos em domínio em sentido amplo dos Estados e Municípios, o que poderá ser visto como uma contradição, pois já dissemos que o domínio em sentido amplo é uma expressão da

própria soberania nacional. Ocorre que a Constituição Republicana de 1891 deu tamanha autonomia aos Estados e Municípios, que o poder a eles conferido se assemelhava à soberania, especialmente aos Estados.

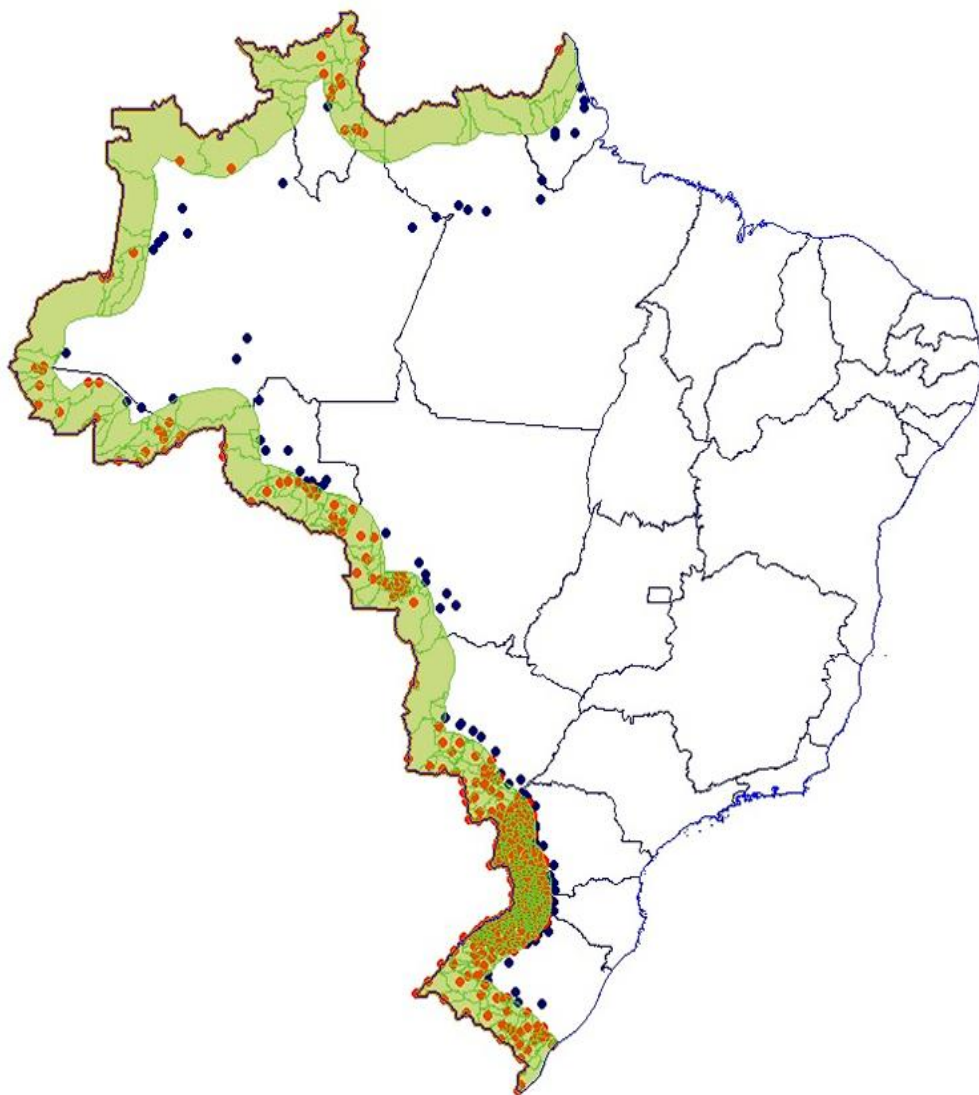


Fig. 1

Fonte:

<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/largura-diferenciada-para-cada-estado-da-faixa-de-fronteira-projeto-tramita-na-camara>

A competência legislativa para disciplinar o processo de discriminação das terras devolutas é da União, pois se trata de matéria afeta ao campo do direito civil e do direito processual civil (art. 22, inciso I, CF).

Poucas são as fortificações militares brasileiras na faixa de fronteira, exceto aquelas construídas ainda no período colonial, à qual a gleba de terras que lhe é afeta pertence a União. É o caso, por exemplo, do Forte Príncipe da Beira, no Estado de Rondônia; do Forte Coimbra, no Estado do Mato Grosso, que pertencem à União, embora o primeiro não esteja em utilização, ainda permanece à disposição do Exército Brasileiro.

As construções militares, de outro lado, têm maior amplitude, pois os aquartelamentos, áreas de acantonamento, acampamento ou bivaque, assim como as áreas, rurais e urbanas, de adestramento de tropas, são em maior número e muitas dessas áreas deram origem a núcleos urbanos nas regiões de fronteira. Essas construções visam a ocupação do território, pois como expusemos acerca da colonização e é também tradição das nações respeitar a soberania de um Estado sobre as terras por ele efetivamente ocupadas.

As vias federais de comunicação são estradas, de rodagem ou ferroviárias, e faixas necessárias à passagem de cabos, fios e linhas de transmissão, terrestres ou lacustres, de forma a integrar o território nacional. Para um País de dimensões continentais, tais equipamentos públicos são indispensáveis.

A atual faixa de fronteira, outrora inclusa na faixa de segurança nacional, não tinha nenhuma disciplina legal em relação ao domínio da União sobre aquela faixa de terras. A Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955, disciplinou a matéria, dispondo

expressamente no seu art. 2.º, que: “*É considerada zona indispensável à defesa do país a faixa interna de 150 quilômetros de largura, paralela à linha divisória do território nacional, cabendo à União sua demarcação*”. A mesma Lei deu competência ao Conselho de Segurança Nacional para expedir títulos de domínio aos particulares, tornando isso atribuição da União. Fora da faixa de segurança nacional, a competência para a expedição de títulos de domínio aos particulares era conferida aos Estados-membros. Até hoje, o domínio da União sobre as terras devolutas na faixa de fronteira é para fins de soberania, ou seja, é em sentido amplo, podendo ser transferidas aos particulares, nas condições que a lei dispuser.

As áreas necessárias à preservação ambiental são aquelas não disciplinadas pelo Código Florestal (Lei nº 12.651, de 12 de maio de 2012), pois aquelas que são pelo Código disciplinadas são de propriedade privada. Aqui tratamos das terras devolutas, que são aquelas abrangidas pelos parques nacionais ou áreas declaradas de interesse ambiental, cuja preservação é de interesse comum. Tais áreas, como determina a Constituição, devem ser definidas em lei. Por serem áreas demarcadas, não são terras devolutas, mas sim terras de propriedade pública.

5.3.1.3. Os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos sob seu domínio, ou que banhe mais de um estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias pluviais.

Desde logo, alerto que aqui não se trata de bens devolutos, mas sim de bens de propriedade pública, por expressa

disposição constitucional e porque as águas em testilha são individualmente inapropriáveis.

O artigo 20, inciso III, da Constituição da República, parece não deixar qualquer dúvida, deixando claro que as águas em terras de domínio da União a ela pertencem. As terras de domínio da União são aquelas que originariamente lhe pertencem ou aquelas que, com observâncias das regras do direito privado, foram por ela adquiridas. Os lagos, rios e correntes de água, assim como as terras, seguem a mesma classificação jurídica adotada no direito privado, ou seja, são de uso comum do povo, de uso especial ou meramente dominicais (art. 99 do CCB), embora o artigo 1.º, do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), disponha que apenas que *“as águas públicas podem ser de uso comum ou dominicais”*, deixando de lado as águas públicas de uso especial. Observando a hierarquia das normas jurídicas, prevalece, em razão disso, a classificação contida no artigo 99 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10.1.2002).

No direito brasileiro, as margens dos rios, lagos e cursos d'água são tratados como acessórios. Por isso, os terrenos marginais, assim como as praias pluviais, pertencem também à União. O Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, no artigo 4.º, definiu os terrenos marginais como sendo aqueles são *“banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distâncias de quinze metros medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias”*. Repito, os terrenos marginais dos rios, lagos e cursos d'água pertencentes à União, não havendo espaço para qualquer disciplina jurídica por parte do Estado e Municípios em relação àquelas terras. Não é nada raro que Estados e Municípios, tomando aquelas margens como

suas, disciplinem o seu uso e exerçam sobre ele o poder de polícia, o que não encontra nenhum respaldo constitucional. Aliás, o Decreto n.º 24.643/34, no artigo 14, trata os terrenos marginais como terrenos “reservados” da União.

Ainda sobre a matéria, a Súmula 479, do Supremo Tribunal Federal, pacificou que:

As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.

Obviamente, aqueles rios que não são da União, podem ser dos Estados e dos Municípios, o que lhes atribui o domínio respectivo, não deixando de ser públicos.

Porém, é necessário indagar sobre a definição de lago. Define-se um lago como uma acumulação de água, de forma natural ou artificial, numa parte mais baixa do terreno em relação à cota geográfica que o circunda. Há que se distinguir a acumulação de água por obra de arte humana, quando então adquire o nome de represa, daquela acumulação natural. O que o artigo 20, inciso III, da Constituição da República, trata como lago é a acumulação de água natural, pois a União, quando promove obras de represamento, expandindo artificialmente as margens de um curso natural de águas, automaticamente, desapropria a área ocupada pela expansão das águas, ficando as suas margens como propriedade privada. Assim é feito porque o artigo 5.º, *caput*, da Constituição da República, garante aos particulares o direito de propriedade. Então, as margens das represas, ou lagos artificiais, não são de domínio da União.

Resta saber o que se pode considerar rio e o que o distingue do riacho. Rio é “*todo curso natural de água, mais ou menos considerável e de caudal perene*”⁴²⁰. O que distingue o rio do riacho é o seu volume de água, ou seja, o seu caudal de águas, mas, como lembra Sayagués Laso⁴²¹, este não é um critério seguro, pois sendo um curso natural de águas, o seu volume se modifica ao longo do seu curso. Resta, pois, apenas um critério comparativo local e com base nos usos e costumes, onde o curso d’água natural e mais caudaloso pode ser considerado um rio, embora este também não seja um critério seguro. Distingue-se o rio de um curso d’água considerado canal, pois este não é de curso natural e sim feito por escavação humana. Os canais não precisam ser, necessariamente, de água doce, enquanto que o rio é sempre de água doce.

Então, as margens dos rios não se confundem com as margens dos córregos e canais e, portanto, estas não são de domínio da União, tal como ocorre com as margens dos lagos artificiais.

5.3.1.4. As ilhas pluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países, as praias marítimas, as ilhas oceânicas e as costeiras; excluídas, destas, as que contenham a sede de municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as áreas que não estiverem na exceção do artigo 26, inciso II.

⁴²⁰ MARIENHOFF, Miguel Santiago. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1939, p. 279.

⁴²¹ SAYAGÉS LASO. Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideu: Barreiros y Ramos, 1959, p. 283. V. 2.

O artigo 20, inciso IV, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005, dispõe que os rios, que sirvam de limite fronteiro com outros países, são bens da União, bem como também pertencem à União as ilhas fluviais e lacustres, nas zonas limítrofes com outros países. As praias marítimas, independentemente de onde se localizem, são bens da União destinados ao uso comum do povo.

A Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, no artigo 10, parágrafo 3.º, dispõe sobre o que se entende por praia: *“área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou em sua ausência, onde comece um outro ecossistema”*. Nas praias marítimas, nos termos definidos pela lei, não cabe ingerência dos Estados ou Municípios, pois são bens da União e classificados como de uso comum do povo. É oportuno anotar que o *caput* do artigo 10 determina que é *“sempre, livre o acesso às praias e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse da segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica”*. A restrição de acesso às praias e ao mar, pelo visto, é ilegal, salvo em casos excepcionais previstos na própria lei.

A observância da lei, no entanto, encontra obstáculos, pois é comum a constatação da existência de propriedades privadas no limite das praias, sem que haja um acesso a elas. Nem sempre existem caminhos públicos de acesso às praias e ao mar, o que torna inevitável o conflito entre a propriedade privada e o bem comum, pois não seria razoável exigir-se que o particular tolerasse a passagem de terceiros sobre sua propriedade. A solução é a desapropriação, por interesse público, de área suficiente para

permitir o acesso à praia e ao mar. Embora prevista em lei (art. 10. § 2.º, Lei nº 7.661/88), a disciplina das características e modalidades de acesso público às praias e ao mar, ainda não existe, apresentando-se a desapropriação como solução alternativa. Sem isso, não há licitude a sustentar eventual atuação administrativa e nem seria possível forçar o acesso por meio da atuação jurisdicional do Estado.

Não se olvide que a Lei nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, confere à União a discricionariedade de, mediante termo de adesão, transferir aos Municípios do Litoral a administração das praias marítimas urbanas, inclusive das áreas de uso comum do povo, permitindo a sua exploração econômica (art. 14). Não é permitida, porém, a transferência da administração das praias urbanas, no caso dos corpos d'água, das áreas essenciais à estratégia de defesa nacional, das áreas reservadas à utilização pelas entidades e órgãos federais, bem como das áreas destinadas ao serviço público de competência da União, assim como as áreas havidas como unidades de conservação federal.

A lei determina que a adesão por parte do Município implica na sua sujeição à fiscalização por parte do órgão responsável pelo patrimônio público da União, embora as receitas auferidas sejam exclusivas do Município aderente. A adesão é sempre em caráter precário e, por isso, a União pode retomar, a qualquer momento, a administração do bem concedido, desde que haja descumprimento das normas fixadas pelo órgão patrimonial da União por razões de interesse público superveniente a adesão. Vigente o termo de adesão, o Município assume integral responsabilidade pelas ações e omissões em relação ao bem concedido, inclusive por multas e eventuais indenizações.

As ilhas costeiras e oceânicas são parte do patrimônio da União. O artigo 20, inciso IV, da Constituição da República, encerra uma antiga discussão doutrinária sobre a propriedade das ilhas costeiras e das ilhas oceânicas. Entendia-se que as ilhas costeiras pertenciam aos Estados, enquanto que as ilhas oceânicas pertenciam à União. O dispositivo invocado, porém, deixa bem claro que as duas espécies de ilhas são do patrimônio da União, exceto aquelas ilhas costeiras que contenham sedes de Municípios, como é o caso da Ilha de São Luís, no Estado do Maranhão, e da ilha de Florianópolis, no Estado de Santa Catarina, que são de propriedade dos respectivos Municípios. Ocorre que, mesmo estando nessas ilhas, as áreas afetadas ao serviço público federal e às unidades ambientais, continuam sob o domínio da União. É possível a existência de terras devolutas nas ilhas costeiras, mas aquelas terras estariam todas sob o domínio em sentido amplo da União.

Há que se harmonizar o artigo 20, inciso IV, com o artigo 26, inciso II, ambos da Constituição da República, este último é uma exceção à regra do primeiro. De fato, no passado, houve entrada de ilhas oceânicas e costeiras para o patrimônio dos Estados e, com essa qualidade, devem continuar, ou seja, continuam pertencendo ao respectivo Estado, assim como eventuais áreas que os Estados tenham no interior das ilhas costeiras e oceânicas pertencentes à União. O respeito à propriedade dos Estados, neste caso, é o mesmo que se deve às propriedades privadas contidas nas ilhas, que, no passado, tenham sido alienadas aos particulares.

5.3.1.5. Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

De início, é necessário esclarecer que a plataforma continental não é patrimônio da União, mas sim, somente, o direito de explorar economicamente, com exclusividade, os recursos naturais que ela proporciona. Assim, a disciplina do artigo 20, inciso V, da Constituição da República, é diferente da disciplina adotada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que não abordava a questão da zona econômica exclusiva, mas, sim, incluía a plataforma continental como bem da União.

A Lei nº 8.617, de 04 de janeiro de 1993, definiu o que deve se entender por plataforma continental e por zona econômica exclusiva, alinhando-se com a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay, em 10 de dezembro de 1982, aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo nº 5, de 09 de novembro de 1987 e ratificada em 22 de dezembro de 1988. O artigo 11, da Lei nº 8.617/93, diz que a plataforma continental *“compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além de seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento do seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância”*. O próprio dispositivo legal, no parágrafo único, estabelece como deve ser fixado o bordo exterior: *“o limite exterior da plataforma continental será fixado em conformidade com os critérios estabelecidos no art. 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar ...”*. É importante notar que no Brasil a Plataforma

Continental, repito, não é território do País, mas sim somente os recursos econômicos nela existentes.

De forma diversa ocorre em Portugal, onde desde a Constituição da República Portuguesa de 1933, a Plataforma Continental integra o território, inclusive a Plataforma das Ilhas. Voltaremos a falar dessa matéria no capítulo IV deste trabalho.

5.3.1.6. O mar territorial.

O mar territorial, por longo tempo, não teve uma demarcação precisa, vigorando regras costumeiras do direito internacional, que fixava a sua largura de acordo com o alcance de um disparo de canhão da artilharia de costa. Em tempos mais recentes, essa largura foi fixada em três milhas náuticas. Porém, a Convenção de Genebra, de 1958, fixou a largura do mar territorial em doze milhas náuticas. Porém, o Brasil, em acordo com a Argentina, na década de 1960, reduziu o seu mar territorial para seis milhas náuticas. Poucos anos depois, através do Decreto-lei nº 1.098, de 25 de março de 1970, o mar territorial brasileiro foi alargado para duzentas milhas náuticas, assim permanecendo até a entrada em vigor da Lei nº 8.617/93, que revogou aquele diploma legal e fixou a largura do mar territorial brasileiro em doze milhas náuticas.

Na atualidade, o mar territorial é de doze milhas náuticas, contadas da linha costeira (linha de base), enquanto que a zona econômica exclusiva se alonga das doze até as duzentas milhas náuticas, contadas a partir da linha de base que serve para medir a largura do mar territorial. Nessa área, a exploração

econômica de qualquer recurso natural, mineral ou pesqueiro, ainda que esteja no subsolo, é exclusivamente reconhecida ao Brasil. A realização de estudos e pesquisas científicos nessas áreas marítimas, depende de autorização da Secretaria do Patrimônio da União, assim como a passagem de cabos submarinos e de dutos de petróleo ou gás natural (art. 4.º da Lei 13.139, de 26 de junho de 2015).

O conceito de linha de base é dado pelo artigo 7.º, incisos I a V, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)⁴²², promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 99.165, de 12 de março de 1990⁴²³. Por força da adesão à CNUDM são fixados os limites do Mar Territorial dos países aderentes, inclusive o do Brasil, como já citado.

A largura do mar territorial é medida a partir da linha da costa, assim considerada a linha da água na maré baixa. Ocorre que em locais onde o litoral seja recortado ou que existam conjuntos de ilhas, adota-se a linha de base reta (art. 7.º, inciso I, da CNUDM), que consiste em fixar os pontos mais externos das ilhas mais externas e liga-los em linha reta. Assim, nas baías não se conta a largura do mar territorial a partir da linha da maré baixa, mas sim a partir de uma linha reta traçada entre os dois pontos opostos e extremos na sua saída.

⁴²² TRIVERIO, M. R e PORTO, M.V. *Linhas de base retas e normais das ilhas oceânicas brasileiras*. Universidade Federal Fluminense, Instituto de Geociências. Disponível em: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egall2/Geografiasocioeconomica/Geografiaeconomica/27.pdf>>. Acesso em 26.11.2022.

⁴²³ Texto integral disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 26.11.2022.

5.3.1.7. Os terrenos de marinha e seus acrescidos.

É a faixa de terras localizada no continente, na costa marítima, nas margens dos rios e lagos, até onde a maré alcance em média, ou seja, até o preamar médio, adotado como padrão aquele preamar medido em 1831. Também são terrenos de marinha aqueles terrenos que contornam as ilhas costeiras.

Preamar (do latim *plena mare*) é a média da maré cheia ou alta, que, por sua vez, é a variação periódica do nível do mar, cedendo às influências das forças astronômicas, mutuamente exercidas entre a Terra, o Sol e a Lua. Estas forças fazem com que a maré, diariamente, varie entre o seu ponto máximo e o seu ponto mínimo. É no ponto máximo que é medido o preamar. O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 9.760, de 05 de setembro de 1946, determinou que, na medição dos terrenos de marinha, se adotasse o preamar de 1831⁴²⁴.

A partir do preamar médio, de 1831, conta-se trinta e três metros, medido horizontalmente, em direção a terra. A faixa resultante é o chamado terreno de marinha. Na determinação dessa faixa de terras, adota-se um critério temporal, centrado no ano de 1831, e um critério espacial, centrado na medida de trinta e três metros. Foi adotado o critério temporal, apenas para fixar no tempo a área considerada como terreno de marinha, pois a modificação da dimensão dessa área é constantemente modificada, com acréscimos e decréscimos provocados pelo movimento das águas.

⁴²⁴ Texto integral disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Em razão da ocupação do solo litorâneo, o que vem desde o período da colonização portuguesa, os terrenos de marinha adquiriram grande importância econômica, com uma receita gerada por foros e laudêmios revertendo-se em favor da União. A colonização do território brasileiro começou pela costa, nela se localizando grandes ajuntamentos humanos, o que realça a importância econômica dos terrenos de marinha e o eleva ainda ao patamar de indispensabilidade para a segurança nacional. É de interesse da segurança nacional porque, nos conflitos antigos e atuais, o desembarque de tropas inimigas ocorreu e ocorre, em regra, por via marítima, embora não seja esta única via.

A demarcação dos terrenos de marinha é da competência da Secretaria do Patrimônio da União, órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, observado o procedimento previsto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da União.

5.3.1.8. Os potenciais de energia hidráulica.

Na tradição constitucional brasileira, não se cuidou, nas Constituições anteriores, dos potenciais de energia hidráulica. Coube à Constituição da República, de 1988, a inclusão da matéria como patrimônio da União (art. 20, inciso VIII, da CF). Nas constituições de 1934, 1937 e de 1946, apenas houve a reserva de competência da União para legislar sobre o tema, mas esta última já tratava as “quedas d’água” como propriedades distintas das propriedades do solo, no tocante à sua exploração e ao seu aproveitamento industrial, condicionando a sua exploração e aproveitamento a autorização ou concessão da União.

É importante notar que “*os potenciais*” não são coisas materiais, sujeitas à propriedade, pois ainda estão por existir, não têm existência real. O que está sujeito ao domínio público da União são aqueles cursos d’água que tenham potencial para a produção de energia hidráulica, ou seja, aqueles cursos d’água que poderão produzir energia hidráulica. A exploração desses potenciais de energia hidráulica, que seria a conversão do potencial em energia hidráulica de fato, pode ser feita diretamente pela União ou por terceiro, através de autorização, concessão ou permissão, o que deve ser feito em articulação com os Estados onde se localizem (art. 21, inciso II, alínea b, da CF). O potencial, como conceito da metafísica aristotélica, é a “*possibilidade,[...] é meio entre a pura ausência e o puro ato*”⁴²⁵, o que coloca o rio e a água como puro ato, estando para a energia hidráulica assim como a pedra está para uma estátua.

No caso do curso d’água com potenciais de energia hidráulica se localizar em terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, a autorização para a sua exploração deve ser dada pelo Congresso Nacional, por força da ressalva contida no artigo 231, parágrafo 3.º, da Constituição da República.

Não se perca de vista que o artigo 176 da Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, manteve a distinção, já disciplinada constitucionalmente desde a Constituição de 1946, dando conta que a propriedade do solo não se confunde com a propriedade dos potenciais de energia hidráulica, pertencendo estes à União.

⁴²⁵ KRASTANOV, Stefan Vasilev. *Metafísica I*. Claretiano: Batatais (SP): 2013, p. 70-71.

Nota-se claramente, em relação aos potenciais de energia hidráulica, uma centralização de poderes nas mãos da União, nada deixando aos Estados e Municípios, o que afeta as pequenas usinas de geração de energia elétrica, instaladas antes da Constituição de 1946 por Municípios que não eram servidos pela rede nacional de energia elétrica. A solução encontrada foi incorporar essas pequenas usinas à rede nacional, mas, do ponto de vista econômico, elas se tornaram pouco interessantes.

A centralização de poderes, se de um lado possibilita uma uniformização na produção e distribuição da energia elétrica, de outro tira a autonomia dos Municípios em relação a matérias de seu peculiar interesse.

5.3.1.9. Os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

A Constituição Republicana de 1891, no artigo 64, atribuiu aos Estados o domínio das terras devolutas, das minas e dos recursos minerais. A Constituição Republicana de 1988, por sua vez, confere à União o domínio daqueles mesmos bens, de forma semelhante ao tratamento que dispensou aos potenciais hidráulicos, caminhando em sentido diametralmente oposto à primeira Carta Constitucional Brasileira.

Por isso, todas as minas, em exploração ou ainda inexploradas, estando ou não sob curso d'água, pertencem à União. A concessão dessas minas à exploração de terceiros, atribui a estes a propriedade sobre o produto da lavra, assegurando ao proprietário do solo o direito de participação nesse produto, nos termos definidos em lei (art. 176, parágrafo 2.º, da CF).

Tratando-se de propriedades distintas (art. 176, *caput*, da CF), o proprietário do solo não será, necessariamente, o concessionário, pois este receberá apenas a concessão da fruição do subsolo, cuja propriedade foi conferida à União pelo artigo 20, inciso IX, da Constituição da República.

A atividade de mineração não é admissível em terras devolutas, somente em terras públicas ou particulares. A mineração ocorrida em terras devolutas é irregular e sem controle estatal.

5.3.1.10. As cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos.

Por cavidades naturais, são entendidas as cavernas, antros, furnas, ou grutas, em regra. Porém, a disciplina constitucional é de maior amplitude, abrangendo qualquer cavidade natural. Tais cavidades, normalmente de interesse arqueológico, pertencem à União, mesmo estando em terras de propriedade particular. São sítios arqueológicos em potencial.

Também são de propriedade da União os sítios arqueológicos já identificados e catalogados, assim como aqueles sítios pré-históricos, como é o caso do sítio arqueológico da Pedra Pintada, no Estado de Roraima, onde há evidências de uma arte pré-histórica, semelhante àquela encontrada no Egito antigo. A Lei n.º 3.924, de 26 de julho de 1961, define o que são os monumentos arqueológicos e pré-históricos, assim considerando aquelas jazidas que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil; os sítios nos quais se encontram vestígios de ocupação pelos paleoameríndios; os sítios identificados como cemitérios,

sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico; e as inscrições rupestres ou locais com vestígios de atividade de paleoameríndios.

O interesse da União na preservação dos sítios mencionados se prende à possibilidade de complementação da história da ocupação humana no território brasileiro. Pouco importa que as cavidades naturais subterrâneas, os sítios arqueológicos e pré-históricos estejam localizados em terras particulares ou devolutas, a propriedade desse bem será sempre da União.

5.3.1.11. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Na introdução do nosso estudo falamos sobre a relevância das terras indígenas, pois o senso comum (não científico) é de que as terras demarcadas e destinadas às populações indígenas tradicionais são terras devolutas, o que é equivocado, pois são terras públicas de uso especial. A sua especificidade está exatamente na sua destinação pública de abrigar as populações indígenas ainda não integradas à civilização branca. Aos indígenas é assegurado o uso e o gozo da terra, mas não lhes é conferido o direito de alienação ou de reivindicação, pois não são proprietários da terra e sim ocupantes.

Em raciocínio histórico, até se poderia chegar à conclusão de que as terras que não foram ocupadas e colonizadas pelos portugueses seriam terras devolutas dos indígenas, mas a unidade territorial imposta pelas sucessivas constituições

brasileiras, não permitem essa interpretação. Indígenas não ocupam terras devolutas, mas sim terras públicas demarcadas para uso especial da União.

Coonceituamos, então, as terras indígenas como sendo aquelas terras ocupadas pelos índios, em caráter permanente, e utilizadas na sua atividade produtiva, necessárias à preservação do seu ambiente e da sua cultura. Não se exige que a atividade produtiva gere excedentes, admitindo-se como produtivas as atividades extrativistas e de subsistência, próprias da cultura indígena. O título jurídico conferido aos índios é o direito de ocupação de terras públicas delimitadas ou demarcadas.

Importante salientar que terra indígena não é sinônimo de território indígena, pois o território continua sendo brasileiro e a cessão de uso e usufruto é feita a índios brasileiros, não se encontrando no texto constitucional qualquer referência a nação indígena, povo indígena ou equivalente, de modo que não há sequer autonomia indígena sobre a terra ocupada. É terra demarcada e, portanto, discriminada, afetada a um uso específico, qual seja, a ocupação indígena preexistente.

Não se trata, tecnicamente, de terra devoluta, repita-se, mas sim de terra pública de uso especial. Por isso, entre outras razões jurídicas, é insuscetível de usucapião.

Em matéria de terra pública de uso especial indígena, há quem pretenda que o tratamento conferido àquelas áreas seja de território autônomo indígena⁴²⁶ e a noção do termo revela um juízo de soberania conferida a uma nação indígena, o que não pode

⁴²⁶ BEZERRA, André Augusto Salvador. *Direitos dos povos indígenas. Unidade 3: direitos políticos, autonomia e autodeterminação*. Brasília: Escola Nacional de Formação de Magistrados (EAD), 2021, p. 1-19.

ocorrer na hipótese analisada, pois há o risco de violação da independência do País, da sua soberania sobre aquelas terras e da sua união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, vedado pelo artigo 1.º, *caput* e inciso I, da Constituição Republicana de 1988. A corrente jurídica, minoritária, que advoga a dita pretensão se baseia na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, no artigo 13, inciso 2, dispõe que o termo terras incluirá o conceito de território⁴²⁷, abrangendo todo o ambiente da área que tais “*povos*” ocupam ou usam para qualquer outro fim. Em termos práticos, o que a norma convencional estabelece é a soberania dos “*povos indígenas*” sobre as terras por eles ocupadas, bastando, para essa conclusão, a rápida leitura da exposição de motivos daquela Convenção⁴²⁸. A nosso ver, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, só tem dignidade constitucional no Brasil na parte que trata estritamente

⁴²⁷ “Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro” (STF – PET 3388 - Tribunal Pleno – Relator Ministro AYRES BRITTO – julgado em 19.03.2009 – DJU de 01.07.2010).

⁴²⁸ “Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; Reconhecendo as aspirações desses povos a **assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram**”.

dos direitos humanos e não na parte territorial e de conceitos políticos, onde propõe a violação da soberania do País. É um verdadeiro Cavalo de Troia, pois o nome e a aparência não espelham o conteúdo.

Por isso, a Convenção 169 da OIT não tem o alcance pretendido e não poderia ter sido recepcionada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, pois naquela época não existia o parágrafo 3.º do artigo 5.º da Constituição Republicana de 1988. Portanto, contrariava o artigo 1.º, *caput* e inciso I, da mesma Carta. Então, o Decreto Legislativo 143/2002, se entrou em vigor, não tinha a qualidade de norma constitucional, mas sim de lei ordinária, não podendo contrariar dispositivo constitucional então vigente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da petição nº 3.388, em acórdão relatado pelo Ministro Ayres Britto, deixou assentado que o:

(...) substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva (...). As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que

se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial⁴²⁹.

Na linha do raciocínio sustentado, repita-se, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), não tem o alcance pretendido por parte dos estudiosos.

É importante notar que as terras indígenas representam treze por cento do território brasileiro⁴³⁰ e, repise-se, tão logo demarcadas perdem o *status* jurídico de terras devolutas, tornando-se terras públicas de uso especial. Por isso, as terras públicas ocupadas pelos indígenas não são objeto de abordagem profunda e específica deste trabalho e sim apenas contextual.

⁴²⁹ STF – PET 3388 - Tribunal Pleno – Relator Ministro AYRES BRITTO – julgado em 19.03.2009 – DJU de 01.07.2010. Texto integral disponível em: <www.stf.jus.br>.

⁴³⁰ Fonte: < <https://terrasindigenas.org.br/>>.

A posse e o usufruto dessas terras são assegurados, com exclusividade, aos índios, incluindo a riqueza do solo, dos rios e lagos, ficando a União apenas com a propriedade, excluídos aqueles atributos. Em razão dessa exclusividade, a exploração ilegal de garimpos e madeiras, normalmente com anuência dos próprios índios, acaba refletindo no equilíbrio do meio ambiente. A interferência da União, em casos tais, limita-se à fiscalização e inibição do comércio da produção, mas pouco pode fazer, no interior dessas áreas, quando o uso é transferido a terceiro, que, na maioria das vezes, é um indígena não aldeado.

Traçando um paralelo, enquanto a plataforma continental, considerada como mar territorial, tem uma imensurável relevância para Portugal, a consideração das terras ocupadas pelos indígenas, como terras públicas de uso especial, tem incalculável relevância para a integridade territorial do Brasil.

A menção da matéria na parte introdutória do nosso trabalho está aqui justificada pela relevância pública que tem. Não se trata de terras devolutas, mas sim de terras públicas pertencentes ao Estado brasileiro.

5.3.2. Bens públicos dos Estados.

São bens públicos dos Estados-membros as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas as decorrentes de obras públicas da União; as áreas das ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem em seu domínio; as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

A questão mais importante aqui é saber se *pertença* é sinônimo de *domínio*. A resposta é não, pois pertencer é fazer parte de alguma coisa, o que não significa ter direito a atributos dessa coisa. Do ponto de vista matemático, o elemento não tem domínio sobre o conjunto, mas sim, e somente, dele faz parte.

Não se pode perder de vistas o já mencionado artigo 64 da Constituição Republicana de 1891, que dispunha: “*pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais (destaque nosso)*”. Com o processo de centralização do Estado Brasileiro, levado a cabo pelas sucessivas Constituições, as terras devolutas passaram ao domínio da União, mas aquelas que já haviam se incorporado ao patrimônio dos Estados assim permanecem. A razão disso parece simples, pois o que foi incorporado ao patrimônio dos Estados se tornou terras públicas, perdendo a qualificação de devolutas.

O estoque de terras devolutas dos Estados-membros é administrado, em regra e em cada Estado federado, pelos Institutos de Terras respectivos, ou órgãos equivalentes, que promovem os assentamentos e colonizações.

No âmbito da União, o estoque de terras devolutas é administrado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), muitas vezes questionado pelo seu uso político, mas que prestou relevantes serviços na colonização de vastas regiões do Brasil.

Em relação às ilhas fluviais e lacustres, pouco restou aos Estados, pois as ilhas mais importantes se localizam em rios e lagos sob o domínio da União.

5.3.3. Bens públicos dos Municípios.

Os bens públicos dos Municípios são aqueles que atualmente lhes pertencem e os que vierem a ser atribuídos; as ruas, praças e áreas dominiais. Há que se adicionar aos bens públicos municipais aqueles bens pertencentes às suas autarquias, fundações e associações públicas, pois são instituídas com base no patrimônio público, com uma finalidade pública específica.

5.3.4. Bens públicos autárquicos.

Os bens autárquicos são bens públicos como quaisquer outros e, com tais qualidades, podem ser de uso comum do povo, de uso especial ou meramente dominiais. São inalienáveis os bens de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto permanecerem nessa qualidade. Os dominiais podem ser alienados, observadas as exigências do artigo 101 do Código Civil. Como todos os bens públicos, não estão sujeitos à prescrição, extintiva ou aquisitiva, ou seja, não podem ser adquiridos por usucapião, nem mesmo quando invocada como matéria de defesa. Na mesma linha, não se sujeitam a oneração por nenhum direito real de garantia e são impenhoráveis.

Os bens autárquicos no Brasil, por pertencerem a entidade administrativa descentralizada, dão azo para que sejam considerados bens privados do Estado, o abordaremos mais adiante, quando examinarmos a distinção entre os bens de domínio privado do Estado e os bens de domínio privado do particular.

As autarquias, no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser corporativas ou fundacionais e cada uma delas pode ter o domínio de bens do patrimônio público. Em passado recente, foram criadas no ordenamento jurídico brasileiro as chamadas ‘agências reguladoras’, que são espécies de autarquia com regime jurídico especial e, como as demais, também pode ter o domínio de bens do patrimônio público.

No ordenamento jurídico português as autarquias são pessoas coletivas (jurídicas) de direito público responsáveis pela promoção do bem comum em nível local⁴³¹, pois o País é unitário. Equiparam-se, no Brasil, aos Estados e Municípios. Não é possível uma comparação adequada porque em Portugal as autarquias são da administração pública direta, enquanto no Brasil são da administração pública indireta.

Enfim, no Brasil, os bens públicos autárquicos gozam da mesma proteção jurídica e das mesmas restrições às quais se sujeitam os bens públicos em geral. Em Portugal não há sequer razão para a comparação, pois os bens das autarquias são bens públicos.

5.4. BENS PÚBLICOS QUANTO À POSSE.

A classificação dos bens públicos quanto à posse, embora de pouca importância, apresenta situações polêmicas e três hipóteses se apresentam. Em primeiro plano, há aquela posse

⁴³¹ SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. *O papel das autarquias locais, das freguesias e das regiões autónomas no planeamento urbano em Portugal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/90904/o-papel-das-autarquias-locais-das-freguesias-e-das-regioes-autonomas-no-planeamento-urbano-em-portugal>>. Acesso em 13.05.2022.

transferida ao particular para fins de uso, com a observância das regras do direito administrativo. Em segundo plano, nota-se aquela posse em que o particular invadiu um imóvel de domínio público e o possui irregularmente. Por fim, em terceiro plano, há a posse de um imóvel público disputada por dois ou mais particulares que o ocuparam de forma irregular.

As duas últimas hipóteses devem ser, desde logo descartadas, pois no caso de possuidores irregulares de imóveis de domínio público, não há posse e sim mera detenção, não se falando em proteção possessória nestes casos⁴³². Então, no sentido rigorosamente técnico, não há posse pelo particular de imóvel ou bem de domínio público, salvo aquela que lhe seja transferida para fins uso nos termos da lei.

Quanto a posse, pelo visto, o bem público pode estar em situação regular ou irregular. Descartada a posse irregular, pois é qualificada como mera detenção, resta examinar a posse regular dos bens e imóveis de domínio público.

A posse dos bens públicos é uma situação de fato que decorre da lei. Com a observância da lei, os bens públicos podem ter a posse transferida a terceiros por meio de autorização, permissão ou concessão, para fins de uso, exploração ou prestação de um serviço público. Não se perca de vista que o particular, para ter o uso privativo do bem público ou para usá-lo na prestação de serviço público, deve ter a sua posse legal.

Diante do expressivo aumento da atividade estatal em todas as áreas, como consequência da evolução social, o Estado já

⁴³² ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. *A posse de bens públicos: Análise crítica de jurisprudência*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58900/a-posse-de-bens-publicos>>. Acesso em 26.11.2022.

não consegue, por si, prestar alguns serviços públicos essenciais, o que o leva a transferir aos particulares, mediante a cobrança de tarifas, a prestações desses serviços, transferindo-lhe a posse dos bens públicos afetos àquele serviço, para fins de exploração e conservação. É o caso das concessões das estradas de ferro e de rodagens, que são construídas pelo Poder Público, mas concedidas aos particulares, para fins de exploração, conservação e até melhoramento.

As estradas são bens de uso comum do povo e, mesmo com a concessão, não perdem essa qualidade. O uso das estradas por veículos automotores os sujeita ao pagamento de uma tarifa controlada e fiscalizada pela Administração Pública, mas não há restrição quanto ao seu uso por pedestres. Há de se lembrar que o uso comum do povo não é sinônimo de uso gratuito, o que permite a cobrança pelo uso do bem.

As estradas de ferro, por se prestarem a fins específicos, sem o trânsito de pedestres, sujeitam sempre o seu usuário ao pagamento de uma tarifa, mas não é vedado ao pedestre o trânsito na margem dos trilhos, embora o risco não recomende esse trânsito.

Então, quanto à posse, os bens públicos podem ser de posse direta pelo poder público; de posse autárquica, fundacional ou de associação pública; de posse autorizada, cedida ou concedida aos particulares para fins de prestação de serviços públicos.

5.4.1. Bens afetados à prestação de serviços diretamente pelo Estado.

A regra é que o Estado preste por si mesmo o serviço público que lhe é próprio. Ocorre que nem sempre isso é possível,

em razão de limitações orçamentárias, deficiência no quadro de funcionários, falta de expertise, entre outras causas, o que leva o Estado a transferir a terceiros a prática desse serviço.

Alguns serviços são essenciais e, por isso, prestados diretamente pelo Estado, o que demanda a afetação dos bens públicos necessárias à prática daquele serviço. É exemplo disso o serviço de polícia judiciária, ao qual o Estado deve direcionar os bens necessários à sua execução, tais como prédios, viaturas e instrumentos técnicos. São bens afetados à prestação de um serviço público específico, que não podem ser alienados ou ter outra destinação sem prévia desafetação.

Os bens afetados à prestação de serviço público diretamente pelo Estado são aqueles bens públicos de uso especial. Não tem sentido que um imóvel afetado à distribuição de energia elétrica de alta tensão seja de uso comum do povo, até pelo risco próprio dessa atividade, cuja aproximação de pessoas pode comprometer-lhes a vida.

Não se conhece nenhuma hipótese de afetação de bens de uso comum do povo à prestação de serviço pelo próprio Estado, salvo nos casos de estradas de rodagens. No caso dos serviços de balsa, os bens a ele afetados se tornam bens públicos de uso especial. Nos demais casos, da mesma forma, os bens públicos afetados são todos de uso especial.

5.4.2. Posse cedida a particulares por meio de autorização de uso, permissão ou concessão de uso para fins públicos.

Os bens públicos cedidos aos particulares, para fins de exploração ou prestação de um serviço público, não perdem a sua

qualidade de público, embora sua posse esteja conferida a particulares para fins específicos.

Embora essa matéria tenha adquirido maior relevo a partir do final do Século XX, com as concessões de serviços públicos até então privativos da Administração Pública, direta ou indireta, os bens públicos, cuja posse transferida ao particular, continua numa universalidade pública, pois, como leciona Cretella Júnior:

*(...) não só à universalidade, como também a cada um dos elementos constitutivos essenciais que a integram. Numa biblioteca, por exemplo, o caráter público matiza essa própria entidade como também cada um dos livros que dela fazem parte, considerados individualmente*⁴³³.

Assim também ocorre em relação aos bens públicos postos sob a administração do concessionário do serviço público. No total e na individualidade, não perdem a qualidade de bens públicos.

É importante anotar que a cessão da posse dos bens públicos aos particulares, para fins de uso, implica numa ampla classificação das formas de uso daqueles bens⁴³⁴. A primeira dessas classificações se refere à exclusividade ou não exclusividade dos bens cedidos, ao lado da exigência, ou não, de um título constitutivo daquela cessão da posse. Maria Silvia Zanella di Pietro, em relação a esta classificação, aponta um uso comum e um uso privativo⁴³⁵, ressaltando que o uso comum não se refere àquele instituto, com a mesma denominação, tratado no artigo 99, inciso

⁴³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. São Paulo: Forense, 1984, p. 195.

⁴³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Uso privativo de bem público por particular*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

⁴³⁵ *Ibid*, p. 17.

I, do Código Civil Brasileiro, pois este se funda na destinação da afetação do bem, enquanto naquela examina-se tão somente a sua forma de utilização, que pode ser exclusiva ou não, incidindo sobre qualquer das espécies de bem público. Ainda nessa classificação, anoto que Cretella Júnior inclui as terras devolutas entre os bens dominicais (artigo 99, inciso III, do CCB)⁴³⁶, nada falando especificamente, sobre seu uso ou destinação. A nossa posição, desenvolvida ao longo desse estudo, é de que as terras devolutas não são dominicais ou dominiais em sentido estrito, mas sim em sentido amplo. Isso porque o domínio em sentido estrito equivale à propriedade e as terras devolutas não são de propriedade pública.

Em relação à destinação do bem público, Di Pietro assinala que a conformidade, ou não conformidade do uso, pode ser normal ou anormal⁴³⁷. O Estado, como titular do domínio e da posse, tem o uso normal e constante do bem público, pois não depende, para tanto, da manifestação de terceiros⁴³⁸. De outro lado, o particular necessita de um título que o autorize a fazer uso do bem público, salvo naqueles bens de uso comum do povo⁴³⁹, onde o uso é anônimo, como ocorre com as ruas e avenidas. É possível

⁴³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. Revista de Direito Administrativo*, jul/set., 1970, n. 101, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 24-43.

⁴³⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Uso privativo de bem público por particular*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

⁴³⁸ “Os bens públicos são utilizados pelo Estado e pelos particulares. O Estado tem o uso normal e constante. Não é uso que dependa da manifestação de quem quer que seja, a não ser, em casos especiais, quando a natureza do próprio bem, por motivos de sua destinação, imponha uma limitação de uso, inclusive por funcionários e agentes administrativos” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. Revista de Direito Administrativo*, jul/set., 1970, n. 101, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 25).

⁴³⁹ “de un poder que puede ser ejercido por todos los hombres, por su condición de hombre - kiwis de la población - sin distinción entre nacionales y extranjeros, y en cuyo ejercicio el usuario permanece anónimo, indeterminado, no individualizado” (MARIENHOFF, Miguel S. *Domínio público: protección jurídica del usuario*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1955, p. 62).

que, mesmo nos bens de uso comum⁴⁴⁰, haja uso particular de parte dele, desde que não modifique a finalidade de todo o bem. Assim, numa praça pública, é possível a cessão a particular de uma parte, onde se instale um comércio de alimentos, por exemplo, o que não prejudica o lazer público, finalidade última de uma praça pública.

O patrimônio público é composto por uma variedade de bens que, às vezes, não interessa a Administração Pública a sua exploração direta, embora lhe interesse ter o domínio daqueles bens. Então, para a sua correta administração e aproveitamento em favor da totalidade da população, admite-se a sua cessão de uso a particulares. Cessado o uso para o qual o bem foi cedido ao particular, a posse se consolida nas mãos da Administração Pública, sem qualquer outra formalidade, pois a cessão é sempre feita com a finalidade de uso específico. Findo o uso específico, chega também ao fim a cessão de uso daquele bem público ao particular, até porque os bens são inalienáveis⁴⁴¹ e não poderiam ser adquiridos por outros particulares.

A inalienabilidade do bem público é a regra, mas, como exceção, é possível a alienação daqueles bens. No Brasil, o artigo 5.º, parágrafo 2.º, da Constituição Republicana de 1934, admitia expressamente a existência de bens alienáveis da União⁴⁴², enquanto que as Constituições posteriores nada dispuseram sobre a matéria.

⁴⁴⁰ “Uso comum é o que se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Uso privativo de bem público por particular*. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18).

⁴⁴¹ “Os bens públicos são prestigiados pelas cláusulas de inalienabilidade, de imprescritibilidade e impenhorabilidade e pela não oneração que lhes conforma o regime jurídico” (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 341).

⁴⁴² Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o34&text=Art%201%C2%BA%20%2D%20A

O uso comum é do interesse coletivo quando se trata de bem público, pois é um bem do uso de todos, nacionais ou não, não se prestando, em regra, à individualização de uso em favor de determinado particular. Nesse caso, o particular pode usar o bem comum, porém, na qualidade de membro da coletividade, sem nenhuma outra qualidade específica. Aliás, é característica dos bens de uso comum a sua abertura ao uso de uma coletividade, não se exigindo autorização prévia da Administração Pública, propiciando o acesso igualitário e incondicionado a qualquer pessoa; Em regra, o uso de bem comum é gratuito, mas pode, como exceção, ser de uso remunerado, sempre preservando a sua finalidade; O uso está sujeito ao poder de polícia da Administração Pública, no seu mister fiscalizatório, buscando preservar o bem público e garantir a segurança dos particulares usuários, agindo de forma discricionária e, portanto, autotutelável. O uso do bem comum não é direito subjetivo do particular, pois qualquer pessoa poderá exercê-lo, mas pode ser visto como um direito subjetivo público, pois a Administração Pública não pode dar destinação diversa ao bem, salvo se operar a desafetação.

Nessa linha, é possível dizer que, como parte de um todo, ou seja, como parte da coletividade, o particular não tem direito subjetivo ao uso do bem, mas na sua individualidade, se o uso estiver facultado a todos, será titular de direito subjetivo público de uso do bem comum, apto a ser defendido em juízo ou mesmo frente à Administração Pública. Não pode a Administração Pública, de forma imotivada, restringir o acesso de determinada pessoa a um bem público de uso comum, enquanto aquele uso estiver facultado a todos os membros da coletividade. De forma

[%20Na%C3%A7%C3%A3o%20brasileira,15%20de%20novembro%20de%201889>.](#) Acesso em 27.04.2022.

diversa, havendo motivo que prejudique ou inviabilize o uso comum do bem, a Administração Pública poderá restringir o uso, valendo-se do poder de polícia que lhe é inerente.

Os bens devolutos, embora não tenham nenhuma destinação específica, não se prestam ao uso comum, como é caso das ilhas costeiras. São bens de domínio público, mas não se incluem entre os bens de propriedade pública. Os bens devolutos só ingressariam do elenco dos bens de propriedade pública depois de devidamente especificados, através do processo discriminatório (art. 1.º da Lei n.º 6.383, de 07 de dezembro de 1976)⁴⁴³, que poderá ser administrativo ou por ação judicial (art. 18 da Lei n.º 6383, de 07 de dezembro de 1976).

Antes da discriminação, ou seja, antes de ingressar no elenco dos bens de propriedade pública, os bens devolutos não se sujeitam ao uso comum. Com a discriminação, o bem, até então devoluto, perde essa qualidade, tornando-se propriedade pública sujeita à finalidade que a Administração Pública lhe apontar.

Do mesmo modo, se considerados como devolutos, os bens estatais não se prestam ao uso privativo, nem mesmo por parte do Estado, que também necessitará do manejo da discriminação do bem, notadamente se o trato for de bem imóvel, quando então se tornaria bem de uso especial. Aqui cabe uma advertência, posto que bens estatais não é sinônimo de bens públicos e menos ainda bens de uso comum:

No direito brasileiro, existem duas grandes categorias de bens quanto à pessoa: os bens do Estado e os bens de pessoas não estatais, físicas ou jurídicas. À luz deste critério subjetivo, os

⁴⁴³ Texto integral disponível em: <www.planalto.gov.br>.

bens estatais ora são públicos, ora privados. Disso decorre que a expressão “bens estatais” não é sinônima de “bens públicos”, pois representa um conjunto patrimonial muito mais abrangente. A razão dessa distinção teórica é simples e revela sua essencialidade. O Estado, em sua estrutura multiforme, reparte-se em planos políticos federativos, em Poderes, e também em entidades de direito público e de direito privado, tudo isso para se especializar e executar com mais eficiência suas tarefas primárias. Isso revela que nem sempre o Estado atua por uma entidade de direito público interno. Há casos, por exemplo, em que desempenha suas atividades por meio de associações privadas (estatais), empresas (estatais), fundações privadas (estatais) e assim por diante. Daí porque seus bens não são todos públicos. Há bens estatais públicos ou privados. Sucede que nem a Constituição, nem o Código Civil se referem textualmente a uma categoria de bens estatais em contrapartida a bens não-estatais. A seu turno, o Código Civil destaca apenas os bens públicos, dando margem a inúmeros erros interpretativos, dos quais dois merecem destaque. O primeiro erro ou confusão consiste na utilização da expressão bens públicos para indicar o conjunto total dos bens do Estado (bens estatais). Melhor dizendo: não é raro que a doutrina e a jurisprudência, por força da redação do Código Civil, lancem a expressão bens públicos para apontar os bens contidos no patrimônio de qualquer ente estatal. Isso se vislumbra em praticamente todos os cursos e manuais de direito administrativo. Não se abre, neles, um capítulo sobre os bens estatais, mas sim sobre os bens públicos. O segundo erro grave, também induzido pela redação constante do Código Civil, é acreditar que não existiriam bens estatais em regime

predominantemente privado, já que todos os bens teriam que se encaixar em uma das três formas dos bens públicos previstas no Código Civil. Ocorre que os bens estatais privados não são bens públicos, mas tampouco entram em um regime idêntico aos bens de entidades privadas desligadas do Estado. Embora se guiem pelo regime mais privatístico, sua gestão está sujeita a controles diferenciados, por exemplo, pelos Tribunais de Contas, por ações populares, por ações civis públicas, por ações de improbidade etc⁴⁴⁴.

Os bens estatais incluem os bens de propriedade particular das autarquias (no Brasil), que não são, em sentido estrito, bens públicos ou de propriedade pública. Aliás, não são bens de uso comum do povo, não são bens de uso especial e não são bens meramente dominicais ou dominiais, restando-lhes apenas o elenco dos bens privados, embora seja de propriedade de órgão da administração pública indireta.

Aqui estamos examinando o que seria o bem público de uso comum, deixando de lado os bens estatais em sentido mais amplo.

O uso comum pode ser ordinário ou extraordinário. No caso de uso comum ordinário, não há que se exigir qualquer autorização do Poder Público para a sua utilização, como é caso, por exemplo, do trânsito de pedestres por um determinado logradouro público. Por outro lado, se este mesmo logradouro público for submetido a uma forma de uso que não lhe é comum ordinária, será necessária a prévia autorização da Administração Pública. Como exemplo, temos a realização de uma passeata de

⁴⁴⁴ MARRARA, Thiago. *Bens Estatais*. Enciclopédia jurídica da PUCSP: direito administrativo e constitucional/ coordenação Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 4-5.

protesto naquele mesmo logradouro que, ordinariamente, é usado para o trânsito de pedestres. É um uso extraordinário de um bem comum, carecendo, por isso, de prévia autorização administrativa.

Divide-se ainda o uso comum em normal e anormal. Se o bem público tem uma destinação, ao ceder seu uso ao particular, este nem sempre observará aquela destinação, embora com ela deva ser sempre compatível. Assim, se o particular, no uso privativo do bem público, o faz de acordo com a sua destinação principal, estará fazendo uso normal daquele bem. De forma diversa, se o uso é apenas compatível com a finalidade principal do bem, mas não é propriamente usado para aquela finalidade, ter-se-á o uso anormal do bem público. É o caso, por exemplo, das ruas que, normalmente, são usadas para o trânsito de pessoas e veículo, mas poderão ser interditadas ao trânsito de veículos, para que aquele espaço seja usado para instalação temporária de uma feira livre. Temos então o uso normal e o uso anormal.

Há discussão doutrinária sobre a incidência do uso anormal, ou seja, se ele pode recair sobre bens de uso comum ou somente sobre bens de uso privativo dos particulares. Tanto o bem de uso comum quanto o bem de uso privativo podem ter uso normal ou anormal. No exemplo do parágrafo anterior, temos um bem de uso comum sendo usado de forma anormal, para fins de instalação de feira livre, enquanto o seu uso normal seria para o trânsito de pessoas e veículos.

Também é possível que o bem de uso privativo do particular seja cedido para uso de modo anormal, como é caso das repartições em mercados públicos, cujo uso privativo é cedido aos particulares para que nele seja instalado o comércio de gêneros alimentícios, mas que, eventualmente, seja autorizada a utilização da calçada para fins de instalação de uma cafeteria. No primeiro

caso, temos o uso normal do bem cedido ao particular, conforme a sua destinação, enquanto que, no segundo caso, temos o uso anormal daquele bem, compatível com a sua destinação principal. Então, é possível distinguir, com a lição de Jambrenghi⁴⁴⁵, uma normalidade-conformidade e uma normalidade-compatibilidade.

O uso anormal do bem de uso privativo do particular deve se lastrear em título jurídico de natureza precária, mostrando-se adequados a esse fim a autorização de uso e a permissão de uso, pois se o uso anormal não for ao menos compatível com a destinação principal do bem, aqueles títulos podem ser cassados discricionariamente⁴⁴⁶.

A distinção entre o uso normal e o uso anormal do bem cedido para uso privativo dos particulares não é isenta de críticas, pois Cassese⁴⁴⁷ indaga sobre a razão pela qual o uso das águas de um rio, para fins de produção de energia elétrica, é considerado uso anormal, enquanto que o seu uso para a navegação é considerado como normal. É mais frequente a utilização das águas de um rio para a produção de energia elétrica e menos comum a utilização das mesmas águas para fins de navegação. Sendo frequente o uso das águas para fins de produção de energia elétrica, então não seria esse uso anormal. Nessa linha, não haveria critérios objetivos para definir o que seria o uso normal ou anormal, ficando no campo subjetivo a definição do que seja ou não uso normal.

Ainda que não agrade a toda a doutrina, prevalece, porém, a classificação tradicional.

⁴⁴⁵ JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*. Napoli: Jovene Napoli, 1979, p. 216.

⁴⁴⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Uso privativo de bem público por particular*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.25.

⁴⁴⁷ CASSESE, Sabino. *I beni pubblici: circolazione e tutela*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 207.

Em razão da variedade de formas de uso dos bens comuns, não se apresenta destituída de fundamento a distinção entre uso normal e uso anormal, cabendo ao poder público definir a melhor forma de uso, de modo a proporcionar o máximo de utilidade do bem comum, com o menor custo possível. Se o uso anormal, sem contrariar a destinação do bem, proporciona maior utilidade e menor custo, então pode o Administrador Público por ele optar, desde que não contrarie determinação legislativa.

Em oposição ao uso comum do bem público, coloca-se o uso privativo do bem público, conferido ao particular. Desde já, torna-se necessário anotar que não existe terminologia uniforme acerca do tema, seja no direito nacional ou no direito comparado. De fato, Guido Zanobini⁴⁴⁸ atribuiu ao instituto o nome *uso excepcional*, enquanto que Rafael Bielsa⁴⁴⁹ o chamou de *uso especial*, no que foi acompanhado por Manuel Maria Diez⁴⁵⁰. Na lusofonia, Marcelo Caetano⁴⁵¹ e Diogo Freitas do Amaral⁴⁵² deram-lhe o nome de *uso privativo*, aqui adotado como tradição. Entre nós, José Cretella Júnior⁴⁵³ adotou a terminologia *uso privativo*, enquanto que Hely Lopes Meirelles⁴⁵⁴ optou pela expressão *uso especial*.

De forma isolada, Diogo de Figueiredo Moreira Neto atribui a expressão *uso especial* a uma terceira espécie de utilização

⁴⁴⁸ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 36. v. IV.

⁴⁴⁹ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6.^a ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, p. 501. t. III.

⁴⁵⁰ DIEZ, Manuel Maria. *Dominio publico: teoria general y régimen jurídico*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1940, p. 315.

⁴⁵¹ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 8.^a ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1969, p. 501.. t. II.

⁴⁵² AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 159.

⁴⁵³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Bens públicos*. 2.^a ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1975, p. 55-56.

⁴⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 438.

dos bens públicos, ao lado do *uso comum* e do *uso privativo*. Seria de uso especial aqueles bens públicos que trazem consigo alguma restrição ao seu uso universal, pois exige “...a emissão de uma outorga prévia a quem a haja solicitado e demonstrado satisfazer determinados requisitos legais vinculados ou discricionários”⁴⁵⁵. O requisito legal vinculado caracterizaria o uso especial do bem cedido ao particular, apontando como exemplo a situação de um guarda florestal que tem o direito de usar as instalações de determinado parque florestal nacional, em razão das suas funções nele exercidas. O particular pretendente ao uso, no caso o guarda florestal, goza de um *status* que o torna apto ao uso daquele bem público. É um ato vinculado, pois depende do reconhecimento do *status* do particular, para só então conceder-lhe a licença de uso do bem público. Ainda que em sentido mais alargado, Celso Antônio Bandeira de Mello também adota a expressão uso especial, para qualificar aqueles bens públicos que apresentam “um transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros”⁴⁵⁶. O uso especial, na visão desse autor, pode recair sobre parte do bem público e sua cessão pode ser discricionária, como é caso da tolerância ao uso de uma praia por particulares, feita por meio de *autorização*.

Porém, como adverte Pietro:

(...) a expressão uso especial deve ser evitada para designar a utilização privativa, por ter, no direito positivo brasileiro, outro significado que decorre do artigo 99, II, do Código Civil, onde é empregada para qualificar os bens aplicados a

⁴⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 349-350.

⁴⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 917.

*serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias*⁴⁵⁷.

Eis, portanto, a razão pela qual, na tradição administrativista brasileira, é adotada a expressão *uso privativo*.

O “*uso privativo é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público*”⁴⁵⁸. Na definição estão incluídas as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, podendo ser uma pessoa jurídica de direito público pertencente a outro ente da Federação.

Tratando-se de uma projeção exterior da personalidade, seja da pessoa física ou jurídica, o uso pode ter conteúdo variável, sem que isso afronte a finalidade principal do bem público. Em alguns casos, pode ser mera ocupação, com ou sem a colheita dos frutos civis daquele bem. Noutros, é possível incluir alguma transformação do bem público, se não houver nenhuma afronta à sua finalidade principal. Em alguns casos pode haver até mesmo a alienação do bem público, como é caso das concessionárias distribuidoras de água potável e tratada à população.

A finalidade principal do bem, assim entendida a sua destinação, é que vai condicionar a exclusividade do seu uso pelo particular. É nesse sentido a lição da doutrina:

(...) o usuário tem exclusividade na utilização da parcela dominial, para a finalidade consentida; e depende, para exercício desse poder, da expedição, pela autoridade

⁴⁵⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Uso privativo do bem público por particular*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29.

⁴⁵⁸ *Ibid*, p. 29.

*competente, de título jurídico individual, em que se definam as condições da utilização*⁴⁵⁹.

Não se inclui na exclusividade de uso a mera tolerância da Administração Pública na utilização do bem de forma contrária àquela constante do título jurídico, até porque sequer nele poderia constar.

O uso exclusivo deve constar expressamente do título jurídico de outorga.

Não se olvide que o uso privativo do bem público cedido ao particular pode ser normal ou anormal, estando conforme ou compatível com a destinação principal do bem. Em qualquer caso, o consentimento da Administração Pública deve ser manifestado através de ato administrativo unilateral ou através de contrato administrativo, onde conste a duração da cessão, as condições de uso, a finalidade do bem, a qualificação das partes, assim como seus direitos e deveres, e ainda se haverá ou não remuneração pelo uso privativo. O título jurídico deve ser sempre de direito público, pois a Administração Pública, representando o interesse geral, goza de supremacia sobre o interesse particular. Se o título fosse regido pelas regras do direito privado, a Administração Pública estaria em situação de igualdade com o particular, o que lhe retiraria a capacidade de avaliação da conveniência e da oportunidade de continuar com a cessão de uso privativo do bem público.

Tomando por base a classificação feita pelo artigo 99 do Código Civil Brasileiro, a cessão de uso privativo pode recair sobre bens de uso comum do povo, sobre bens de uso especial e sobre bens meramente dominicais. Aqui é, mais uma vez, importante ressaltar que os bens devolutos, notadamente as terras devolutas,

⁴⁵⁹ *Ibid*, p. 29.

não se incluem em nenhuma dessas classificações, fundamento pelo qual sustentamos que tais bens não podem ser objeto de uso privativo, salvo em processo de assentamento de colonos e para fins de reforma agrária, até porque essa é a destinação daquelas terras, dada pela Constituição Republicana de 1988.

O título constitutivo da cessão de uso privativo, de forma peculiar ao Direito brasileiro, classifica-se em autorização, permissão e concessão. De forma diversa, no direito administrativo português, Diogo Freitas do Amaral⁴⁶⁰ classifica o título jurídico de cessão de uso em atos unilaterais e atos bilaterais. Já Marcelo Caetano⁴⁶¹ se limita à licença e à concessão. O tema se veste de importância, pois a licença e a permissão são atos administrativos discricionários e unilaterais, enquanto que a concessão e o arrendamento são feitos por contrato bilateral, o que vincula ambas as partes.

Entre os juristas alemães, Otto Mayer⁴⁶² fala em permissão e em concessão. Por sua vez, Forsthoff⁴⁶³ coloca a permissão como gênero, do qual a licença e a concessão são espécies.

Na França, fala-se em permissão e em concessão, embora Laubadère⁴⁶⁴ leccione que a permissão e a concessão são espécies do gênero autorização. Mais restritivos são os administrativistas

⁴⁶⁰ AMARAL, Diogo Freitas. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 166-169.

⁴⁶¹ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 8.^a ed. Lisboa: Editora Coimbra, 1969, p. 866. t. II.

⁴⁶² MAYER, Otto. *Derecho administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 225-226. t. III.

⁴⁶³ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Tradução de Legaz y Lagambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega Y Junge. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 506.

⁴⁶⁴ LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 187.

italianos⁴⁶⁵, pois unificam as formas de título jurídico constitutivo de uso privativo por particulares apenas na concessão, destinando a permissão apenas aos casos de uso comum extraordinário.

Embora no Brasil esteja consagrada a autorização, como instituto de direito administrativo, as cessões de uso privativo de bens públicos são feitas, rotineiramente, através da permissão de uso e da concessão de uso, figurando a primeira, repita-se, como ato discricionário e unilateral da Administração Pública e a segunda como contrato bilateral. Fala-se ainda em direito real de uso, em locação, em arrendamento, aforamento e licença, embora estes sejam instrumentos de pouco uso. Embora a autorização tenha interesse doutrinário, na prática, produz os mesmos efeitos que a permissão, pois são atos administrativos discricionários e unilaterais.

Ainda no Brasil, nos diversos entes da Federação, o que mais se utiliza é a permissão, embora cada Ente federado tenha autonomia legislativa para adotar qualquer das espécies mencionadas (art. 18 e 30 da Constituição da República). Por conta disso, não há uniformidade na disciplina legal da matéria.

Há, ainda, doutrinadores que optam pela denominação outorga de uso de bens do domínio público, como é o caso de Thiago Marrara⁴⁶⁶, sustentando que a outorga pode decorrer diretamente da lei; de ato unilateral discricionário, como as autorizações, cessões e permissões; e de um contrato de concessão de uso e concessão de direito real de uso, como ocorre nas concessões de serviço público e nas parcerias público-privadas.

⁴⁶⁵ RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7.^a ed. Milano: Giuffrè, 1945, p. 21.

⁴⁶⁶ MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano – infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 138.

A dificuldade terminológica, até mesmo dentro de um ordenamento jurídico determinado, impede a sistematização da matéria, como seria de boa técnica. Porém, é incontestável que a cessão de bens públicos para uso privativo dos particulares será feita por ato administrativo unilateral e discricionário, em qualquer de suas espécies, ou por contrato, quando então estarão vinculadas ambas as partes, impedindo a sua resolução por ato discricionário baseado na conveniência e na oportunidade.

Examinamos o uso dos bens públicos por particulares, mas, em nenhuma das hipóteses mencionadas, surge a possibilidade de uso das terras devolutas pelos particulares ou pelo poder público, ressalvadas as exceções já assinaladas.

5.4.2.1 A precariedade e a estabilidade da cessão de uso privativo do bem público ao particular.

Nos comentários anteriores falamos sobre as formas de uso, sobre como tais formas são condicionadas pela finalidade principal do bem público. É ainda a mesma finalidade que irá reger a cessão de uso em caráter precário ou de forma estável. A precariedade da cessão de uso, aqui abordada como permissão de uso⁴⁶⁷, deve ser titulada por ato administrativo que, na sua essência, contém a discricionariedade e a oportunidade na sua instituição ou

⁴⁶⁷ “Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário, através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público nas condições por ele fixadas. Como ato negocial(...), a permissão pode ser com ou sem condições, gratuita ou remunerada, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo de outorga, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada a natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 10.^a ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 240).

na sua forma de extinção, tendo em conta a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

As terras devolutas, embora se destinem à constituição da propriedade privada, não se prestam ao uso privado, antes que o processo de transferência tenha se iniciado. O uso, aliás, é condição para a aquisição da propriedade. Enquanto não se consuma a transferência, o beneficiário tem o direito e, ao mesmo tempo, o dever de usar o bem, de acordo com a sua destinação.

De outro lado, a estabilidade, mesmo conservando a supremacia do interesse público, diminui a superioridade da administração, conferindo direitos ao particular, de modo que a desigualdade antes existente se torna diminuída, limitando a discricionariedade e a oportunidade do ato administrativo⁴⁶⁸, tornando-se, portanto, um contrato administrativo. A concessão tem sido vista como o contrato administrativo por excelência na cessão de uso de bem público ao particular, embora tais contratos, hoje aceitos, nem sempre tenham sido admitidos no direito público, conforme leciona Vieira de Andrade:

⁴⁶⁸ “O ‘acto administrativo’ em sentido próprio, não é, como veremos, qualquer acto praticado pela administração: é, no contexto destas diferenciações, um acto regulado por disposições de direito público, um acto jurídico decisório (manifestação de vontade ou de ciência) praticado no exercício de poderes de autoridade, relativo a uma situação individual e concreta – e, em princípio, com eficácia externa... O conceito de ‘acto administrativo’ foi construído na época liberal, quando era tipicamente um acto de autoridade, em regra desfavorável, no contexto de uma administração ‘agressiva’ – identificava-se praticamente com a actividade de direito público de uma administração não intervencionista, destinada, acima de tudo, a garantir a segurança e a ordem pública. Na transição para o estado social, perante a intensificação e diversificação da actividade dos órgãos administrativos no exercício da função administrativa, a função de acto administrativo passa a abranger também outro tipo de actuações – autorizativas, concessórias, de prestação, de certificação, de regulação e de incentivo – embora, nos sistemas de administração executiva, continue a ser uma forma específica de actuação administrativa que importa, agora mais que nunca, delimitar com rigor”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 6^a ed. Coimbra: imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, p. 161-162.)

A história dos contratos administrativos desenha sua trajectória alucinante em um relativamente curto espaço de tempo: começa com a negação ou alergia inicial, passa pela aceitação limitada, excepcional e legalmente tipificada, da figura do 'contrato administrativo', e avança até sua concepção actual como figura de utilização geral no exercício da função administrativa, a par do regulamento e do acto administrativo... A ideia na negação resultou da convicção da existência de uma incompatibilidade entre o contrato e a actuação administrativa de autoridade, concretamente, uma divergência antagónica entre, de um lado a liberdade negocial, a igualdade entre as partes e o compromisso contratual (consenso) – que eram traços característicos da figura contratual – e, do outro lado, a vinculação à legalidade, a autoridade administrativa e a sujeição ao interesse público – que eram traços característicos da atividade administrativa de direito público, acentuados na época liberal, quando a actividade administrativa circunscrevia as funções nucleares do estado, sem intervenção significativa na vida social. A administração celebrava contratos de direito privado no quadro dos negócios instrumentais ou auxiliares, necessários ao seu funcionamento, mas não no exercício da função administrativa. Em Portugal, como em outros países de influência francesa, a utilização de contratos de direito administrativo foi inicialmente admitida para a satisfação das necessidades de gestão: execução de obras (sobretudo através de contratos de empreitada), aquisição de bens e serviços e administração do domínio público. Estes contratos constituíam, tipicamente, contratos de colaboração subordinada, entendidos como contratos privados

*transformados, nos quais se incluíam cláusulas exorbitantes, que implicavam a reserva de poderes da administração, considerados indispensáveis ou convenientes para a realização do superior interesse público – poderes de direcção (que asseguravam a supremacia do contraente público, em vez da igualdade entre as partes) e poderes de modificação ou rescisão (que criavam alguma instabilidade na relação contratual, em vez da estabilidade do compromisso pactuado, típica dos negócios privados)*⁴⁶⁹.

Nessa concepção, as terras devolutas não se sujeitam à cessão de uso em caráter precário, pois a sua finalidade é ser transferida, como propriedade, ao particular, constituindo-se em propriedade privada. A cessão, neste caso, implica na cessão de uso, mas desta feita, como atributo da transferência da propriedade, e é feita por um contrato administrativo atípico. É assim porque, de início, a transferência do bem de domínio público em sentido amplo, para fins de colonização ou de reforma agrária, tem a feição de mera cessão de uso, transformando-se, depois, numa transferência de propriedade. O particular que recebe a terra em tais condições, tem o direito de usá-la e de colher os seus frutos, sendo que este direito acaba se tornando, de outro ponto de vista, em um dever, pois o cessionário deve dar a destinação ao bem conforme estipulado no contrato que o cedeu, como exemplo a produção agrícola e a produção industrial, nele realizando as benfeitorias necessárias àquelas finalidades.

Somente depois de um determinado tempo, normalmente um prazo de 05 (cinco) anos no Brasil, é que a propriedade é transferida de modo pleno ao particular,

⁴⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 6^a ed. Coimbra: imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, p. 251.

concedendo-lhe o título apto a ser levado ao registro público de imóveis. É um contrato administrativo de concessão de uso, mas com a finalidade de converter-se em contrato de transferência de domínio de um bem antes sob o domínio público, em sentido amplo. Não se olvide que essa concessão nem sempre será gratuita, podendo ser remunerada de acordo com o que dispuser a lei que autorize a celebração de tais contratos administrativos.

O contrato administrativo, no caso mencionado, é atípico porque a supremacia da administração pública só subsiste até o momento da transferência da propriedade, pois, a partir desse momento, o que pode ser feito é a imposição de cláusula de inalienabilidade daquele bem, cuja propriedade foi transferida, por certo tempo. A transferência da propriedade do bem, neste caso, é plena, não podendo o poder público nela interferir, salvo no uso regular do poder de polícia exercido em relação a todos os proprietários.

De forma diversa, se nota em relação aos bens devolutos urbanos, pois, neste caso, o Estado pode construir habitações sociais e transferir a gleba de terras já com a construção, impondo ao particular as mesmas restrições impostas ao imóvel rural, ou seja, vincular a transferência da propriedade a uma destinação específica, sob pena de, dentro de certo prazo, a propriedade ser resolvida. Também neste caso é possível a imposição da cláusula de inalienabilidade por certo período, ficando, a partir desse momento, o particular sujeito às normas do direito privado e ao poder de polícia da administração, tal como o exerce em relação a todos os administrados.

A precariedade que recai sobre a permissão de uso, como é cediço, não se confunde com ato arbitrário, já que deve sempre

ser norteada pelo interesse público. É como ensina Diogo Freitas do Amaral, não se pode supor que:

*(...) os atos precários constituem, em Direito Administrativo, o expoente requintado do arbítrio do poder ou que por meio deles como que se reserva um instrumento manejável de harmonia com os caprichos da administração. Não é assim. O ato precário é um ato sério e ditado por fortes motivos de interesse público, pelo qual a administração confere poderes jurídicos autênticos ao particular*⁴⁷⁰.

A questão é importante porque a cessão dos bens devolutos aos particulares, quando tem em vista a transferência da propriedade, se assemelha, no início, a um ato precário, mas é só na aparência, pois cria um direito do particular em face da Administração Pública. Não se pode perder de vista que o interesse público, no caso dos bens em testilha, é a transferência da propriedade ao particular. Se o particular cumpriu todas as exigências contidas no contrato, o Estado não pode se recusar a transferir-lhe a propriedade.

5.4.2.2 Fundamento de regência da cessão de bens públicos aos particulares.

A cessão do uso privativo dos bens públicos aos particulares, recaia ou não sobre bens de uso comum do povo ou sobre bens de uso especial, será regida essencialmente pelo regime jurídico do direito público, operando-se por meio da autorização de uso, da permissão de uso ou mesmo da concessão de uso, tendo

⁴⁷⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 213.

em conta que aqueles bens estão fora do comércio, ou seja, não podem ser alienados pelo regime de direito privado. Ocorre que as terras devolutas estão sob o domínio público em sentido amplo, pois não são da propriedade pública, não se ajustando aí àquela categoria de bens dominicais tratada no direito privado. Por isso, a administração não pode ceder o seu uso por meio de autorização, permissão ou concessão, até porque a sua finalidade é a colonização e a reforma agrária. Porém, há de se notar que é possível a concessão de direito real de uso, prevista no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, para fins de reforma agrária, permanecendo em uma situação transitória até a outorga do título aquisitivo da propriedade. Nesse caso, o contrato terá uma característica híbrida e complexa, pois é uma cessão de uso com a finalidade de transferência da propriedade.

Do mesmo modo, também é possível a concessão de uso especial de terras devolutas para fins de moradia, o que também pode ocorrer em relação a imóveis urbanos, que sejam devolutos, pois isso está previsto e regulamentado pela Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2021. Em qualquer desses casos, nota-se que o regime inicial imposto a tais cessões de uso é de Direito Público, até que a transferência da propriedade se consume, quando, então, passarão à regência do Direito Privado. Enquanto sob a regência do Direito Público, o título constitutivo da cessão é de natureza pública, cujo regime derroga o Direito Privado, exorbitando dos seus limites em prol da supremacia do interesse público. O regime de Direito Público aplica-se na íntegra na fase de constituição, parcialmente na fase do seu exercício, passando o Direito Privado a reger a sua extinção, pois a transferência da propriedade já se fará sob a regência do Direito Civil, constituindo-se na propriedade privada. Não se pode deixar de lado que, mesmo

sujeita ao Direito Privado, a propriedade deve atender a sua função social e, neste caso, a função social dessa propriedade é a produção agrícola ou industrial e a habitação, no caso da transferência de imóvel urbano. Não cumprindo a função social, o imóvel pode ser desapropriado, mas não há possibilidade daquele imóvel cedido retornar ao domínio público com a resolução do contrato de cessão do bem público.

A extinção, pois, do contrato de cessão de direito real de uso para fins de transferência da propriedade para reforma agrária ou de habitação, opera-se com o implemento dos requisitos previstos no diploma jurídico que autorizou a transferência da propriedade. Realizadas as condições no instrumento previstas, é direito do particular exigir a transferência da propriedade.

Enquanto as cessões em caráter precário de extinguem pelo término do prazo, pela caducidade, pela rescisão, pela revogação ou mesmo pela anulação do contrato ou do ato unilateral, seja por vício de legalidade ou por conveniência da administração pública, nos casos das terras devolutas essas formas ficam mais restritas, pois, somente o descumprimento das condições é que possibilita a resolução do contrato ou revogação do ato unilateral, ainda assim, de forma motivada e fundamentada no descumprimento das condições. Fora dessa hipótese, só resta a desapropriação e, eventualmente, a anulação do ato ou contrato, caso eivado de vício que torne possível uma decisão judicial nesse sentido, pois não pode a administração pública fazê-lo com base no princípio da autotutela.

Enfim, a administração pública não pode revogar a transferência da propriedade de terras ou bens devolutos ao particular, sob pena de responsabilidade do administrador público, notadamente se aquela transferência de propriedade ocorreu com a

observância da estrita determinação contida na lei que autorizou a prática do ato.

5.4.2.3 O conteúdo jurídico da cessão do bem público ao particular.

A cessão por ato administrativo unilateral é, na sua essência, regida pelo Direito Público, e não cria direito subjetivo público para o particular. Embora de natureza precária, a permissão ou autorização de uso de bem público por particular não é arbitrária, se eventualmente houver revogação imotivada, o ato da administração pode ser questionado judicialmente.

De outro lado, a concessão de uso do bem público ao particular, com a finalidade de assentamento, reforma agrária ou habitação, com a transferência da propriedade, se satisfeitos todos os requisitos, confere ao particular o direito subjetivo de exigir o cumprimento do contrato.

Em resumo, quando se trata de ato unilateral, não há a criação de direito subjetivo conferido ao particular. No caso de concessão, haverá sempre um direito subjetivo do particular, seja esse direito consistente na exigência do cumprimento do contrato apenas para fins de uso ou, se for o caso, na transferência da propriedade ajustada no contrato. Aqui não pode mais a administração pública avaliar a conveniência ou a oportunidade do contrato já celebrado. Mesmo no caso de concessão de uso mediante ato unilateral, não se perca de vista que o particular tem interesse legítimo na aquisição do bem cujo uso lhe foi permitido, caso a administração pública pretenda aliená-lo e esteja legalmente autorizada a tanto, como ocorre com o direito de preferência regido

pelo Direito Privado. É como diz Marienhoff⁴⁷¹ que a natureza jurídica da cessão do uso privativo, por ele denominada “uso especial”, está na dependência e condicionada pelo meio pelo qual foi adquirido. Haverá interesse legítimo sempre que a aquisição de tal direito se der por meio de permissão e haverá um direito subjetivo se a aquisição ocorrer por meio de concessão.

É oportuno notar que, somente depois da cessão é que surge o interesse jurídico ou o direito subjetivo. Antes disso, há para o particular, seja na permissão ou na concessão, apenas uma expectativa, ficando, até este momento, a administração pública, com a possibilidade de aplicação dos critérios de conveniência e oportunidade à cessão de uso do bem público, em quaisquer das suas espécies.

Em resumo, a cessão do bem público para uso privativo do particular, no geral, é regida pelo Direito Público, notadamente o Direito Administrativo, enquanto que a transferência daqueles mesmos bens para a propriedade do particular, ou seja, para a propriedade privada, é regida, em parte, pelo Direito Público, mas consumada a transferência da propriedade, passa a ser regida pelo Direito Privado. Neste caso estão as terras devolutas e eventuais transferências de propriedade de ilhas pluviais e marítimas.

5.4.2.4 Natureza real e obrigacional do uso privativo dos bens públicos por particulares.

A doutrina administrativista é dividida quando se trata da natureza do direito de uso privativo do bem público por

⁴⁷¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Domínio Público: protección jurídica del usuario*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1955, p. 99-100.

particular, parte entendendo que é um direito real administrativo, enquanto outros dizem que este entendimento é inaceitável, pois os bens públicos são inalienáveis e, como tais, não poderiam ser gravados por nenhum direito real, até porque a afetação daqueles bens não permite que sejam gravados, mas sim que permaneçam livres de qualquer ônus que vá influenciar na sua finalidade.

Evidentemente não se fala da transferência das terras devolutas aos particulares, pois estas são tipicamente brasileiras, tendo, por isso, um regramento próprio, cabendo à doutrina brasileira definir a sua natureza, conteúdo e regime jurídico. É de se notar que as terras devolutas não são inalienáveis, pois se destinam especificamente a serem transferidas aos particulares, seja por venda ou doação, desde que atenda uma finalidade programática do poder público. De forma diversa, Raimundo Nonato Fernandes atribuía à concessão de terras a natureza de um contrato administrativo, nada falando especificamente sobre a transferência da propriedade das terras devolutas, que ocorre em casos de colonização e reforma agrária. Argumentava ele:

No direito brasileiro, os bens de uso privado do Estado podem ser objeto de locação ou arrendamento, cessão, ocupação (Decreto-Lei nº 9.760, de 05.09.56, art. 64) e concessão (Decreto-Lei nº 271, de 22.02.67, art. 7º). Mas em todos esses casos, prevalecem disposições administrativas, que excluem, no todo ou em parte, a aplicação do direito privado. Nem mesmo a locação escapa a essa disciplina (Decreto-Lei nº 9.760, art. 87). A cessão apresenta-se como uma espécie de comodato administrativo, em razão da gratuidade do uso e de sua subordinação ao que haja sido autorizado ou convencionado (Decreto-Lei nº 178, de 16.12.67, Art. 1º, parágrafo único, ...), podendo, porém, ser acompanhada de

faculdades especiais (de alienação, constituição de hipoteca, concessão de arrendamento) que importam numa verdadeira aquisição de domínio da coisa pelo cessionário. A ocupação é uma forma de permissão, de caráter precário (Decreto-Lei nº 9.760, arts. 131 e 132). A concessão de terrenos para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social é definida como contrato administrativo de que decorre o direito real resolúvel (Decreto-Lei nº 271, art. 7º, § 1º). A concessão de lavra, porém, decorre de ato unilateral, que é um decreto do Presidente da República (Decreto-Lei nº 227, de 28.02.67, art. 43)⁴⁷².

Ainda que de forma diferente, a lição citada é no mesmo sentido do nosso entendimento, pois, até o momento da consumação da transferência da propriedade, a concessão de uso do bem público pelo particular, para fins de urbanização, colonização ou reforma agrária, é regida por um contrato de direito administrativo⁴⁷³, passando à regência do direito privado tão logo consumada a transferência da propriedade.

Na doutrina do Direito Administrativo comparado, nota-se que foi Maurice Hauriou quem testilhou e deu a partida na compreensão dos direitos reais administrativos, no seu estudo monográfico “*Teoria dos Direitos Reais Administrativos*”, no que foi seguido por Pequignot, Forsthoff, Forti, Zanobini, Ranelletti,

⁴⁷² FERNANDES, Raimundo Nonato. *Da concessão de uso de bens públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, nov., 1974, n. 118, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 3.

⁴⁷³ Também foi no mesmo sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Brasília, Supremo Tribunal Federal, Informativo STF nº 658, Relator Ministro César Peluso, Ação Cível Ordinária (ACO) 79, julgado em 15.3.2012, por maioria de votos. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

Alvarez Gendin, Villegas Basalvilbaso, Sarria, Spota, Diez e Marienhoff. Na oposição, aparecem Leon Duguit, Laubadère, Gabino Fraga, Chigliani e Bonnard.

Na doutrina administrativista brasileira, Cretella Júnior nos pareceu simpático à teoria do direito administrativo das coisas ou dos direitos reais administrativos, quando oferece a sua definição de coisa:

No sentido jurídico, pois, coisa é tudo aquilo que pode erigir-se em objeto de direitos patrimoniais. No campo do direito público, entretanto, esta definição, satisfatória para o domínio privado, é incompleta, necessitando de maior especificação, porque o direito público da coisa lida com bens que constituem objeto de relações jurídicas e também de direitos reais, os bens extra commercium, que nem sempre fornecem utilidade econômica, tais como o mar territorial e as coisas pertencentes ao domínio militar. São coisas, não há dúvida, mas que ultrapassam o restrito âmbito do direito comum das coisas, integrando o objeto especializado do direito administrativo das coisas. Nas atividades do Estado, os bens e as coisas têm singular importância, não só pelo que representam para a riqueza pública, integrando o patrimônio do Estado, mas ainda como meios de que dispõe a Administração para a consecução de seus fins⁴⁷⁴.

A corrente de pensamento jurídico que defende a teoria dos direitos reais administrativos sustenta que o ato de cessão, seja ele unilateral ou bilateral, concede verdadeiro direito real de uso privativo ao particular, independentemente da precariedade ou não do ato. Não se trata de um direito real de aquisição do bem, mas

⁴⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do Domínio Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 9-10.

sim de um direito real de uso, regido pelas regras do direito administrativo. Sustenta que, mesmo sendo ato precário, em relação ao particular ele gera um interesse indenizável. Então essa precariedade não é uma porta aberta para os abusos e desmandos da autoridade administrativa, mas sim um instrumento voltado à boa administração da coisa pública. Ademais, a inalienabilidade dos bens públicos tão somente os retira do comércio jurídico de natureza privada, mas não impede a permissão e a concessão de uso privativo ao particular e, mesmo assim a retirada do comércio privado não é absoluta. Por isso não poderiam ser alienados com a mesma facilidade que os bens privados, mas nada impede que sejam usados por meio do direito real de uso. Jesús Gonzalez Pérez⁴⁷⁵ argumenta que a precariedade não é carta branca ao administrador, pois a extinção de um direito real de uso não se processa legitimamente, já que tem eficácia *erga omnes*, até mesmo em face da administração pública, podendo o particular prejudicado em seu direito real de uso lançar-se ao manejo dos interditos possessórios, aos quais está legitimado.

Entre os lusófonos, Marcelo Caetano⁴⁷⁶, de início, defendia a concepção de um direito real administrativo, mudando posteriormente para a oposição, pois a tese oposta já havia sido admitida no direito português por Diogo Freitas do Amaral⁴⁷⁷.

Em trabalho mais recente, José Luís Bonifácio Ramos questiona a necessidade de um domínio público sobre os bens, tecendo ácidas críticas ao RJPIP e aplaudindo as propostas contidas

⁴⁷⁵ PÉREZ, Jesús Gonzalez. *Los Derechos Reales Administrativos*. Madrid: Civitas, 1975, p. 52-53.

⁴⁷⁶ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 8.^a ed. Lisboa: Editora Coimbra, 1969, p. 874-875. t. II.

⁴⁷⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 255-268.

no artigo 21.º, e seguintes, do Projeto de Lei n.º 256/X, de 19 de março de 2009, de esvaziamento da dominialidade pública⁴⁷⁸, tendendo mais para uma concepção privada dos bens públicos. A nosso ver, o regime jurídico não interfere no aproveitamento econômico do bem, pois é perfeitamente possível o uso privado dos bens públicos, desde que utilizado o instrumento constitutivo adequado, o que acarreta na justificativa da existência de uma propriedade pública. O que não se admite, repetimos, é um bem público sem uso, ainda que por particulares.

Prossegue o autor, oferecendo argumentos contrários à dominialidade pública, *in verbis*:

Mais tarde, já na vigência do RJPIP, Ana Raquel Moniz retoma as ideias anteriores, assumindo uma postura ainda mais rígida e conservadora. Com efeito, anuncia que a propriedade pública é o regime-regra, defendendo uma singular ‘polarização’ de um direito de propriedade pública do titular do bem, bem como a funcionalização do regime jurídica aplicável. Por conseguinte, no intuito de reforçar o argumentário que valida a propriedade pública, mostra não ver dificuldades na utilização de um instituto de direito privado, de modo a cumprir os desígnios administrativistas, relativos à pertinência do bem. Além disso, alcandora a inalienabilidade em princípio e a extra-comercialidade em qualidade intrínseca da coisa, afastando quaisquer outras mudanças, por as reputar inconvenientes e, imagine-se, contrárias à ‘tradição nacional’. Ora, este entendimento, além de ser a expressa confissão de um negacionismo militante, ainda denota uma tentativa no sentido de dar ideia que não

⁴⁷⁸ RAMOS, José Luís Bonifácio. *Direitos Reais Administrativos: Ficção ou realidade?* Lisboa: AAFDL, 2019, p. 447-448.

foram adiantadas críticas nem reparos a esta postura tradicionalista e conservadora”⁴⁷⁹.

A crítica formulada à consideração da propriedade pública como regra no direito lusitano por Ana Raquel Gonçalves Moniz, diante da história da ocupação territorial de Portugal após a reconquista cristã, embora possa ser louvável em outro país, não se sustenta na Lusitânia, pois a propriedade pública, dentro de um domínio público em sentido amplo, era, a nosso ver, a regra. O estoque de terras em mãos da Coroa e, portanto, de propriedade pública, era considerável e, diante da escassez de recursos públicos para a sua exploração, Dom Fernando I deliberou por bem criar as *sesmarias*. Isso indica que as terras eram, em regra, públicas na tradição portuguesa. Não se pode sequer falar que as terras portuguesas continentais eram devolutas, pois, de fato, não eram. As terras que constituíram o território português foram doadas a Dom Henrique de Borgonha e adquiridas por direito hereditário por Dom Afonso Henriques, ao suceder o seu pai. Eram, portanto, terras da Coroa e sujeitas ao domínio público em sentido amplo, que foram doadas, ao tempo de Dom Fernando I, aos particulares.

Nem todas as terras foram doadas na forma de sesmarias, restando um núcleo que se tornaria o estoque de terras públicas portuguesas, cujo exemplo mais atual e evidente são os *baldios portugueses*. No passado mais longínquo, os regimentos reais dados aos capitães gerais do Brasil não deixam dúvidas sobre a tradição portuguesa em relação ao domínio público, embora ainda não houvesse a disciplina específica do direito administrativo.

Aliás, é importante notar que o direito, em qualquer de seus ramos, é objeto da experiência cultural e, nessa qualidade é

⁴⁷⁹ Ibid, p. 453.

construído pela humanidade, enquanto que os bens, notadamente na sua origem, são dados pela natureza. A competição pela posse dos bens se fez, ao longo da história, por indivíduos ou por grupos de indivíduos já organizados numa forma rudimentar de Estado. Naturalmente, o grupo organizado se sobrepõe ao indivíduo e se apropria daqueles bens que lhe interessa. Assim ocorreu na Roma antiga, onde o Estado conquistava a terra e, só depois, chegavam os particulares. Nessa linha, é lógico admitir que o domínio público, que não se confunde com a propriedade pública, pois no campo do direito público o domínio é mais amplo que no campo do direito privado, se instale em primeiro plano, sem que isso se constitua em negacionismo ao direito privado. O exemplo mais genuíno dessa assertiva é a existência das terras devolutas no Brasil, pois não são terras públicas e nem privadas, mas integram o domínio público.

Ainda na mesma linha, as terras devolutas, como já assinalamos em outros pontos desse trabalho, não podem ser oneradas por nenhum direito real de uso ou de garantia, destinando-se exclusivamente à constituição da propriedade privada, em regra, e da propriedade pública, em caráter de exceção.

A crítica, conquanto demonstre a relevante dialética do tema, ainda não se resume numa síntese extintiva do domínio público, razão pela qual o seu estudo científico ainda se mostra indispensável. Repisa-se, o domínio público é mais amplo que o domínio privado, pois inclui bens que se lhe sujeitam apenas para fins de soberania, mas é insusceptível de apropriação privada, como é o caso da zona marítima de exploração econômica exclusiva, que só pode ter sua exploração concedida, mas não a sua propriedade transferida. É como diz a doutrina brasileira mais recente:

Uma das mais relevantes contribuições da teoria de Marques Neto talvez resida na previsão de usos econômicos. Tradicionalmente fala-se apenas de usos afetados e usos secundários, mas pouco se desenvolveu a teoria dos usos secundários com o escopo de examinar sua relevância econômica. Agora, ao se mencionar o uso econômico de interesse geral, busca-se indicar uma modalidade apta a viabilizar atividade econômica em sentido amplo, incluindo serviços públicos. Nessa hipótese, o usuário direto é um particular específico que deseja obter ganhos econômicos com o bem. A coletividade, porém, se beneficia da atividade explorada por ser de interesse geral. De modo diverso, o uso econômico de interesse particular envolve o emprego do bem em atividade, entendido de modo amplo, porém, se dá de forma a excluir outros utentes ou a exaurir o bem (pelo consumo individualizado), daí porque é particular ou privativo⁴⁸⁰.

É na mesma linha o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto, que, aliás, abordou o assunto com pioneirismo⁴⁸¹.

Não se trata de um mero viés publicista, mas sim da necessidade de satisfazer uma carência de fundamento teórico, que não foi solucionada pelo direito privado. Nessa direção, o direito administrativo não só se sustenta, mas se expande.

Entre os juristas brasileiros, a maioria se define pela existência de direitos reais administrativos, como é caso de José

⁴⁸⁰ MARRARA, Thiago, FERRAZ, Luciano. *Direito Administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: RT, 2014, p. 221.

⁴⁸¹ *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica – O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte (MG): Editora Fórum, 2014, p. 411.

Cretella Júnior e de Raimundo Nonato Fernandes⁴⁸², tendo este, escrevendo em trabalho sobre a concessão de uso dos bens públicos, argumentado ser mais adequada a compreensão de um direito subjetivo público de natureza real. Em outras palavras, fala de um direito real administrativo resolúvel e resgatável, como é todo direito real de uso, pois este confere ao proprietário da coisa ou bem o direito de retomar o seu uso ao final da concessão.

Na atualidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro defende explicitamente a existência dos direitos reais administrativos:

*Trata-se, no caso, de um direito real de natureza pública, que vai incidir sobre a propriedade para beneficiar o interesse público. Porém quando a utilização recai sobre bem público, a instituição de servidão administrativa não se faz necessária, precisamente porque a destinação pública é inerente à própria natureza do bem*⁴⁸³.

Por fim, como quase todos os institutos de direito administrativo, onde haja uma área de transição para o direito privado, os entendimentos diversos enriquecem o debate jurídico e permitem o avanço da Ciência do Direito e da sua colaboração para uma correta disciplina das regras condutoras da atividade humana.

⁴⁸² FERNANDES, Raimundo Nonato. *Da concessão de uso de bens públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, nov., 1974, n. 118, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 1-11.

⁴⁸³ *Licitações e Contratos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 358/360.

CAPÍTULO IV

DAS TERRAS DEVOLUTAS

INTRODUÇÃO

Em razão da grande extensão das terras brasileiras, não houve, durante a fase de colonização por parte de Portugal, uma preocupação com o registro em órgão público das terras descobertas e conquistadas, pois os marcos limítrofes eram imprecisos e não havia conflitos fundiários, em razão da baixa densidade populacional então vista na Colônia. Com a mudança da família real para o Brasil e a independência política, não houve um rompimento do sistema jurídico vigente no Brasil colônia. Entre a independência política e a primeira disciplina jurídica das terras brasileiras, decorreram vinte e oito anos, quando então surgiram as preocupações com o registro imobiliário no Brasil.

Havia uma propriedade sobre terras, mas não uma disciplina jurídica própria, o que acarreta o entendimento de que a

disciplina jurídica portuguesa, permeada pelos costumes locais, ainda vigorou por um dilatado período depois da declaração de independência. Só assim é possível explicar a existência de um direito real de garantia, no caso a hipoteca, antes que houvesse a disciplina da propriedade da terra.

É interessante observar, repita-se, que a hipoteca, um direito real de garantia, teve contemplação de registro antes mesmo da existência de um registro do direito de propriedade, pois a Lei Imperial nº 317, de 21 de outubro de 1843 criou o registro hipotecário, mas não o registro imobiliário. Na atualidade, a propriedade privada se constitui pelo registro do título aquisitivo no Serviço de Registro de Imóveis (Lei nº 6.015/73), o que não existia até a promulgação da Lei n.º 601/1850.

1. DEFINIÇÃO.

A *anomia* verificada entre a edição do Ato Imperial nº 76/1822, que suspendeu as concessões das sesmarias no Império do Brasil, até que houvesse deliberação da Assembleia geral Constituinte, e a promulgação da Lei nº 601/1850, permitiu uma ocupação desordenada do território, com notáveis avanços dos particulares sobre as terras devolutas. A ocupação da terra, naquele período de anomia, foi a principal forma de aquisição da propriedade privada no Brasil⁴⁸⁴, dando origem aos chamados posseiros, com os quais se estabeleceriam futuros conflitos fundiários.

⁴⁸⁴ OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 11.ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52-53.

Como relata a doutrina, as Ordenações Manuelinas de 1521, não permitiam a aquisição da terra pela sua ocupação pelo particular, notadamente se fosse terra ainda não cultivada:

*Não era juridicamente possível a aquisição do domínio particular por ocupação ou usucapião sobre as novas terras conquistadas pela Coroa Portuguesa, no ultramar, porque as Ordenações Manuelinas, de 1521, proibiam a apropriação de matas nunca antes lavradas...*⁴⁸⁵.

De fato, As Ordenações Manuelinas, no Livro IV, Título LXVII, Capítulo 11, dispunha que:

*“E determinamos não dar a pessoas algumas vales de ribeiras, que por forais ou outro algum direito não sejam nossas, nem matos, nem matas, ou outros maninhos, que não foram cortados, nem reservados pelos Reis que antes de nós foram, que são os termos das vilas, e lugares de nossos reinos, para as haverem por suas, ou por seus, e os cortarem, e defenderem em proveito os ditos pastos, e criações e logramentos, que aos moradores dos ditos lugares pertencem; e se neles houver terra para lavoura dar-se-á de sesmaria, como acima determinado temos, e não de outra guisa; e se tais matos, ou matas, vales, ou maninhos foram dados a algumas pessoas em dano dos moradores dos ditos lugares, e entenderem que por Direito os podem demandar, demandem-nos; e a eles, e aos que os tiverem, mandaremos inteiramente fazer justiça”*⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *A importância do Regulamento da Lei de Terras do Império (Decreto n.º 1318, de 1854) para a compreensão das origens do domínio privado absoluto sobre as terras em Goiás*. Revista de Direito PGE-GO, v 28, 2013, p. 4.

⁴⁸⁶ Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/14ind.htm>>. Acesso em 10.12.2022.

Eram dadas em sesmarias, no caso brasileiro, as terras devolutas, que eram, por si, não cultivadas e, por isso, deveriam passar por um controle da Coroa portuguesa.

As terras devolutas, pelo que se extrai de tudo o que foi visto foi objeto de preocupação da Coroa Portuguesa, mas não do legislador brasileiro depois da independência política, dada a grande extensão territorial do País e a ausência de disputas por espaços produtivos e habitáveis naquela época, embora a propriedade privada não fosse um direito abstrato e incondicionado, mas sim vinculado à produtividade da terra, ou seja, ao seu aproveitamento econômico:

*...as sesmarias eram concedidas para sempre como coisa sua própria, desde que a fizessem e as mantivessem produtivas.*⁴⁸⁷

Ainda que a terra fosse a principal fonte de riqueza e de prestígio social, no período imperial, não havia tanto interesse em fazê-la agricultável, dadas as dificuldades de acesso, com a ausência de estradas, e pouco apoio logístico à produção.

O decreto nº 1318, de 1854, regulamentando a Lei nº 601/1850, de forma quase imperceptível, transformou a propriedade privada condicionada à produção em uma propriedade privada abstrata, pois, repita-se, o interesse no cultivo da terra ainda não tinha a pujança da atualidade.

As terras devolutas que eram destinadas à constituição da propriedade privada, mas condicionada esta à produção de bens, tornou-se destinada à constituição de uma propriedade privada abstrata. Assim, as terras devolutas, sob o domínio público em

⁴⁸⁷ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *A importância do Regulamento da Lei de Terras do Império (Decreto n.º 1318, de 1854) para a compreensão das origens do domínio privado absoluto sobre as terras em Goiás*. Revista de Direito PGE-GO, v 28, 2013, p. 6.

sentido amplo, não despertaram tanto interesse, especialmente para o fim de constituir a propriedade privada produtiva. Para que haja uma concretude da propriedade privada, é necessário que esta cumpra a sua função social de gerar riquezas ou qualquer finalidade lícita.

Partindo da propriedade privada para o seu conteúdo, o que se vê em primeiro plano é o direito abstrato. Porém, no sentido inverso, ou seja, no sentido da constituição do direito, como nesse trabalho adotamos a teoria geral do direito (Teoria Tridimensional do Direito) do jurista brasileiro Miguel Reale⁴⁸⁸, temos que examinar o fato, o valor e a norma na constituição do direito de propriedade. O fato é a experiência jurídica na realidade e no caso do direito de propriedade é a sua efetividade em relação aos fins aos quais se destina. Então, se o proprietário não usa, não colhe frutos, não grava ou não dispõe do objeto, a propriedade é meramente abstrata. O valor social da propriedade está diretamente ligado à cultura jurídica vigente em determinado Estado, o que será transposto para o sistema jurídico normativo. Por isso, o direito de propriedade é protegido, mas tendo em vista uma finalidade, o que implica dizer que a propriedade tem uma função social.

A divisão entre a abstração e a concretude do direito de propriedade fica bem evidente na enfiteuse, onde toda a parte concreta do direito de propriedade é transferida ao enfiteuta, de forma perpétua, sob o título de domínio útil, ficando o proprietário despido daquela parte concreta, dos atributos do direito de propriedade, razão pela qual é chamado de nú-proprietário, ou seja, só tem a abstração do direito de propriedade, denominada pela

⁴⁸⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 479-532.

doutrina civilista de domínio direto⁴⁸⁹. A enfiteuse está ligada ao *vectigal*, do qual falamos no capítulo I, item 2, desse trabalho, pois Caio Mário da Silva Pereira, de saudosa memória, deixou assentado que:

*“Rastreia-se, em verdade, a sua origem na concessão do *ager vectigalis*, como direito peculiar, com que se fundiu depois o *ius enphyteuticum*, formando um só instituto. Admite-se que era conhecido no Império do Ocidente (...). Mas foram as condições econômicas do Baixo Império que propiciaram o seu desenvolvimento”*⁴⁹⁰.

Quando falamos de um direito de propriedade abstrato, estamos nos referindo àquele direito que teve o seu conteúdo concreto esvaziado e transferido a outrem em caráter definitivo. Aliás, Maria Helena Diniz, não deixa dúvidas sobre a razão do esvaziamento da parte concreta da propriedade, ou seja, do seu conteúdo em relação ao titular do domínio direto, quando da constituição da enfiteuse. *In verbis*:

*“Oriunda da Grécia, por volta do século V a.C., de onde se trasladou para o direito romano, constitui a enfiteuse o resultado da combinação do *jus vectigalis*, ou arrendamento público, dos romanos. Fusão esta que se deu na era justiniana, a fim de se atender à necessidade econômica de prender o lavrador à terra, por ele cultivada, mas pertencente a terceira pessoa, impossibilitada ou incapaz de explorá-la ou cultivá-*

⁴⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 370. V. 4. No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266. V. 5; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 157. V. IV.

⁴⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 154. V. IV.

la, diretamente, por si mesma, porque esse senhorio, via de regra, era pessoa de existência indefinida: cidade, colégio, corporação, pois só mais tarde é que foi constituído por proprietários particulares. Inicialmente, os arrendamentos romanos eram temporários, pois a solução do problema do plantio de grandes glebas de terra era dada por simples contrato de locação destas aos colonos, o que trazia insegurança, uma vez que eles não tinham nenhuma proteção possessória para defender-se contra terceiros. Com Justiniano passaram a ser arrendamentos in pertetuum, não sendo os arrendatários obrigados a deixar a terra enquanto pagassem a renda convencionada ou canon (...), transformando-se em direitos reais, ou melhor, em jus in re aliena; conseqüentemente, seus titulares passaram a ter ação de caráter real para protegê-los”⁴⁹¹.

O que chamamos de propriedade abstrata é aquela propriedade cujo conteúdo foi transferido a terceiro ou aquela que, embora permanecendo consolidada em mãos do *dominus*, este não exercita nenhum dos conteúdos ou atributos da propriedade. A enfiteuse foi o exemplo mais característico daquela primeira hipótese.

Por não atender a necessidade de concretude do direito de propriedade, ou seja, a sua finalidade, a enfiteuse foi extinta pelo artigo 2038 do Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei nº 10.406/2002), não sendo permitida a constituição de novas enfiteuses, mas preservando aquelas já existentes.

A simples propriedade da terra, por si, era uma forma de *status* social, sendo ela produtiva ou não. No início da formação

⁴⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 364. V. 4.

do sistema econômico brasileiro, aqui adotado o período pós-independência política, o simples *status* social não gerava progresso econômico e, naquele momento, as terras devolutas não despertaram interesses dessa ordem porque a indústria era o que mais interessava.

Ocorre que o tempo cuidou de despertar os interesses sobre a exploração econômica dessas terras, notadamente no momento em que a demanda por alimentos e por habitação cresceu em todo o mundo durante o Século XX, mais aceleradamente a partir da Segunda Guerra Mundial, e a ciência do Direito é chamada a debruçar-se sobre o tema. Por isso, o Governo Brasileiro editou o Decreto nº 9.760/1946, tratando das terras devolutas e a doutrina cuidou de oferecer os primeiros conceitos. Assim, a definição tradicional dá conta, na lição de Carvalho Filho, que:

*Terras devolutas são áreas que, integrando o patrimônio público das pessoas federativas, não são utilizadas para quaisquer finalidades públicas específicas. Esse conceito foi dado pela já referida Lei Imperial nº 601, de 1850, ao regularizar o sistema dominial, distinguindo o público do privado. O Decreto – Lei nº 9.760 /1946 as caracteriza como as terras não aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, incluindo também as da faixa de fronteira.*⁴⁹².

É importante mais uma vez ressaltar que integrar o patrimônio público não significa, necessariamente, que as terras devolutas sejam terras públicas⁴⁹³.

⁴⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1223.

⁴⁹³ MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo: funções administrativas e bens estatais*. São Paulo: KDP, 2018, p. 199-209. V. II.

Terra devoluta é, pois, aquela que integra o domínio público em sentido amplo e, como tal é parte do patrimônio público, mas não é terra de propriedade pública e nem de propriedade privada de pessoa jurídica de direito público. Tão logo discriminada, a terra deixa de ser devoluta, podendo constituir-se em propriedade pública, propriedade privada das pessoas jurídicas de direito público ou propriedade privada das pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado.

Pela nossa definição, colocamos as terras devolutas, no seu todo, como elemento do conjunto domínio público em sentido amplo, ou seja, como espécie do gênero domínio público em sentido amplo. Porém, Marcello Caetano, partindo da sua definição de domínio eminente, incluiu as terras devolutas como bens do domínio eminente, lecionando que:

“Dentro da orientação que traçamos, as terras devolutas não estão no regime do domínio público. O seu destino é serem alienadas. São, pois, em princípio disponíveis. Os Estados são os conservadores desse patrimônio nacional que será tanto mais valorizado quanto parcela agricultáveis forem sendo trabalhadas e transferidas para a propriedade de particulares. Trata-se, pois, de bens patrimoniais, embora sujeitos a regime jurídico especial”⁴⁹⁴.

O regime especial ao qual se refere o doutrinador lusitano é próprio das terras devolutas enquanto não discriminadas. Tão logo ocorra a discriminação, a terra devoluta entra no regime jurídico de transição, ou seja, se torna terra pública, mas destinada ao uso real resolúvel (Art. 7.º do Decreto-

⁴⁹⁴ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 419-420.

lei n.º 271/67)⁴⁹⁵, até que o usuário implemente as condições da concessão para que adquira a propriedade daquela terra.

Não é despiciendo repetir que as terras devolutas não se incluem no domínio público em sentido estrito, razão pela qual Marcello Caetano as colocou entre os bens de domínio eminente do Estado e nós as colocamos entre os bens de domínio público em sentido amplo. Ocorre que as terras devolutas são destinadas, insista-se, à constituição da propriedade privada e isso é feito em etapas, ou seja, das terras devolutas, que não estão sob o domínio em sentido estrito de ninguém, até a constituição da propriedade privada há três etapas a serem observadas: (1) primeiro a gleba de terras é discriminada, tornando-se, ainda que temporariamente, propriedade pública, pois quem a discrimina é sempre a administração pública, e, portanto, torna-se temporariamente bem de domínio público em sentido estrito. Isso é necessário porque dois dos atributos da propriedade pública, quais sejam, o direito real de uso resolúvel e o gozo serão transferidos ao destinatário particular; (2) Em seguida, o direito real de uso⁴⁹⁶ e gozo é conferido ao particular pretendente, mediante concessão (contrato administrativo), sob condição resolutiva, pois o pretendente deve cumprir as condições resolúveis que lhes foram impostas no contrato de concessão de uso e gozo; e (3) Implementadas as condições, a gleba de terras deixa de ser propriedade pública e ingressa no domínio privado, tornando-se propriedade privada.

⁴⁹⁵ Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-271-28-fevereiro-1967-378103-norma-pe.html>> . Acesso em 10.12.2022.

⁴⁹⁶ *A Concessão de Direito Real de Uso no Direito Brasileiro*. In: WEIGAND, Vera. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 303-335.

Então, no percurso da terra devoluta até se tornar propriedade privada, aquela, necessariamente, sai da condição de *res nullius*, passa pela condição de propriedade pública e, portanto, domínio público em sentido estrito para então ingressar no regime da propriedade privada e, portanto, do domínio privado.

A distinção entre os regimes jurídicos das terras devolutas, que é peculiar, e o regime jurídico das terras públicas será testilhada a seguir. A distinção é necessária, pois não é incomum tomar-se terras públicas indígenas por terras devolutas, assim como tomar terras públicas destinadas à preservação do meio ambiente por terras devolutas, o que é um equívoco.

2. A DISTINÇÃO ENTRE TERRAS DEVOLUTAS E TERRAS PÚBLICAS

Definir o que seja terra devoluta, como se viu, não é uma tarefa fácil. Ao contrário, a matéria é tormentosa e palco dos grandes debates jurídicos, sem que se obtenha sobre ela um consenso doutrinário. De fato, Cretella Júnior leciona que “...a designação atributiva devoluto-devoluta, que aparece nas expressões terras devolutas, terrenos devolutos, é oriunda do latim *devolutu (m)*, particípio do verbo *devolvere*, que significa desempenhar, precipitar, rolar de cima, afastar-se de. Daí, *devoluto* passa ao sentido de devolução, adquirido por devolução (...), vago, desocupado (...) empregando-se na linguagem técnica do direito público, para indicar as terras que se afastam do patrimônio das pessoas jurídicas públicas sem que se incorporem, por qualquer título,

ao patrimônio dos particulares”⁴⁹⁷. Ora, se tais terras são afastadas do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público e não se incluem no patrimônio de nenhum particular, cria-se um vácuo dominial, ao menos na aparência, pois, em sentido amplo, estão sob o domínio do Poder Público, embora não incida sobre elas nenhum título aquisitivo.

Salta aos olhos que as terras devolutas são incluídas no domínio público em sentido amplo, mas na prática excluídas do patrimônio público, enquanto permanecerem na condição de terras devolutas, pois não se sabe as suas dimensões e localização precisa, e também do patrimônio privado, razão pela qual são conceituadas por exclusão, até que sejam discriminadas. As terras devolutas não discriminadas são aquelas que “*não tem divisas certas, nem no solo nem nos títulos, uma vez que se estabilizaram no domínio público por exclusão e remanescência da ocupação e do domínio particular*”⁴⁹⁸. Se as divisas estiverem descritas em título, as terras serão públicas ou privadas, podendo ser demarcadas. Demarcam-se terras públicas ou privadas, através da ação demarcatória, e discriminam-se as terras devolutas, através do procedimento discriminatório, que pode ser administrativo ou judicial.

Há de se notar que a falta de registro da terra no órgão registrador imobiliário, em nome de particular, não conduz à conclusão certa de que a área seja pública ou devoluta, pois o registro de terras no Brasil teve início tardiamente, com a Lei Imperial nº 601/1850. É possível, pois, que a terra já pertencesse aos particulares antes mesmo da promulgação da lei. Essa

⁴⁹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Bens Públicos*. 2.^a ed. São Paulo: LEUD, 1975, p. 292.

⁴⁹⁸ ASSIS, Jacy de. *Ação discriminatória*. São Paulo: Forense, 1978, p. 25.

possibilidade se alia ao que falamos, na introdução desse capítulo, sobre a existência de direito real da garantia antes mesmo da citada lei.

No mesmo impasse, prossegue a doutrina brasileira: “*Diz-se terras devolutas das que não se acham no domínio público ou privado, por título legal, ou não foram concedidas pelo Governo ou não se encontram ocupadas por posse legítima*”⁴⁹⁹. A exclusão das terras devolutas é evidente, ainda na mesma linha da Lei Imperial nº 601/1850 (art. 3.º) e do Decreto-Lei nº 9.760/1946 (art. 5.º), mas isso não resolve o problema conceitual. O impasse não é sem razão, pois a destinação das terras devolutas é a constituição da propriedade privada, inicialmente por meio de um contrato de concessão de uso e, finalmente, pela outorga do título aquisitivo pelo particular. A discriminação das terras devolutas faz com que elas, antes do ingresso no campo da propriedade privada, se tornem, mesmo que provisoriamente, terras públicas.

Se a finalidade das terras devolutas é a constituição da propriedade privada, concedendo-se o título translativo do domínio ao particular, notadamente o posseiro, fixando-o definitivamente na terra e integrando-o, do ponto de vista fundiário, no processo econômico e social, é compreensível a sua exclusão do elenco dos bens integrantes da propriedade pública. A sua passagem pelo elenco da propriedade pública é provisória, e justificável, pois o direito real de uso resolúvel e de gozamento só pode ser concedido por quem seja proprietário da terra. São bens que, enquanto permanecem na condição de devoluto, estão sob o domínio público em sentido amplo, pois estão no território do País, mas com uma

⁴⁹⁹ MELLO, Humberto Haydt de Souza. *Terras devolutas*, *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n.º 9, p. 114, mar./set., 1966.

finalidade específica, qual seja, a constituição da propriedade privada. Aliás, o sentido original da propriedade privada da terra era o cultivo e no Brasil houve uma transição “*da propriedade fundamentada pelo cultivo para a propriedade abstrata da terra*”⁵⁰⁰, o que gera conflitos fundiários ideologicamente aproveitados por grupos de interesses. A abstração, à qual nos referimos, permitia ao proprietário transferir o domínio útil a um terceiro, através da enfiteuse, o que tinha a sua utilidade, pois as terras dadas em sesmaria tinham que ser cultivadas e ocupadas, mas não havia a exigência de que isso fosse feito pelo proprietário em pessoa, razão pela qual lhe era permitida a instituição da enfiteuse.

Então, repito, terras devolutas são aquelas terras urbanas ou rurais, sob o domínio em sentido amplo do Estado, com a destinação específica de transferência oportuna à propriedade privada, seja das pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado ou, ainda às pessoas físicas, constituindo assim a propriedade privada. O conceito aqui traçado inclui todos os elementos da definição, de modo a permitir uma visão completa do instituto em testilha.

São terras de domínio público em sentido amplo, mas não são terras incluídas na propriedade pública, pois, em regra, não se encontram discriminadas. Havendo a discriminação da terra devoluta, ingressa ela no elenco dos bens de propriedade pública, sujeita a destinação que lhe der a lei. Na verdade, só são terras devolutas, no sentido técnico do termo, aquelas terras que nunca foram discriminadas e nunca estiveram sob o domínio privado, pois

⁵⁰⁰ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Falhas no início do reconhecimento jurídico do domínio privado absoluto sobre terras no Brasil*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, v. 39, n. 1, p. 95, jan./jun. 2015.

se discriminadas e devolvidas ao poder público ingressam no elenco dos bens de propriedade pública, na taxonomia dos bens meramente dominicais.

O Código Civil Brasileiro, no artigo 1.245, diz que a propriedade imóvel é adquirida pelo registro do título translativo (art. 182 a 216 da Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973 - Lei dos Registros Públicos). Então, a propriedade só se adquire com o registro do título aquisitivo, mas o domínio, por ser mais amplo, pode ser adquirido independentemente do registro do título. O equívoco da doutrina, ao que parece, surge quando trata o domínio público como sinônimo de propriedade pública, à semelhança do que ocorre no direito privado, mas, em direito administrativo, salta aos olhos que o domínio público é mais amplo que a propriedade pública, incluindo, além das terras devolutas, outros bens que não se sujeitam à propriedade pública, como é o caso das obras literárias que caíram no domínio público.

Especificamente em relação ao patrimônio imobiliário, distinguem-se, pelo que já foi visto ao longo do nosso estudo, a propriedade pública titularizada pela Administração Pública, a propriedade privada, titularizada pela administração pública, e as terras devolutas, que não se ajustam a nenhuma das duas espécies anteriores.

2.1. A prática discursiva dos Tribunais sobre a matéria.

Os Tribunais Brasileiros não são uniformes na qualificação jurídica dos bens devolutos, confundindo-os, em vários

julgados, com a propriedade pública⁵⁰¹. O Supremo Tribunal Federal (STF), porém, tem jurisprudência consolidada de longa data, sustentando que as terras devolutas se qualificam por exclusão, pois não são públicas e nem privadas: “A terras devolutas se conceituam por exclusão. São devolutas as terras que nunca entraram, legitimamente, no domínio particular. Não cabe ao Estado provar que determinada gleba é devoluta, cabe a quem a afirma no domínio particular o ônus de prova-lo. A ausência de transcrição da gleba em nome de particular não comprova seja ela devoluta. Afirmativa de que o imóvel entrou para o domínio particular, em face das provas, e admissibilidades de sua ulterior aquisição por usucapião. Inexistência de ofensa a direito federal ou de dissídio pretoriano. Recurso extraordinário não conhecido”⁵⁰². Tratando-se de um conceito obtido por exclusão, e assim vem decidindo de maneira uniforme os mais importantes Tribunais brasileiros⁵⁰³, o exame da matéria se concentra na

⁵⁰¹ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TERRAS DEVOLUTAS. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de origem asseverou (fl. 909, e-STJ): “O usucapiante busca haver para si a propriedade da área usucapienda descrita na inicial, alegando posse mansa e pacífica há mais de cinquenta anos, tendo realizado benfeitorias, bem como, a seu cargo, de longa data, o pagamento de tributos. Referido imóvel se encontra localizado no 2º Perímetro de São Sebastião e, portanto, em área inserida em terras devolutas, que foram discriminadas e demarcadas na ação discriminatória 0000001.13.1939.8.26.0587, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de São Sebastião. Em suma, o juízo, em sentença de setenta laudas, julgou improcedente a ação, ao argumento de que a área usucapienda é pública (terra devoluta), insuscetível de ser usucapida” (grifo nosso).

2. A usucapião de terras devolutas não encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A propósito: REsp 1.339.270/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11/4/2018; REsp 1.717.124/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 12/12/2018.

3. Agravo Interno não provido.

(BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - AgInt no REsp 1839083/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 08/09/2020). Disponível em: <www.stj.jus.br>.

⁵⁰² STF – RE 72020 - Primeira Turma – Relator Ministro RODRIGUES DE ALCKMIN – Julgado em 11.09.1973 – DJU de 15.10.1973.

⁵⁰³ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. USUCAPIÃO.

extensão do domínio público. Só é possível aplicar os institutos do direito administrativo às terras devolutas, se tomarmos o domínio público em seu sentido amplo.

O Superior Tribunal de Justiça, que tem competência para julgar, em grau de recurso especial, a matéria que verse sobre terras devolutas, quando há divergência na aplicação da Lei federal, já decidiu que, discriminada a terra devoluta, deixa de existir esta qualificação, tornando-se terra pública de propriedade do Ente Federativo que procedeu a discriminação⁵⁰⁴. Assim, violada a

CONTROVÉRSIA SOBRE DEVOLUTIVIDADE DA ÁREA CONTROVERTIDA. AUSÊNCIA DE REGISTRO PÚBLICO. ÔNUS PROBATÓRIO SOBRE O CARÁTER PÚBLICO DO TERRENO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVA ANÁLISE NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Verifico que o acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte segundo a qual a inexistência de registro imobiliário do bem objeto de ação de usucapião não induz presunção de que o imóvel seja público, cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno como óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva.

II - Impõe-se o retorno dos autos para análise da devolutividade da área litigiosa, cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno como óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva.

IV - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou im procedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido.

(BRASIL – Superior Tribunal de Justiça, AgInt no REsp 1869760/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 03/09/2020). Disponível em: <www.stf.jus.br>.

⁵⁰⁴ **ADMINISTRATIVO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRAS DA UNIÃO. ASSENTAMENTO RURAL. LEGITIMIDADE DO INCRA. ATOS NORMATIVOS. ESTATUTO DA TERRA. EMBARGOS PROVIDOS.**

propriedade pública, cabe o manejo da ação reivindicatória pelo Ente Federativo titular da propriedade. Não há, pois, terras devolutas discriminadas, haja vista que estas se tornam imediatamente terras públicas⁵⁰⁵, embora se ressalve a doutrina que classifica as terras devolutas em discriminadas e não discriminadas.

RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO ORIGINÁRIA.

I - Recurso especial do INCRA desprovido, interposto contra decisão a quo que manteve o entendimento acerca de sua ilegitimidade para propositura de ação reivindicatória, sob o fundamento de tratar-se de bem da União.

II - Acórdão paradigma julgado pela Segunda Turma, o qual sustentou a legitimidade do INCRA, diante da peculiaridade da situação.

III - Ambos os acórdãos tinham como objetivo originário a discussão de ocupação, supostamente pertencente à União, em imóveis localizados no Assentamento Renascer, criado mediante ato normativo do INCRA. Divergência devidamente caracterizada.

IV - Prevalência do entendimento paradigma, proferido pela Segunda Turma, de que, in casu, a legitimidade ativa para reaver o bem decorre, além dos atos normativos que ensejaram a discriminação das terras e a destinação a projeto de assentamento, de disposições do Estatuto da Terra combinadas com o disposto no Decreto-Lei n. 1.110/70, que conferem ao INCRA poderes de representação da União para, no âmbito da reforma agrária, promover a discriminação de terras devolutas e, em menor extensão, vindicar a posse das terras federais.

V - Embargos de divergência providos, com o conseqüente provimento do recurso especial do INCRA, reconhecendo sua legitimidade para o feito, e devolvendo os autos à origem para análise do respectivo mérito.

(BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - EREsp 1405489/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021, DJe 12/04/2021). Disponível em: <www.stj.jus.br>.

⁵⁰⁵ **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS DO ESTADO DO PIAUÍ. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. FORO DA SITUAÇÃO DA COISA. REGISTROS IMOBILIÁRIOS EM NOME DE PARTICULARES. PRESUNÇÃO RELATIVA DO DIREITO DE PROPRIEDADE. FALSIDADE DOS TÍTULOS. ÔNUS PROBATÓRIO DO AUTOR. LEGITIMIDADE DA POSSE. CONCESSÃO DE DIREITO DE USO. PRODUÇÃO DE PROVA. OCUPANTE DE TERRA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO.**

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Em se tratando de demanda de direito real imobiliário que tenha por objeto os direitos de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, o art. 95 do CPC/1973 (correspondente ao art. 47 do CPC/2015) estabelece a competência absoluta do foro da situação da coisa, norma que deixou de ser observada pela Corte de origem.

-
3. Não se aplica a regra de prevenção estabelecida no art. 107 do antigo Estatuto Processual somente pelo fato de a área objeto da ação discriminatória abranger mais de uma comarca, notadamente se não há dúvidas acerca da exata localização das terras em litígio ou (se não há) nenhuma imprecisão acerca das divisas territoriais dos Municípios em que se situam os imóveis envolvidos.
 4. A ação discriminatória é o procedimento judicial adequado para separar as terras devolutas das particulares e também se presta ao cancelamento dos títulos de domínio, não havendo necessidade da propositura de ação exclusiva para a regularidade ou nulidade dos registros imobiliários (ex vi do art. 27, c/c o art. 13 da Lei n. 6.383/1976, 214, 249 e 250 da Lei n. 6.015/1973).
 5. *"O registro do título translativo no cartório de imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, mas relativa, vale dizer, admite prova em sentido contrário (CC/1916, art. 527; CC/2002, art. 1.231)."* (REsp 466.500/RS, relatora Ministra DENISE ARRUDA, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data da Publicação/Fonte DJ 03/04/2006). Disponível em: <www.stj.jus.br>.
 6. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp 617.428/SP (DJe 17/06/2014), firmou o entendimento de que, "se as terras devolutas são definidas pelo critério de exclusão, cabe ao Estado na ação discriminatória demonstrar que a terra não se encontra no domínio de particular, podendo fazê-lo por meio de certidão cartorária" ou outros meios em direito permitidos (ex vi dos arts. 333, I, e 390 do CPC/1973).
 7. Relativamente à posse, concluiu o Órgão especial deste Tribunal que "se tratar de prova negativa, de difícil ou impossível produção pelo Poder Público", pois "corriqueiramente essa situação jurídica não se encontra documentada ou não é levada ao conhecimento do Poder Público" e, em observância aos preceitos da Lei n. 6.383/1976, entendeu que a comprovação deve ser feita pelo particular ocupante.
 8. Hipótese em que o Estado alegou a falsidade/nulidade dos títulos de domínio privado registrados no cartório imobiliário em nome de alguns dos recorrentes, competindo ao autor da demanda, nesse aspecto, o ônus da prova do fato alegado.
 9. De outro lado, cabe a quem alega a existência de sentença transitada em julgado em que se reconhece o domínio privado fazer tal prova, competindo também ao réu interessado em obter a legitimação da posse a prova da ocupação lícita das terras públicas.
 10. Aqueles que não possuem título hábil para buscar a propriedade, mas detêm legitimidade para reivindicar o seu direito possessório, notadamente se reconhecida a ocupação lícita e a existência de benfeitorias sobre as áreas, devem ser considerados habilitados na ação discriminatória.
 11. Acórdão recorrido parcialmente reformado para: a) declarar a incompetência do Juiz de Direito da Vara Agrária da Comarca de Bom Jesus para dirimir os conflitos pertinentes aos registros dos imóveis efetuados em outras comarcas; b) atribuir ao Estado do Piauí o ônus de provar que os títulos de domínio privado registrados em cartório sejam nulos ou falsos, a fim de que este tenham suas transcrições canceladas; c) reconhecer a legitimidade dos recorrentes posseiros para reivindicar os seus direitos na presente ação discriminatória, competindo-lhes a prova da ocupação lícita e dos requisitos legais para a regularização da posse.
 12. Retorno dos autos à origem, para que o Juiz de Direito da Comarca de Bom Jesus reexamine os títulos relativos às terras localizadas sob sua jurisdição, inclusive quanto à legalidade dos registros cartorários, bem como os títulos concessivos de uso da propriedade que legitimam as posses e a

O manejo da ação discriminatória, por si, já demonstra que a terra devoluta não é de propriedade pública, embora haja sobre ela um interesse público. Nessa linha, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, admitindo o interesse da Fazenda Pública quando ajuizada a ação discriminatória^{506,507}. A linha jurídica é bem demarcada entre o que é terra devoluta e o que é terra de propriedade pública.

sentença transitada em julgado que reconhece eventual domínio privado, e decida como entender de direito sobre os seus efeitos na presente ação discriminatória, observados o contraditório e a distribuição dos ônus probatórios.

13. Agravos conhecidos. Recurso especial de EULÁLIA JOSEDNA NERY AYACH e OUTROS Recurso conhecido parcialmente e, nessa extensão, provido.

Recurso especial de MANOEL DOS SANTOS e OUTROS provido. Apelo nobre de ADEMIR PÉRICO e OUTROS. Recurso conhecido parcialmente, e, nessa extensão, provido. Recurso especial de CHS AGRONEGÓCIO - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. não conhecido. Tutela cautelar revogada. (BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - AREsp 888.195/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020). Disponível em: <www.stj.jus.br>.

⁵⁰⁶ **USUCAPIÃO. INTERVENÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO. ADMISSIBILIDADE. BEM IMÓVEL USUCAPIENDO SITUADO EM ÁREA OBJETO DE AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. INTERESSE PÚBLICO CARACTERIZADO. INTELIGÊNCIA DO PAR. ÚNICO DO ART. 23 DA LEI 6383/76. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA AS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA E SUSPENSÃO DO PROCESSO POR PRAZO RAZOÁVEL QUE SÃO DE RIGOR. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.**

(BRASIL – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 0026612-83.2011.8.26.0100; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 06/10/2021; Data de Registro: 06/10/2021). Disponível em: <www.tjstj.jus.br>.

⁵⁰⁷ CASTRO, Torquato. *Discriminação de terras devolutas*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 97, p. 246-250, 1944.

3. DAS TERRAS DEVOLUTAS

As terras devolutas, como visto na definição (item I deste capítulo), tem um regramento jurídico específico, pois são bens que não são do domínio público em sentido estrito e nem do domínio privado, embora à constituição deste se destine. Uma rápida abordagem dos precedentes sobre a matéria é necessária para uma melhor compreensão.

Não se trata de uma simples repetição de assuntos já abordados, mas uma necessidade metódica, pois a própria expressão “devoluta” já causa confusão, pois transmite a ideia daquilo que foi devolvido, quando, a bem da verdade, a mesma expressão aqui é tomada como indicativo de *res nullius*.

A narrativa histórica que se segue é necessária para contextualizar as terras devolutas e possibilitar uma melhor compreensão da matéria, pois a lógica das palavras se desloca no tempo, assim como o seu aspecto psicológico de compreensão. Sem o deslocamento histórico das palavras ficaria difícil compreender a existência atual das terras devolutas. Assim, é possível harmonizar a nossa abordagem nesse ponto com a parte histórica do capítulo I.

3.1. Precedentes.

Quando os portugueses chegaram às terras brasileiras, não havia qualquer núcleo de urbanização, pois a população silvícola era nômade e suas paradas temporárias não podem ser vistas, do ponto de vista contemporâneo, como áreas urbanas. Era

necessário, pois, estabelecer núcleos urbanos nos padrões europeus e ocupar as terras então descobertas, de modo que tivessem algum aproveitamento econômico. A Coroa portuguesa, por si, não tinha recursos humanos e recursos econômicos próprios para iniciar a colonização, apresentando-se, então, a possibilidade de transferir a propriedade das terras descobertas aos particulares que tivessem condições de lhes dar uma destinação econômica, pagando sobre a produção os tributos estipulados. A forma de constituição da propriedade privada foi o sistema de sesmarias⁵⁰⁸, que já constava da experiência histórica portuguesa, porém, com as modificações que a época recomendava. Nas sesmarias estabelecidas nas terras portuguesas na Europa, a propriedade não era transferida ao particular, continuando nas mãos da Coroa. De forma diversa, nas terras portuguesas do Brasil Colônia, a propriedade da terra era transferida ao particular, desde que cumprisse todos os requisitos contidos na carta de sesmaria, que, em muito se assemelha, aos contratos administrativos de concessão⁵⁰⁹ de terras contemporâneos. A carta de sesmaria, ainda na atualidade, é importante para entender a formação territorial do Brasil, pois eram concedidas sobre terras devolutas:

Esses documentos ‘revelam dados pessoais e familiares, se a propriedade foi herdada, doada ou ocupada, quais os seus limites, se havia trabalhadores e como era constituída a mão-de-obra, em que região ficava tal propriedade, entre outras informações (...). Devido à variedade e quantidade de dados

⁵⁰⁸ A definição de Sesmaria consta das Ordenações Manuelinas: “*Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já noutro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são*” (Livro IV, Título XLIII). Esta definição de sesmaria, tornar-se-ia a definição, pelo senso comum, da terra devoluta.

⁵⁰⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29^a ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 866.

*apresentados sobre os colonos e das áreas doadas, os documentos de sesmarias são importantíssimos para a compreensão acerca da ocupação dos espaços territoriais durante o período colonial, permitindo a compreensão de como ocorreu a questão do acesso e do direito à terra*⁵¹⁰.

Fala-se em ocupação, como forma de constituição da propriedade privada, mas a ocupação, em si, sem a carta de sesmaria, não era fonte constitutiva do direito de propriedade, pois como tivemos oportunidade de verificar nas Ordenações Manuelinas, as terras devolutas não permitiam a aquisição pela prescrição. Então, a constituição da propriedade privada só era possível através da carta de sesmaria, o que permitia um controle da Coroa Portuguesa sobre as terras doadas.

3.2. A coexistência das sesmarias com o sistema de capitanias.

A finalidade das terras devolutas, especificamente no Brasil Colônia, foi a instituição da propriedade privada através das sesmarias, o que se ajustava ao pensamento jurídico, político, econômico e social da época, em pleno mercantilismo, já despontando o liberalismo econômico no horizonte europeu. Com o surgimento do Estado Moderno, após a Guerra dos Trinta Anos na Europa (1618-1648), o modelo enraizou-se no Brasil e nele permanece vivo, sofrendo as influências do moderno conceito de

⁵¹⁰ ROLAND, Samir Lola. *Sesmarias, Ocupação, Povoamento e Trajetória Social e Militar*. Curitiba: Editora CRV, 2020, p. 23.

estado social⁵¹¹, pois a propriedade privada, ainda que longeva, deve atender a função social que lhe impõe a Constituição Republicana de 1988 (art. 5.º, inciso XXIII), que recepcionou a redação já contida no Estatuto da Terra (artigo 2.º, parágrafo 2º, alínea *b*).

A peculiaridade do início da colonização das terras brasileiras está na coexistência de dois sistemas. As capitânicas hereditárias coexistiram com as sesmarias. As sesmarias estavam contidas nas capitânicas hereditárias, como elementos desse conjunto. As capitânicas, com as modificações do tempo, deram origem às províncias do Império e, posteriormente, aos Estados Federados brasileiros.

3.3. AS TERRAS DEVOLUTAS NA LEI E NA DOUTRINA.

Consideradas as modificações impostas pela evolução do pensamento jurídico, a finalidade das terras devolutas ainda é a mesma, desde o início da colonização, pois terão elas prioridade na destinação de imóveis rurais para fins de reforma agrária (art. 9.º da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964 – Estatuto da Terra)⁵¹². No início da colonização era necessária uma formação agrária, enquanto que, no momento contemporâneo, reclama-se por uma reforma agrária.

⁵¹¹ “...O estado social é, ao mesmo tempo, tão natural, tão necessário e tão habitual para o homem que, exceto em algumas circunstâncias incomuns ou por um esforço de abstração voluntária, ele jamais se concebe de outra maneira que não como membro de um conjunto; e esta associação é fixada cada vez mais à medida que a espécie humana se afasta do estado de independência selvagem” (MILL, John Stuart. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 370).

⁵¹² Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

De forma diversa, a Lei nada fala sobre as terras devolutas urbanas, o que permite concluir, por meio do raciocínio analógico, que as terras devolutas urbanas não só poderão, mas deverão se destinar à construção de habitações sociais, destinadas à população de baixa renda, numa autêntica formação urbana, à semelhança da destinação das terras devolutas rurais.

A doutrina administrativista, porém, leciona que a terra é devoluta exatamente por não ter finalidade pública⁵¹³, incluindo-a entre os bens dominicais do Estado, o que não nos parece a melhor solução, pois a sua finalidade originária, à míngua de outra, ainda subsiste e assim determina o artigo 184 da Constituição da República Federativa do Brasil, quando dispõe que: “*A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária*”. A posição doutrinária se justifica em relação às terras públicas sem destinação, mas não em relação às terras devolutas. As terras devolutas têm uma destinação, mas não são aproveitadas para este fim. O não aproveitamento das terras não tituladas para o seu fim é o que a qualifica como devoluta⁵¹⁴. Embora sujeita ao domínio público em sentido amplo, as terras devolutas não são de propriedade pública, pois, se assim fosse, a Constituição Republicana de 1988 não as distinguiria e não é lícito ao intérprete confundir aquilo que a norma distingue.

Não poderiam, a nosso ver, as terras devolutas serem incluídas na classificação de bens públicos dominicais, pois não

⁵¹³ “...elas integram a categoria dos **bens dominicais** (grifamos), precisamente pelo fato de não terem qualquer destinação pública...” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 468).

⁵¹⁴ “...todas aquelas que, pertencentes ao **domínio público** (grifamos) de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 498).

têm essa qualidade jurídica. As terras devolutas só se submetem ao domínio do Estado para fins de soberania, o que também ocorre com as terras de domínio privado. Olhando por este ângulo, as terras devolutas estariam mais próximas do domínio privado e mais distantes do domínio público. Aliás, o artigo 98, inciso III, do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002), não deixa dúvidas quando diz quais são os bens públicos dominicais. São aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Ora, as terras devolutas não integram o elenco dos direitos pessoais, ou reais, de qualquer pessoa jurídica de direito público, não são bens públicos dominiais ou dominicais. Por isso, não são terras públicas, mas sim terras submetidas ao domínio público em sentido amplo, pois, para fins de soberania, todos os bens localizados em determinado território se submetem ao domínio público, inclusive aqueles de natureza privada.

3.4. Formação agrária e reforma agrária.

As terras devolutas, ou *res nullius*, onde quer que existam, está diretamente relacionada com a forma de vida do homem. Entre os nômades, a propriedade da terra não tem qualquer sentido, mas entre os povos gregários e sedentários a propriedade da terra é essencial, de modo a constituir um quadro agrário que atenda à maior parte da população, notadamente para fins de produção agrícola e pecuária ou para fins de habitação. Onde já há um sistema agrário estabelecido e que não se mostra adequado, é

necessário promover uma reforma agrária, de modo a fixar o homem já sedentário. Não havendo um modelo agrário preexistente, é necessária a sua criação, o que foi o caso do Brasil colônia. A Coroa portuguesa optou pelo sistema de capitânicas hereditárias e de sesmarias. Não havia a necessidade de uma reforma agrária, mas de sim de uma formação agrária. A propriedade privada da terra foi constituída através da colonização, que é uma forma de distribuição da terra aos particulares que, na época, tivessem condições econômicas para explorá-la⁵¹⁵.

Portanto, a distribuição de terras pode ocorrer na formação agrária, quando não há um sistema agrário implantado, ou pela reforma agrária, quando já existe um sistema agrário implantado, mas este não atende os anseios da população de um determinado País. Na formação agrária, a distribuição da terra ocorre através da *colonização*, enquanto que na reforma agrária, ocorre uma redistribuição da terra através do *assentamento*. No caso do Brasil, pelo que se nota, essa foi a orientação adotada pelos artigos 1.º, *caput*, e 4.º, inciso XIX, da Lei n.º 4.504/69, numa hermenêutica sistemática.

A formação de um sistema agrário, através da colonização e, portanto da distribuição de terras, tem por fim a ocupação de um determinado território e a sua destinação econômica⁵¹⁶, através da agricultura (art.1.º da Lei n.º 4.504, de 30

⁵¹⁵ *Firmava-se entre nós o princípio de só se conceder terras em sesmaria àqueles que alegavam possuir os meios para explorá-las e fundar engenhos. Como observa Oliveira Vianna, em seus pedidos, os requerentes de sesmarias faziam constar, em consonância com os pensamentos da Coroa, que eram homens de posses.* (NOZOE, Nelson. *Sesmarias e apossamento de terras no Brasil Colônia*. Disponível em: <<https://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf>>. Acesso em 18.04.2022).

⁵¹⁶ “*Está vinculado a la producción, las industrias, el equilibrio entre la ciudad y e el campo, la prosperidade o el bienestar de los habitantes e incluso su sistema político*”

de novembro de 1964). Na reforma do sistema agrário, a terra já está ocupada, mas, por razões sociais, econômicas e de ordenamento do território, torna-se necessária uma ampla redistribuição daquelas terras⁵¹⁷. A colonização, em regra, ocorre com a distribuição de terras devolutas ou de terras de propriedade pública sem destinação específica. De outro lado, na reforma do sistema agrário, como a terra já se encontra na propriedade de particulares, torna-se necessária a desapropriação por utilidade pública e, só então, poderá ser feita a distribuição, através do assentamento. É possível que a terra seja de propriedade do Estado ou de suas Autarquias, quando então é promovida a ocupação, através da colonização. Aqui é importante distinguir que as autarquias, no Brasil, fazem parte da Administração Pública indireta, enquanto que, em Portugal, são integrantes da Administração pública direta.

Feita a distinção necessária, voltamos ao eixo do nosso estudo.

A colonização pode ser patrocinada pelo Estado, com a alienação das glebas de terras a título gratuito ou oneroso, por empresas privadas, em nome próprio ou contratadas pelo Poder Público. Empresas privadas, em nome próprio, em regra, distribuem as terras a título oneroso e, quando contratadas pelo Poder Público, a distribuição pode ser a título oneroso ou gratuito (art. 4.º, inciso IX, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964).

(HORNE, Bernardino C. *Reforma agraria em America y europa*. Buenos Aires: Claridad, 1933, p. 9).

⁵¹⁷ Lei n.º 4.504/64, art. 1.º, § 1.º: “*Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade*”.

Na reforma agrária, a distribuição da terra por meio do assentamento se dá por uma necessidade social e econômica, figurando-se a concessão de uso, no primeiro momento, e a doação de imóvel, no segundo momento, como a forma mais utilizada e consagrada pelo artigo 189 da Constituição Republicana de 1988⁵¹⁸. Note-se que as glebas a serem distribuídas devem recair, em primeiro lugar, sobre as terras de propriedade da União, que não tenham destinação específica, pois não haveria a necessidade de gastos com a indenização por eventual desapropriação. Em segundo lugar, deve recair sobre as terras reservadas pelo Poder Público para a realização de eventuais serviços ou obras, desde que compatíveis com a exploração agrícola; em terceiro lugar, deve recair sobre as terras devolutas da União, dos Estados e dos Municípios. A razão jurídica da imposição constitucional é visível, pois não se concebe a subsistência de uma formação agrária, onde o Estado seja proprietário de terras sem destinação específica, pois isso seria uma genuína especulação imobiliária, o que foge à sua finalidade. É possível que o Estado seja proprietário de qualquer imóvel, mas que tenha uma destinação pública específica, mesmo que não seja imediata.

Em qualquer caso de reforma agrária ou de colonização, é necessário observar a exigência do módulo rural mínimo, por ocasião da distribuição, atendendo, no Brasil, os requisitos postos pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964).

Em resumo, não há que se confundir formação agrária com reforma agrária.

⁵¹⁸ “Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos”.

4. CARACTERÍSTICAS DAS TERRAS DEVOLUTAS NO BRASIL

As terras devolutas no Brasil têm como características estarem sob o domínio público em sentido amplo, pois estão sujeitas à soberania do Estado, mas não integram o elenco das propriedades públicas. São em regra inalienáveis, porém, alienáveis para a destinação específica de colonização ou de reforma agrária, observado o procedimento descrito no item I deste capítulo. Não se sujeitam à prescrição aquisitiva, sendo, pois, imprescritíveis, por expressa disposição legal, pois a Lei n.º 601/1850 (art. 1.º) dispunha que só poderiam se adquiridas por particulares a título de compra. São destinadas à constituição da propriedade privada, inclusive aquelas terras localizadas na faixa de fronteira, estas com as condições previstas em lei. Não são, no ordenamento jurídico atual, *res nullius* perante estrangeiros, pois, em última análise, sujeitam-se ao domínio público em sentido amplo, ou seja, à soberania do Brasil. A doutrina, em recente estudo sobre a matéria, assim leciona:

*Em resumo, pode-se dizer que as terras devolutas são as terras não discriminadas, não delimitadas, não determinadas, mas determináveis, que diante da indeterminação física caracterizam-se como um instituto sui generis. Elas, de modo geral, são as que não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850. Trata-se de um instituto jurídico originário do direito pátrio, não possuindo correspondente em outros ordenamentos jurídicos*⁵¹⁹.

⁵¹⁹ CARAMÊS, Brenda Rocha et al. *Análise jurídica da gestão de terras devolutas localizadas na faixa de fronteira*. Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, vol. 4, n. 1, p. 262, 2017.

É uma categoria específica de bens sujeitos ao domínio público apenas para fins de soberania ou domínio público em sentido amplo. Não se confunde o domínio público, mesmo em sentido estrito, com a propriedade pública, pois esta é uma das espécies daquele, é um elemento daquele conjunto maior de bens. Há bens de domínio público em sentido estrito que não são de propriedade pública, citando-se como exemplo as obras literárias de domínio público. A propriedade pública é uma espécie do gênero domínio público em sentido estrito.

A terra devoluta não é de domínio público em sentido estrito e, portanto, não é espécie desse gênero. Em outras palavras, não é propriedade pública. Há de ser observado ainda que tais terras não se ajustam ao conceito traçado por Marcello Caetano acerca do *domínio natural*, pois a este se amoldam “*Só os espaços, cuja dominialidade resulta do direito eminente de domínio incluído na Soberania e que constituem o que se pode chamar domínio público natural, sendo por natureza objeto de fruição comum por todos os homens, não carecem de afetação e não são suscetíveis de ser desafetados do regime dominial*”⁵²⁰. Não são, pois, de fruição comum. Não se ajustando a nenhum dos regimes jurídicos conhecidos, restou-lhes, pois, um regime especial. Eis, pois, a sua característica.

5. ESPÉCIES DE TERRAS DEVOLUTAS

É possível classificar as terras devolutas para fins de estudo. Assim, numa taxonomia jurídica, podem ser: a) quanto à localização, as terras devolutas podem ser rurais ou urbanas, sendo

⁵²⁰ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 416.

aquelas em maior extensão e estas decorrentes da expansão dos núcleos populacionais urbanos e, por isso, em menor extensão; b) Quanto à situação registraria, as terras devolutas podem ser demarcadas ou não demarcadas; c) Quanto ao aproveitamento econômico, podem ser produtivas ou improdutivas; d) Quanto à ocupação, podem ser terras ocupadas irregularmente ou não ocupadas; e) Quanto ao domínio, as terras devolutas podem ser da União, dos Estados Federados ou dos Municípios.

5.1. As terras devolutas rurais.

São rurais aquelas terras localizadas fora do perímetro urbano de qualquer cidade, incluindo os bairros rurais, pois são prolongamentos das cidades já estabelecidas e com melhorias urbanas. As terras devolutas rurais são aquelas sobre as quais conflitam interesses de três ordens distintas: a) Os interesses econômicos, pois a participação da agricultura e da pecuária no produto interno bruto (PIB) brasileiro é de expressividade conhecida, o que acarreta uma maior demanda por uma regularização fundiária⁵²¹ de terras devolutas já ocupadas irregularmente; b) Os interesses ambientais, já que a produção de alimentos e energias renováveis conflita, em parte, com a preservação ambiental; c) Os interesses antropológicos na preservação da cultura e modo de vida das populações indígenas tradicionais (indígenas). São três ordens de interesses que se originam de grupos internos do Brasil e de grupos internacionais, o que os torna delicados e complexos.

⁵²¹ NALINI, José Renato, LEVY, Wilson. *Regularização fundiária*. 2.^a ed. rev. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 3-10 e 341-358.

5.2. As terras devolutas urbanas.

Urbanas são aquelas terras devolutas, sob o domínio em sentido amplo da União, dos Estados ou dos Municípios, localizadas no perímetro urbano de qualquer cidade brasileira ou de seus bairros rurais.

A definição de terra devoluta urbana não difere da definição da terra devoluta rural, pois o que na atualidade é área urbana, no passado foi área rural. Como já dissemos na parte histórica, não havia no Brasil nenhum núcleo urbano. Por isso, a criação das vilas e o crescimento delas até se tornarem cidades foi uma consequência natural que tenha ocorrido sobre terras devolutas. A demarcação dos perímetros urbanos não tornou pública toda a terra contida naquele perímetro, pois dentro dele existem propriedades e posses privadas, sem que se saiba exatamente o que restou como terra devoluta.

Cabe aos municípios mapear e demarcar as áreas devolutas urbanas, tornando-as terras públicas urbanas.

5.3. As terras devolutas da faixa de fronteira.

As terras devolutas protegidas, assim impropriamente denominadas, são aquelas localizadas na faixa de fronteira, quando não são de propriedade do Poder Público ou privado.

As terras privadas localizadas na faixa de fronteira sofrem as restrições impostas pela Administração Pública, notadamente quanto ao seu uso e disposição.

A Constituição Republicana de 1988, no artigo 20, parágrafo 2.º, define aquelas terras como “*A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para a defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei*”. O texto constitucional recepcionou a Lei nº 6.634, de 02 de maio de 1979, pois repete a definição já contida no artigo 1.º daquela norma ordinária.

Na faixa de fronteira, por expressa disposição do artigo 2.º da Lei nº 6.643/79, é vedada a alienação e concessão de terras públicas, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação destinados à exploração de serviços de radiodifusão de sons ou radiodifusão de sons e imagens; a construção de pontes, estradas internacionais e campos de pouso; o estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à Segurança Nacional, sendo tais indústrias relacionadas por decreto do Poder Executivo; a instalação de empresas que se dediquem a pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais, salvo aqueles de uso imediato na construção civil, assim classificados no Código de Mineração; a colonização e loteamento rurais; as transações com imóvel rural, que impliquem na obtenção, por estrangeiro, do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel; e a participação, a qualquer título, de estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural.

Note-se que na faixa de fronteira coexistem terras públicas e terras de propriedade privada. As terras públicas têm destinação específica e não podem ser alienadas ou concedidas, salvo mediante autorização do Conselho de Defesa Nacional (Lei nº 14.004, de 26 de maio de 2020). As terras de propriedade privada localizadas na faixa de fronteira estão sujeitas às restrições e limitações impostas em favor da segurança nacional, especificamente quanto à alienação, posse, uso ou gravação de qualquer direito real em favor de estrangeiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

As terras devolutas localizadas na faixa de fronteira são terras de domínio público e podem ser alienadas ou concedidas aos particulares, mas com as restrições e limitações já apontadas e, em nenhuma hipótese, poderão ser alienadas ou concedidas a estrangeiros, o que se justifica pelo interesse da segurança nacional. Não podem ser alienadas ou concedidas às empresas privadas que se dediquem a pesquisa, lavra e exploração de recursos minerais, salvo aqueles recursos de aproveitamento imediato na construção civil, ou àquelas empresas privadas que tenham por fim a promoção da colonização ou a realização de loteamentos rurais. É uma restrição à concessão e, eventual alienação, das terras devolutas aos particulares, ainda que de nacionalidade brasileira.

A faixa de fronteira abrange 588 (quinhentos e oitenta e oito) municípios brasileiros, de forma total ou parcial, com um milhão e quatrocentos mil quilômetros quadrados, representando 16,7% do território nacional⁵²².

⁵²² <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-07/ibge-atualiza-municipios-de-fronteira-e-de-frente-ao-mar>.> Acesso em 02.08.2021.

6. AS TERRAS DEVOLUTAS NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, no artigo 20, inciso II, que são bens da União aquelas terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei. Então, somente as terras devolutas relacionadas no dispositivo mencionado pertencem à União. Todas as outras pertencem aos Estados-membros e aos Municípios.

Note-se que a Constituição Brasileira de 1988, ao contrário da Constituição de 1969, devolveu aos Estados-membros as terras devolutas, que lhes haviam sido destinadas pela Constituição Republicana de 1891.

Do ponto de vista da história das terras devolutas brasileiras, a Constituição Republicana em vigor consolida mais de cinco séculos de evolução do instituto. Nesse campo, a evolução é conservadora e, por isso, mais lenta, mas não se perca de vista que a face hoje ostentada pelo Brasil está umbilicalmente ligada às terras devolutas. Foram elas, na forma de sesmarias ou de iniciativas análogas, que possibilitaram a ocupação do território brasileiro e até mesmo a sua expansão, pois imaginando que estavam em terras brasileiras, os coletores de látex de seringueira entraram em terras bolivianas, o que levou o Governo brasileiro a adquirir, por compra, a área onde hoje é o Estado do Acre.

Os conflitos fundiários que viriam a ocorrer na segunda metade do Século XX, em nada desnatura a utilidade de um

instituto que oscila conforme a população vagueia entre a área urbana e a área rural.

Os grandes movimentos migratórios e de colonização, assistidos ao longo da história do Brasil, só foram possíveis graças à existência de terras devolutas. O último desses movimentos foi a chamada *Marcha para o Oeste*⁵²³, iniciada na década de 1930, no Governo de Getúlio Vargas, cuja finalidade era a ocupação e povoação de uma vasta região no Centro e no Oeste do País, onde se localizam os Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia.

Do ponto de vista estratégico, a ocupação daquela área era uma etapa antecedente à ocupação da Amazônia, já iniciada, mas não sem os protestos dos interessados na preservação ambiental dessa nova fronteira.

Não resta dúvida que a terra devoluta, ainda que imóvel, fez uma cansativa, mas bela marcha com a população brasileira.

7. AS TERRAS DEVOLUTAS SEM DESTINAÇÃO ESPECÍFICA

Em regra, as terras devolutas são aquelas sem uma destinação pública específica, mas, no Brasil, historicamente, todas as terras devolutas eram destinadas, em primeiro lugar à constituição das capitânicas, germe das terras de propriedade pública, e das sesmarias, origem da propriedade privada. É possível a existência de terras de propriedade pública, sem destinação, assim como de terras devolutas, notadamente se dividida a destinação em imediata e mediata. Entende-se por destinação imediata aquela com

⁵²³ O nome foi inspirado pelo movimento de expansão territorial ocorrido nos Estados Unidos da América, conhecido como *Marcha para o Oeste*.

projeto aprovado, prestes a ser executado, e como destinação mediata aquela constante de um conteúdo programático ainda distante da execução. A destinação mediata é uma declaração de propósito.

Nessa linha, as terras devolutas, em sua maioria, não têm uma destinação imediata, mas sim um propósito futuro, ou seja, uma destinação mediata.

Na expansão da ocupação da região Norte do País, muitos foram os núcleos de colonização erguidos por empresas públicas ou privadas de colonização, estas incentivadas pelo Poder Público, que lhes concedia, para aquele fim, extensas glebas de terras devolutas. Não se previa a importância futura das questões jurídicas ambientais, o que hoje é ponto essencial a ser considerado em qualquer projeto de ocupação humana.

Há de ser considerada ainda a incorporação de terras ao estoque brasileiro já existente, indagando-se sobre qual a qualificação jurídica a ser atribuídas às terras adquiridas pelo Poder Público.

Embora as terras devolutas tenham sido originariamente destinadas à formação da propriedade privada, no Estado do Acre há uma peculiaridade, pois, o seu território não se submeteu à colonização portuguesa, já que foi adquirido pelo Brasil à Bolívia, por compra, através do Tratado de Petrópolis, celebrado em 17 de novembro de 1903, e, portanto, na vigência da Lei Imperial nº 601/1850. De início, a área adquirida foi incorporada ao território brasileiro, com a estrutura de Território Federal, mas, através da Lei nº 4.070, de 15 de junho de 1962, foi criado o Estado do Acre. A mesma Lei, no artigo 9.º, parágrafo 3.º⁵²⁴, transferiu para o novo

⁵²⁴ “*Todos os bens móveis e imóveis, encargos e rendimentos, inclusive os de natureza fiscal, direitos e obrigações relativos aos serviços mantidos pela União no Território,*

Estado todos os bens móveis e imóveis da União, incluindo as terras da União.

Do ponto de vista doutrinário, toda a terra do Estado do Acre seria de propriedade pública, pois é perfeitamente discriminada e foi comprada pelo Brasil a outro País. Eram terras de propriedade da União, tanto que a área era um Território Federal, e assim permaneceram até a criação do Estado do Acre. As terras não eram devolutas, pois tinham um proprietário, que era a União.

Ocorre que, por uma questão prática, as terras de propriedade pública, transferidas ao Estado do Acre, foram qualificadas pelo artigo 2.º, inciso I, da Lei Estadual nº 1.382, de 05 de março de 2001, como terras devolutas, ao lado das terras arrecadadas como herança jacente, das terras revertidas ao patrimônio do Estado e das terras, por algum título, incorporadas ao patrimônio público. Do ponto de vista técnico, apenas as terras arrecadadas como herança jacente teriam a natureza devoluta. As demais seriam terras de propriedade pública ou de domínio privado do Estado do Acre, o que o artigo 98, do Código Civil Brasileiro, relaciona como bem público dominical.

O conceito de terra devoluta, como já testilhado, não é unânime, o que acarreta na elaboração de diplomas jurídicos com redação de difícil harmonização no complexo âmbito da ciência do Direito, notadamente quando se pretende traçar uma divisão nítida entre os campos do direito público e do direito privado. Terras públicas não é expressão sinônima de terras de propriedade pública.

As terras devolutas, por si, não têm destinação pública, mas, sim, são destinadas à transferência ao uso privativo ou à

passarão ao patrimônio do novo Estado, sem indenização na data da promulgação de sua Constituição”.

propriedade dos particulares. A sua destinação é de interesse social, mas não de necessidade ou utilidade pública.

Então, quando há referência às terras devolutas sem destinação específica, deve se entender como terras sobre as quais não incida, naquele momento, nenhuma necessidade ou utilidade pública. Há terras devolutas sobre as quais incide uma necessidade pública, como é o caso das terras localizadas na faixa de fronteira, pois são necessárias à Segurança Nacional, enquanto outras, como é o caso dos parques nacionais, são de utilidade pública.

8. A FUNÇÃO SOCIAL DAS TERRAS DEVOLUTAS

Tendo em conta que as terras devolutas se destinam à constituição da propriedade privada e assim tem sido historicamente no Brasil, desde logo deve observar a função social da propriedade privada, a cuja constituição se destina. Na formação ou na reforma agrária, a função social é um imperativo constitucional (art. 5.º, inciso XXII, da CF/1988).

A ideia da propriedade socialista, concebida na primeira metade do século XIX, choca-se com a concepção individualista e absoluta da propriedade privada. Como síntese dessa dialética, novas teorias surgiram e a mais importante é a teoria da função social da propriedade, cuja dignidade foi reconhecida pela Constituição Germânica de 1.919, a conhecida Constituição de *Weimar*. É a alteração da estrutura da propriedade ao longo da história⁵²⁵. Às terras devolutas, como são destinadas à constituição

⁵²⁵ *Comentário ao artigo 5.º, inciso XXIII, da Constituição de 1988.* In: FACHINI NETO, Eugênio. *Comentários à Constituição do Brasil* (Coordenação de J.J. Gomes Canotilho). 2.ª ed. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2018, p. 335-340.

da propriedade privada, desde logo é possível, repita-se, impregná-la da sua função social.

A teoria da função social da propriedade se fez presente entre nós com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, onde foi reconhecido que a propriedade deveria atender a sua função social. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1.988, dispõe expressamente, no artigo 5.º, inciso XXIII, que: *a propriedade atenderá sua função social*.

Ora, se as terras devolutas se destinam à constituição da propriedade privada e esta deve atender a sua função social, nada obsta, ao contrário recomenda, que as terras devolutas, mesmo nessa qualidade, observem uma função social. Não há necessidade que seja uma função social ativa, podendo ser uma função social passiva, consistente na manutenção da sua integridade para fins ambientais, o que seria a preservação de um ambiente sadio e, como tal, interesse de toda a coletividade.

É oportuno anotar que não há, embora à primeira vista possa parecer, confronto entre a concepção da propriedade privada como um direito natural e a teoria da função social da propriedade. A propriedade é um direito individual, mas nenhum direito individual é absoluto, comportando, portanto, limitações em favor do bem comum. Assim também as terras devolutas podem atender a uma função social, enquanto permanecerem com essa qualidade jurídica, nada impedindo, porém, que seja convertida em propriedade privada quando o Estado assim julgar oportuno, com as limitações próprias dessa espécie.

A própria tendência associativa do homem já lhe impõe limites aos direitos individuais, cessando estes, para cada pessoa,

no ponto exato onde começa o direito do seu vizinho. Se assim não fosse, não haveria possibilidade do homem se organizar em grupos.

Não se concebe que o uso ilimitado de um direito individual, ainda que originário da natureza da pessoa humana, possa fazer em ruínas todo o agrupamento social necessário ao desenvolvimento da espécie. Aliás, os primeiros agrupamentos humanos já traziam consigo esta noção. Nesse ponto, merece destaque o magistério de Zanobini: “*a idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado*”⁵²⁶. A função social da propriedade não é, pois, antagônica à sua compreensão como um direito natural do homem.

Por fim, nota-se que a propriedade hoje protegida é genérica, englobando a propriedade de bens materiais, coisas móveis e imóveis, e imateriais, consistentes em criações intelectuais.

Não se perca de vista que as terras devolutas são bens vocacionados historicamente a apropriação privada. Por isso, aqui se aplica a lição de José Afonso da Silva, quando afirma que:

“A função social desses bens consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana. Disso decorre que sejam predispostos à aquisição de todos com maior possibilidade possível, o que justifica até a intervenção do Estado no

⁵²⁶ ZANOBINI, Guido *Apud* MONTEIRO, Yara Darcy Police. *A função social da propriedade e os instrumentos de intervenção urbanística*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, p. 85. Dissertação (mestrado em Direito Urbanístico).

domínio da sua distribuição, de modo a propiciar a realização ampla de sua função social”⁵²⁷.

A função social, para manter uma coerência conceitual, é o dever imposto a alguém, titular de um direito subjetivo, de exercê-lo de forma compatível com a plenitude do seu desenvolvimento pessoal e com o bem comum⁵²⁸. Como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao consagrar a função social da propriedade, a Constituição de 1988 condenou a concepção absoluta da propriedade:

“...condena ela a concepção absoluta da propriedade segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade”⁵²⁹.

Ora, se é condenável o uso egoístico da propriedade privada, também o é a falta de destinação das terras devolutas. O desuso da terra devoluta, por inércia do Estado, é uma afronta à função social da terra. O uso dessa terra, repito, pode ser para funções ambientais, gerando o crédito de carbono, o que é de interesse de toda a coletividade.

A questão que se apresenta diz respeito à titularidade dos bens públicos devolutos, pois se não são objeto de direitos subjetivos do particular ou da Administração Pública, como seria possível falar em função social desses bens? Pode parecer contraditório, mas não é, pois são destinados a serem transferidos

⁵²⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.^a ed. São Paulo: RT, 1990, p. 682.

⁵²⁸ Nosso: *O direito de propriedade: limitações e restrições públicas*. Franca (SP): Lemos & Cruz, 2003, p. 51.

⁵²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 302.

à propriedade privada e, enquanto permanecerem como terras devolutas, podem exercer uma função social passiva.

O artigo 173, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, só permite ao Estado a exploração direta de atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou em caso de relevante interesse coletivo, razão pela qual não lhe é autorizada a exploração econômica de qualquer bem devoluto.

De outro lado, a ordem econômica brasileira fundada na valorização do trabalho humano, tem por finalidade assegurar a dignidade humana a todos os cidadãos, observando-se, entre os seus princípios, o princípio da propriedade privada, o princípio da função social da propriedade e o princípio da livre concorrência (art. 170, incisos II, III e IV, da CF).

Ora, se de um lado, o texto constitucional admite que a propriedade privada é fonte da dignidade humana, devendo ser observada a sua função social e a livre concorrência, e, de outro lado, impede que o Estado explore, salvo em casos excepcionais, a atividade econômica. A função social ativa dos bens devolutos será cumprida com a transferência desses bens para a propriedade privada, através da colonização, reforma agrária ou de unidades de habitação social, conforme o bem devoluto seja rural ou urbano.

A lógica do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido apontado, é impecável e a sua Norma Fundamental segue a tradição jurídica oriunda do sistema colonial português, com as modificações impostas pelo tempo e pela evolução cultural da população.

A função social da terra, urbana ou rural, só adquire sentido lógico-jurídico, se incidir sobre um direito individual e a

propriedade privada é um direito individual assegurado pelo artigo 5.º, inciso XXII, da Constituição Republicana de 1988, desde que atenda a sua função em relação ao bem comum (art. 5.º, inciso XXIII, da CR/88). Ainda na linha dos argumentos lógicos, ressaltamos que todo bem público deve atender uma necessidade ou interesse público, ou seja, da coletividade. Assim, a simples propriedade do bem por parte do Estado já atende a sua função social, pois a função daquele é satisfazer as necessidades e os interesses comuns da sua população.

A herança jacente, a título de exemplo, não tem nenhuma função social, salvo quando ingressa no patrimônio público, cabendo a Administração Pública lhe dar a destinação que melhor atenda à necessidade ou interesse público.

As críticas em relação à função social da sociedade privada carecem de fundamento, pois os direitos individuais não podem e não são absolutos, pois até mesmo o direito à vida é limitado pela excepcionalidade da legítima defesa e das demais excludentes de ilicitude da conduta humana. Por isso, a função social da propriedade tem por base, em primeiro plano, o crescimento do indivíduo proprietário, pois só assim poderá atender à exigência constitucional. Não se prega aqui o individualismo egoístico, possessivo, pois, como leciona Canotilho, acerca da evolução das linhas de força da democracia, o “... *individualismo possessivo traçava claramente as fronteiras entre liberalismo e democracia*”⁵³⁰. O que se pretende é um individualismo comprometido com o desenvolvimento social.

⁵³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 401.

É oportuno ressaltar que a transferência da terra devoluta para a propriedade privada é um meio juridicamente qualificado de fazer com que cumpra a sua função social, qual seja, produzir riqueza e gerar o bem-estar das pessoas. Enquanto isso não ocorre, a terra devoluta pode exercer uma função social passiva⁵³¹, própria das florestas, que seria nitidamente de natureza ambiental, produzindo, por exemplo, crédito de carbono⁵³² sem nenhuma interferência humana.

Por fim, a função social da propriedade é relevante numa ordem jurídica liberal⁵³³, pois na ordem jurídica social, onde não se garante a propriedade privada como um direito, não tem sentido falar-se em função social da propriedade.

8.1. A COLONIZAÇÃO E OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO

Diante do aumento da população mundial, a colonização das terras inexploradas se torna menos frequente, mas ainda é utilizada nos países de grande extensão territorial e no realocamento de etnias, originariamente deslocadas por questões políticas ao longo da história. Qualquer que seja o motivo da colonização, seus objetivos principais são sempre a ocupação de um território, de forma originária ou na forma de realocamento

⁵³¹ OPITIZ, Silvia C. B., OPITIZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

⁵³² Convenção das Nações Unidas sobre a mudança do clima (CQNUNM), anexo I, de 9 de maio de 1992 (promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 2.652, de 1.º de julho de 1998). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm>. Acesso em 14.12.2022.

⁵³³ OPITIZ, Silvia C. B., OPITIZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202.

populacional, substituindo uma população autóctone, e a exploração econômica. Assim eram todas as colonizações romanas, que serviram de modelo às atuais colonizações.

A colonização, pois, é um método de ocupação territorial e de ordenação econômica e populacional da área ocupada. Na lição doutrinária, in verbis:

“Colonização oficial, portanto, é a entrega de terras do Estado (devolutas ou não), em forma de propriedade familiar, àqueles que se dedicam à atividade rural”⁵³⁴.

É importante anotar que a colonização pode ser privada, mas necessita de prévia autorização do Estado, pois seria feita por lotes e estes devem ser registrados no Serviço de Registro de Imóveis, ainda que na forma de fração ideal. Quando pública, conforme já demonstramos, a colonização será sempre a entrega de terras públicas, pois mesmo as terras devolutas destinadas à colonização devem ser discriminadas, o que as transforma, de imediato, em terras públicas.

A colonização pode ser interna ou externa. Será interna quando feita por um Estado, utilizando-se de seus próprios nacionais para a ocupação de seu próprio território. Será externa quando um país, para ocupação de seu território, promove a migração de parte da população de outros países com excedente populacional ou quando um país, utilizando-se de seus nacionais, ocupa territórios de um outro país.

A colonização, interna ou externa, pode ser, pois, de ocupação, de exploração ou mista, onde se apresentam as duas formas empregadas.

⁵³⁴ Ibid, p. 191.

Diante do avanço das tecnologias e do conhecimento científico de todo o globo terrestre, a colonização de terras despovoadas e não integrante de território de um determinado país, é cada vez mais rara, até porque o aumento da população mundial, aos poucos vai tornando isso impossível.

As colonizações romanas tinham um objetivo misto, ou seja, era de ocupação e com fins econômicos, procurando, porém, interferir na estrutura social dos povos conquistados de forma paulatina e imediatamente imperceptível. Incentivava o acultramento por assimilação, o que, por si, é impossível de ser feito de forma abrupta. A assimilação se dava pelo arrojo tecnológico e pela praticidade nas estruturas físicas implantadas, como estradas, urbanizações, aquedutos e teatros abertos.

8.2. A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O APROVEITAMENTO ECONÔMICO DA OCUPAÇÃO FAMILIAR

As áreas urbanas se apresentam uma pequena fração do território de quase todos os países, o que é creditado ao êxodo rural ocorrido ao longo do tempo. No Brasil, 84,72% da população vive em áreas urbanas⁵³⁵, em terras que representam apenas 0,63% do território nacional, o que ainda é um reflexo da cultura romana, cuja população se concentrava, em sua maior parte, nas cidades. Na zona rural vivem apenas 15,28 da população brasileira.

A urbanização apresenta inconvenientes, fazendo surgir o interesse público na fixação do homem, e de seu núcleo familiar,

⁵³⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>. Acesso em 14.12.2022.

nas áreas rurais, sem prejuízo da observância dos seus direitos fundamentais, o que pode ser feito, em parte, pela regularização fundiária. Duas vantagens são imediatas. Os serviços urbanos são aliviados da sua sobrecarga e a produção econômica das pequenas propriedades rurais é dinamizada, acarretando, indiretamente, uma menor dependência da família fixada em relação à assistência social urbana.

A regularização fundiária permite o acesso das famílias de baixa renda aos financiamentos públicos, cuja sustentação se dá no âmbito do Programa Nacional de Financiamento da Agricultura Familiar (PRONAF).

A reforma agrária seria a “*melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso*”⁵³⁶, mas a questão imediata é que a população já não vive na zona rural e sim nas áreas urbanas. Então, não há qualquer sentido em se falar em reforma agrária no Brasil atual. O que se mostra necessária é uma regularização fundiária urbana, onde vive a maior parte da população, conforme visto na estatística oficial.

A regularização fundiária é feita através do assentamento, que é o conjunto de unidades agrícolas, autônomas entre si, instaladas por um órgão público ou por uma autarquia encarregada de promover os assentamentos. No caso do Brasil, esta autarquia é Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) que fará os assentamentos em terras onde já existia um prédio rústico que tinha um proprietário, seja ele pessoa física ou jurídica. Então, nesse caso, como já sustentado, a reforma recai sobre um sistema já existente. O assentamento é a divisão da terra

⁵³⁶ OPITIZ, Silvia C. B., OPITIZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 191.

em parcelas, lotes ou glebas, que serão entregues a cada família de agricultores ou trabalhadores rurais sem condições financeiras para adquirir e manter atividade econômica rural. O tamanho de cada gleba vai depender da capacidade produtiva da terra e da geografia do terreno, pois os lotes devem ser unidades produtivas e os assentados devem residir no local, em casas construídas dentro do próprio assentamento. Os assentamentos devem conter áreas comunitárias, moradias e estruturas de uso coletivo, como centros comunitários, agroindústrias, escolas e unidades de saúde. Somente com essas estruturas é possível fixar o homem no campo, acrescentando-lhe a assistência técnica necessária. O assentado deve explorar a sua gleba economicamente com mão de obra familiar. Para tanto, contam com créditos, assistência técnica e infraestrutura. Não se trata de doação de terra, mas sim de compra e venda, em condições especiais.

A criação de um assentamento é feita por meio de uma portaria do INCRA, onde constam os dados do imóvel, a sua capacidade de assentamento, o nome do projeto e as fases para a sua implantação.

Quando o INCRA adquire terras particulares para fazer assentamentos, deve elaborar um projeto de assentamento (PA), onde deve observar as limitações ambientais e o projeto descentralizado de assentamento sustentável (PDAS). Aqueles assentamentos implantados por órgãos governamentais e reconhecidos pelo INCRA, precisam desse reconhecimento para ter acesso ao Programa Nacional de Reforma Agrária, com seus benefícios públicos. Aqueles assentados têm a preferência de compra da sua produção agrícola, destinada ao Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e ao Programa de Aquisição de

Alimentos (PAA). Os produtos são adquiridos pelo Poder Público em todas as suas esferas, para fornecimento em escolas e unidades de saúde públicas.

O assentamento é feito em três fases. Na primeira fase, ocorre a criação por meio de uma portaria, cuja denominação é Projeto de Assentamento (PA). Em uma segunda fase, já com os lotes demarcados e discriminados, é feita a implantação, com a ocupação dos lotes divididos, a instalação das famílias e a concessão dos primeiros créditos governamentais. Na terceira fase, são construídas as casas para as famílias, ocorre a abertura de estradas, a instalação de energia elétrica, concessão de créditos produtivos e a respectiva assistência técnica.

São modalidades de projetos de assentamentos: Projeto de Assentamento Federal (PA), onde é feita a obtenção da terra, a criação do projeto, a seleção dos beneficiários e estabelecida a responsabilidade da União através do INCRA, com aporte de recursos financeiros, a implantação de infraestruturas e titulação da concessão, que pode ser concessão de uso ou título de propriedade concedido por parte da União; Projeto de Assentamento Agroextrativista (PAE). Nessa modalidade, o INCRA busca a obtenção da terra, cria o projeto e seleciona os beneficiários, proporciona o aporte de recursos creditícios, implanta infraestrutura básica, providencia o título jurídico da concessão de uso e seleciona os beneficiários, que são membros de comunidades extrativistas, que devem observar atividades ambientalmente saudáveis; Projeto de Desenvolvimento Sustentável (PDS). Esta modalidade de projeto é estabelecida para o desenvolvimento de atividades ambientais diferenciadas e dirigidas às populações tradicionais. O INCRA providencia a

compra da terra, cria o projeto e seleciona os beneficiários, aporta recursos para o crédito produtivo, cria as estruturas básicas e providencia a titulação coletiva por fração ideal, pois, nesse caso, não há individualização das glebas; Projeto de Assentamento Florestal (PAF). É uma modalidade de assentamento especialmente voltada para o manejo sustentável dos recursos florestais em regime de economia familiar e comunitária. A produção madeireira deve seguir a regulamentação do IBAMA para o manejo florestal sustentável e a organização econômica são as cooperativas ou associações, que assinam um contrato de concessão de uso por parte da União. Cabe ao INCRA a indicação as áreas próprias para a implantação dos projetos de assentamento florestal; Projeto Descentralizado de Assentamento Sustentável (PDAS). É uma modalidade descentralizada de assentamento, destinada ao desenvolvimento econômico da agricultura familiar, por meio de incentivo de atividades economicamente viáveis, socialmente justas e ambientalmente sustentáveis. Os lotes podem ter áreas superiores a dois módulos fiscais ou inferior à fração mínima. A sua finalidade é produzir hortifrutigranjeiros, em regime de economia familiar, para serem comercializados nos grandes centros urbanos.

Ao lado dessas modalidades de assentamentos, o INCRA reconhece ainda os projetos de Assentamentos Estaduais (PE) e os Projetos de Assentamentos Municipais (PAM).

Ainda pode ser acrescentado, como forma de assentamento, as reservas extrativistas (RESEX), reconhecidas pelo INCRA; os territórios remanescentes quilombola (TRQ), cuja finalidade é regularizar a situação das comunidades remanescentes dos quilombos, possibilitando-lhes o acesso aos meios de financiamento; reconhecimento de assentamento de fundo de pasto

(PFP), que são projetos criados pelos estados ou municípios, destinados a pastagens comuns, conhecidos por faxinais; os projetos de reassentamento de barragem (PRB), cuja finalidade é reassentar as populações deslocadas por força da inundação de áreas represadas para construção de hidroelétricas; floresta nacional (FLONA). São constituídas por terras adquiridas pelo órgão ambiental da União, com a finalidade de constituição de reservas florestais nativas; e reservas de desenvolvimento sustentável (RDS). Também são terras adquiridas pelo órgão ambiental da União, destinadas à conservação de espécies animais ou biológicas ou pela ecologia apresentada. Normalmente não é ocupada por humanos, mas consta como projeto do sistema de reforma agrária.

Então, pelo visto, a regularização fundiária e o aproveitamento econômico da ocupação familiar pode ser efetuado em diversas modalidades, bastando a correta implantação dos projetos, com o adequado financiamento governamental, já que são destinados à população rural de menor renda.

8.3. O ASSENTAMENTO E A REGULARIZAÇÃO DE TERRAS DEVOLUTAS URBANAS

Urbano, do latim *urbanus*, de *urbs*, é uma expressão empregada em oposição à expressão rural. Distingue aquilo que se refere à cidade, vila ou freguesia, e que está no seu perímetro definido por lei. É a área localizada dentro do perímetro de uma cidade ou núcleo de povoamento, destinada às construções ou casas

de morada. O rural, de outro lado, destina-se a agricultura ou a criação de animais.

Tanto o solo urbano quanto o solo rural podem ser parcelados, mas o parcelamento deve observar regramentos jurídicos distintos. Aqui trataremos do parcelamento urbano de terras devolutas, para fins de assentamento ou regularização habitacional.

O assentamento em terras devolutas urbanas deve observar as exigências da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), ainda que seja através da construção de unidades habitacionais⁵³⁷.

A regularização de terras devolutas tem a finalidade de extinguir as sub-habitações, favelas, palafitas ou formas assemelhadas, onde as pessoas sobrevivem abaixo da linha de pobreza⁵³⁸. Deve se observar, porém, as áreas de preservação ambiental que, se degradadas, devem ser recuperadas, especialmente nas áreas de preservação permanente destinadas à proteção desses mananciais. Isso é necessário porque a água é um bem finito e vai se tornando escasso, especialmente para a população urbana, de modo que, ao conforto da urbanização se contrapõe a obrigação da preservação ambiental mínima.

O parcelamento do solo urbano, em terras públicas, devolutas ou privadas, deve obedecer aos parâmetros fixados pela Lei n.º 6.766/79⁵³⁹, e pode ser feito de duas formas, ou seja, pelo

⁵³⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 230-339.

⁵³⁸ *Direito do urbanismo: entre a cidade legal e a cidade ilegal*. FERNANDES, Edésio. In: *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 3-11.

⁵³⁹ VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários à Lei Sobre Parcelamento do Solo Urbano*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 7.

loteamento ou pelo desmembramento de uma gleba de terras maior. Por disposição legal, considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias já existentes (art. 2.º, parágrafo 1.º, da Lei 6.766/79). De outro lado, considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com o aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem o prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes (art. 2.º parágrafo 2.º, da Lei 6.766/79).

O Poder Público pode fazer o parcelamento do solo urbano, vendendo aos particulares os lotes ou neles construir habitação e vender os lotes com as habitações já concluídas. Da mesma forma, pode também desmembrar uma área de terras públicas, alienando as frações aos particulares, mediante o preenchimento de requisitos fixados pela Administração Pública, ou construindo as habitações para, em seguida, aliená-las aos particulares que atenderem aqueles requisitos adremente fixados⁵⁴⁰.

Em qualquer das espécies, deverá observar a área mínima de cada lote, sendo que a Lei n.º 6.766/79 fixa a área mínima de 250 metros quadrados para cada lote, mas os municípios podem reduzir essa área pela metade. Então, a área mínima de cada lote será de 125 metros quadrados.

⁵⁴⁰ Art. 2.º da Lei n.º 6.766/79. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm>. Acesso em 14.12.2022.

Até aqui não se encontra maiores dificuldades, pois estas aparecem quando se busca regularizar habitações construídas de forma irregular em áreas que não podem ser ocupadas, por questões de segurança ou por restrições ambientais, como ocorre com a ocupação de áreas de preservação permanente nas grandes cidades, especialmente nas grandes capitais dos Estados, o que compromete a vida. Não se olvide que o “... núcleo da proteção jurídica ambiental parece centrar-se, contudo, nos componentes ambientais naturais, aqueles de cuja existência depende, em última análise, a subsistência de formas de vida humana”⁵⁴¹. As áreas de preservação permanente em torno dos cursos d’água são necessárias à vida humana e devem ter no mínimo, trinta metros de largura, ou seja, quinze metros de cada lado do curso d’água. Dependendo da largura do curso d’água, a área de preservação permanente pode chegar a quinhentos metros, ou seja, duzentos e cinquenta metros de cada lado.

A expressão preservação é ampla e inclui a manutenção e a restauração das áreas degradadas, sejam elas urbanas ou rurais. Ocorre que as ocupações irregulares, com a construção de habitações nas áreas de preservação permanente, só podem ser resolvidas com o reassentamento daquela população. É uma população, normalmente de baixa renda, que não teria, por si, recursos financeiros para a aquisição de imóvel no mercado imobiliário.

Como a moradia é um direito fundamental (art. 6.º da Constituição Republicana de 1988), só resta ao Poder Público, se não houver terras públicas ou devolutas suficientes para a

⁵⁴¹ GOMES, Carla Amado. *As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente*. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 27.

construção de moradias, proceder à desapropriação de áreas necessárias à construção de moradias sociais, construí-las efetivamente, e reassentar a população removida das áreas de preservação permanente ou que causem risco à segurança da ocupação do solo urbano. É uma medida de reordenamento do território urbano, antipática por envolver desapropriações de imóveis privados, mas necessária para tornar a vida urbana sustentável. É uma desapropriação por necessidade pública (art. 5.º, inciso XXIV, da CF), pois, persistindo a ocupação e a contaminação das águas urbanas, a vida nas cidades tende a se tornar inviável.

No reassentamento das famílias removidas, deve ser adotada, por analogia, a mesma ordem estabelecida para a utilização de áreas para a reforma agrária. Primeiro, devem ser utilizadas as terras públicas dominicais, ou seja, aquelas sem destinação ou uso específico pela Administração Pública. Não havendo terras públicas dominicais, a preferência deve recair sobre as terras devolutas da pessoa jurídica de direito público que esteja fazendo o reassentamento. Por fim, não havendo terras públicas dominicais ou terras devolutas, deve ser procedida a desapropriação de áreas necessárias ao reassentamento, tomando-se a cautela de não criar um problema social para resolver outro problema da mesma natureza. Não é razoável deixar uma população sem habitação, qualquer que seja o seu nível socioeconômico, para atender outra parcela da população.

De qualquer modo, o assentamento ou reassentamento urbano pode ser feito por meio de loteamento, com os lotes sendo vendidos em condições favoráveis àqueles que necessitam construir uma habitação ou com as habitações prontas, ou de

desmembramento. Adotada uma forma ou outra de parcelamento do solo urbano, torna-se necessário definir a espécie de prédio de habitação, podendo ser horizontal ou vertical. A matéria se insere no campo específico do direito urbanístico e como leciona António Cordeiro:

*“Propender-se-ia pois assim para destacar como ideia básica da noção de direito do urbanismo a de que se ocupa das regras sobre edificações dos solos e sobre a sua infraestruturização, condicionadas a montante, seguramente, por um variado e heterógeno conjunto de regimes que devem obter uma expressão unitária, e operativa, no chamado direito do ordenamento do território”*⁵⁴².

Há, pois, um conjunto heterogêneo de regras a serem observadas⁵⁴³.

Em locais, com disponibilidade de espaço urbano ou em zona de expansão urbana, adota-se a habitação horizontal⁵⁴⁴, com uma morada por lote. De forma diversa, em locais com maior densidade demográfica, a solução é a criação de condomínios verticais ou edifícios, o que dificulta a manutenção da qualidade de vida dos moradores, pois a Administração Pública não tem acesso às áreas comuns aos condôminos, refletindo na estética urbanística da cidade. Em caso de criação de condomínio edilício, devem ser observadas as regras previstas nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), devendo constar no instrumento de instituição do

⁵⁴² CORDEIRO, António. *A proteção de terceiros e, face de decisões urbanísticas*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 23.

⁵⁴³ CORREIA, Fernando Alves. *Estudos de Direito do Urbanismo*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 110-121.

⁵⁴⁴ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Da Propriedade Horizontal e Vertical*. Campinas (SP): CS Edições, 2003, p. 49-50.

condomínio a discriminação e individualização das unidades autônomas, assim como a sua finalidade e a fração ideal que cada condômino terá direito em relação ao terreno. Ao final, o instrumento deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Uma questão importante a ser resolvida neste âmbito, é a destinação dos edifícios abandonados em áreas centrais das grandes cidades, o que, ao lado da degradação estética urbana, faz com que aquele imóvel não cumpra a sua função social. A solução imediata é a imposição da alíquota progressiva do imposto territorial e urbano. Porém, a alíquota progressiva, onde foi empregada, não produziu bons resultados, levando ao abandono definitivo dos edifícios por seus proprietários. A melhor solução, em casos tais, é a desapropriação por utilidade pública, com a destinação do edifício ao assentamento ou ao reassentamento populacional.

Ocorre que, muitas vezes, o edifício não foi construído para fins residenciais e, por isso, inaproveitável para essa finalidade. Resta ao Poder Público fazer a recuperação do edifício, com a concessão de uso das unidades autônomas para fins empresariais, notadamente concedidas às micro e pequenas empresas, o que irá dinamizar o aproveitamento econômico do imóvel e propiciar emprego e renda aos habitantes locais. É o aproveitamento do edifício, segundo a sua finalidade original, tais como centros empresariais, centros comerciais ou mercados verticais, o que é admitido pelo Código Civil Brasileiro (art. 1.332, inciso III), pois não é vedada a finalidade empresarial ou comercial.

É uma solução jurídica que permite o aproveitamento econômico dos edifícios abandonados, com ganhos públicos urbanísticos e de segurança pública.

Nas grandes capitais brasileiras o problema dos imóveis abandonados é visível e muitos deles são do domínio público.

9. DA DISTINÇÃO ENTRE TERRAS PÚBLICAS PROTEGIDAS E TERRAS DEVOLUTAS.

São terras continentais ou submersas que recebem a proteção jurídica com alguma finalidade social, econômica ou de segurança externa. Não se confundem com as terras devolutas, embora algumas delas estejam sob o domínio público em sentido amplo.

Em alguns países, especialmente Portugal, a plataforma continental é parte integrante do território nacional e tem relevância fundamental, pois historicamente são povos dependentes da economia decorrente da exploração da plataforma continental, o que normalmente não é contestado por outros países. Note-se que as riquezas, em seu maior volume, não estão nas águas marítimas em si, mas sim no piso submarino, onde há grandes reservas de minerais indispensáveis à sobrevivência econômica de qualquer país.

No Brasil, as terras públicas protegidas têm essa qualidade porque recebem uma proteção para uma finalidade específica. Não são terras devolutas, mas sim terras públicas.

9.1. As terras indígenas.

As terras indígenas são aquelas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e são, até a demarcação da reserva, terras devolutas irregularmente ocupadas. Com a demarcação, ocorre a discriminação e, então, tais terras ingressam na propriedade pública de uso especial da União. Tornam-se, com isso, terras públicas protegidas.

A abordagem das terras indígenas e das reservas ambientais é importante, pois antes da colonização portuguesa, todas as terras brasileiras eram ocupadas pelos indígenas, o que pode levar à conclusão de que as terras não ocupadas efetivamente por Portugal adquirem a qualidade de terras devolutas, mas sob o domínio em sentido amplo dos indígenas. O equívoco reside na colocação dos indígenas como um Estado, pois só assim poder-se-ia falar em domínio em sentido amplo, o que não se sustenta, porque as populações indígenas eram nômades e não tinham nenhuma noção da organização de um Estado. Rivalizavam-se entre si, o que facilitou a conquista portuguesa.

Ao contrário do que se possa imaginar, as terras ocupadas pelos indígenas e aquelas destinadas às reservas ambientais, não são terras devolutas, mas sim terras públicas de uso especial. Como são terras públicas, é dever do Estado defendê-las, como, aliás, é obrigado a defender qualquer bem de propriedade pública ou sob o domínio público.

Aquelas terras onde são constituídas as reservas ambientais e aquelas ocupadas pelas populações indígenas, podendo ser rurais ou urbanas, não são terras devolutas, mas sim terras de propriedade pública. Com a expansão urbana, existem aldeamentos indígenas localizados em áreas urbanas, o que não

impede que a terra ocupada por essa população tradicional seja de natureza pública.

As terras, urbanas ou rurais, ocupadas pelos índios, são protegidas e destinadas especificamente à ocupação daquela população. Por expressa disposição constitucional (art. 231, parágrafo 2.º, da Constituição Republicana de 1988) aos silvícolas, em relação às terras por eles ocupadas e habitadas, é conferida a posse da terra nos seguintes termos: “...§2.º *As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes*”. Note-se que a regra constitucional fala em posse, mas não em propriedade, não havendo em tais casos qualquer mutação dominial.

A demarcação das terras indígenas, quando incidente sobre glebas de terras devolutas, é da competência da União e, tão logo consumada a demarcação, passam a ser terras públicas *ex vi legis*. O que se busca é regularizar uma situação de fato preexistente à Constituição de 1988. Por isso, a posse já deve existir *longa manus*.

A questão que surge é saber qual é a qualidade dessa ocupação após a realização da demarcação, pois a posse é protegida em prestígio à propriedade. Procedida a demarcação, já não subsiste a situação apenas de fato, pois o que se opera é o uso e gozo sobre terra de propriedade pública.

A redação do dispositivo constitucional não é precisa, pois fala em posse, mas, em seguida, se refere ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras demarcadas, o que permite a conclusão de que se trata de um direito real de usufruto, cujo titular é uma coletividade. Aqui se nota uma semelhança com a extinta enfiteuse, dividindo-se a

propriedade pública se divide em propriedade útil e em propriedade direta, mas, de forma diversa da enfiteuse, o enfiteuta não está obrigado a pagar o foro e nem pode alienar a coisa.

Portanto, a solução é qualificar a ocupação indígena de terras públicas, nos termos delineados na Constituição de 1988, como um direito real de usufruto, pois este não permite ao usufrutuário a alienação da coisa e nem lhe confere o direito de aquisição da propriedade da gleba pela prescrição (usucapião), o que já seria obstado pelo simples fato de ser terra pública.

Depois de demarcadas e discriminadas, as terras ocupadas e possuídas pelos índios perdem, se devolutas, a sua qualidade de devolutas, passando à propriedade pública, com a finalidade de ocupação indígena. Passa a ser terra pública de uso especial. Nessa qualidade, é juridicamente possível a concessão *ex vi legis* do direito de usufruto a uma coletividade indígena específica, que tradicionalmente venha ocupando, de fato, a gleba concedida.

À coletividade indígena, frise-se, não é conferida a propriedade das glebas ocupadas, permanecendo a propriedade em poder da União ou do Ente Federado que a tenha discriminado. Por isso, são terras de propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, cuja propriedade privada, individual ou coletiva, não pode ser adquirida pelo decurso do tempo (prescrição aquisitiva), adquirindo a característica de terras protegidas ou reservadas sob a propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme o caso.

De forma diversa da concessão de terras para fins privados, sobre as terras reservadas aos índios, não há uma concessão administrativa, mas sim, a terra lhes é concedida em

usufruto, mas o título constitutivo desse direito não decorre de ato ou contrato administrativo e sim decorre do comando que emerge do artigo 231, *caput*, da Constituição Republicana de 1988. O ato administrativo de demarcação não se confunde com o ato de concessão, pois nada mais é que uma discriminação do espaço territorial já mencionado no dispositivo constitucional. É apenas uma especialização do direito indígena já reconhecido constitucionalmente. A concessão, em si, não depende de um ato administrativo constitutivo do título, não sendo, portanto, discricionário, mas sim um ato vinculado decorrente do comando constitucional.

É importante notar que a Constituição Republicana de 1988 não chega ao ponto de desconstituir o ato jurídico perfeito, ou seja, não tira a posse ou a propriedade conferida a outros particulares ou etnias para entrega-las aos índios, mas tão somente reconhece uma situação de fato já existente e consolidada, que é a ocupação tradicional de determinada gleba pela população indígena, o que fixa o marco temporal do seu início na data da promulgação da Constituição (05.10.1988). Não é reconhecida a posse individualmente a um ou outro índio, mas a etnias que vivem aldeadas e não àquelas que já se integraram à civilização ocidental. Note-se que, da redação do artigo 231, *caput*, da Constituição Republicana de 1988, não se fala em mutação dominial:

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

Direitos originários não significam propriedade, mas sim um direito ao conteúdo econômico da terra. Então, àquela população são transferidos os direitos de uso e gozo, mas não os direitos de gravame e de disposição da terra. É uma peculiaridade das terras públicas ocupadas pelos índios.

O objetivo do texto constitucional, ao proteger as terras habitadas primitivamente pelos índios, é preservar-lhes a cultura e o modo de vida peculiar de cada etnia. A norma não reconstrói o passado, mas sim protege os silvícolas que persistiram em seu modo peculiar de vida na data da promulgação da Constituição Republicana de 1988.

Portanto, as terras públicas destinadas aos índios são perfeitamente discriminadas e demarcadas, não podendo ter outra destinação e nem mesmo ter a propriedade transferida a particulares, mesmo que indígenas. É um bem fora do comércio, de propriedade pública e com finalidade específica. Aliás, o artigo 198, *caput*, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969⁵⁴⁵, já não deixava dúvida sobre a inalienabilidade daquelas terras:

As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

⁵⁴⁵ Disponível em :

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

As terras indígenas são de três espécies: a) terras indígenas tradicionais; b) reservas indígenas; e c) terra de propriedade indígena.

As terras indígenas tradicionais⁵⁴⁶ são aquelas mencionadas no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, sendo elas demarcadas com fundamento no Decreto nº 1775/96. Repita-se, se forem terras devolutas, a demarcação nada mais é que a discriminação administrativa, o que inclui a gleba demarcada no rol das propriedades públicas, mas de usufruto concedido a uma coletividade indígena específica.

As reservas indígenas são terras doadas ou adquiridas, por compra ou desapropriação, por parte da União, cuja ocupação é concedida às etnias indígenas, permanecendo como propriedade da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios. Nesse caso, não há necessidade de uma prévia ocupação *longa manus* da área constitutiva da reserva.

As terras de propriedade indígena são aquelas de propriedade privada de determinado grupo indígena, cujas regras jurídicas são aquelas do direito privado, ou seja, regras condominiais.

9.2. A plataforma continental.

⁵⁴⁶ MONTANARI JÚNIOR, Isaias. *Terra Indígena e a Constituição Federal: Pressupostos constitucionais para a caracterização das terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em 18.12.2022.

A Constituição Republicana de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, no artigo 4.º, inciso III, incluía entre os bens da União a plataforma continental. O constituinte republicano de 1988 optou por outra redação, incluindo entre os bens da União apenas o mar territorial (art. 20, inciso VI, da CRFB) e os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (art. 20, inciso V, da CRFB), abdicando da sua pretensão de estender a soberania nacional à plataforma continental. Alguns conceitos do direito marítimo são importantes para uma perfeita compreensão da matéria. São os conceitos⁵⁴⁷ de mar territorial, de zona contígua, de zona econômica exclusiva, de plataforma continental, mínima e estendida, e de alto mar⁵⁴⁸.

O mar territorial é a porção de terras submersas de doze milhas náuticas, contadas da linha de base, coincidente com o talude continental e, em linha prolongada, coincide também com a extensão do espaço aéreo nacional, sobre a qual a soberania do País é exercida.

A zona contígua é a porção de terras submersas de vinte e quatro milhas náuticas, contadas da linha de base, incluindo, portanto, o mar territorial. A soberania nacional, porém, só é exercida sobre o mar territorial.

A zona econômica exclusiva é a porção de terras submersas de duzentas milhas náuticas, contadas da linha de base,

⁵⁴⁷ Lei nº 8.167, de 04 de janeiro de 1993, e plano de levantamento da plataforma continental brasileira. Disponível em <<https://www.marinha.mil.br/secirm/leplac>>. Acesso em 03.08.2021.

⁵⁴⁸ MELO, Milena Barbosa de. *Direito Internacional do Mar*. Campinas (SP): Servanda, 2012, p. 10-400.

incluindo, portanto, o mar territorial e a zona contígua, sobre a qual a exploração econômica dos recursos naturais é exclusiva do País.

A plataforma continental mínima é a porção de terras submersas que se estende do limite externo do mar territorial ao limite externo da zona econômica exclusiva. Embora sobre ela o País não exerça a sua soberania, a exploração dos recursos naturais lhe é conferida com exclusividade.

A plataforma continental estendida, por outro lado, é a porção de terras submersas de trezentas milhas náuticas, contadas da linha de base, incluindo o mar territorial, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental mínima, finalizando na planície abissal, onde começam as águas internacionais ou de patrimônio da humanidade. Não se trata de conceitos jurídicos inúteis, pois a “...importância da plataforma continental, cuja extensão pode superar a do mar territorial, reside no fato de que contém as mesmas riquezas minerais existentes no território continental adjacente e é o viveiro da fauna e da flora marinhas. Por isso, o Brasil sempre defendeu sua Soberania sobre essas terras submersas contíguas à sua costa”⁵⁴⁹. Nota-se que, embora o Brasil tenha abdicado da sua soberania plena sobre a plataforma continental, não experimentou significativo prejuízo econômico, pois este só ocorreu em relação à plataforma continental estendida, já que a plataforma continental mínima está contida na zona econômica exclusiva do País. Em outros termos, é livre a navegação internacional sobre a zona econômica exclusiva, mas nela não pode haver nenhuma exploração econômica estrangeira, como, por exemplo, a pesca e a mineração.

⁵⁴⁹ MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.^a ed. São Paulo: RT, 1986, p. 459.

A abdicação do pleito de soberania sobre a plataforma continental, à qual fizemos referência, foi materializada pelo artigo 11 Lei nº 8.617/93, *in verbis*:

*A plataforma continental do Brasil compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância*⁵⁵⁰.

Ao definir que a plataforma continental é a porção de terras submersas que vai além do mar territorial, não está implicitamente reconhecendo que a dita plataforma não é parte do seu território, mas sim apenas tornando aquelas águas livremente navegáveis, sem a necessidade de prévia autorização das autoridades navais brasileiras. Não há outra conclusão possível, pois se os recursos naturais existentes naquelas águas são bens da União (art. 20, inciso V, da CF/88) e a porção de terra submersa é um recurso natural. Então, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva são partes do território nacional, embora a navegação naquele espaço seja livre. Entendimento idêntico é adotado em Portugal, em relação à plataforma continental, pois os lusitanos têm a plataforma continental como parte integrante do território português, inclusive a plataforma continental das ilhas, o que vem de longa data e sem qualquer contestação.

⁵⁵⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18617.htm>. Acesso em 28.04.2022.

A doutrina administrativista, de uma forma geral, admite a interpretação portuguesa dos direitos do mar, pois existem diferenças dominiais em relação aos espaços marítimos, notadamente quando não causa prejuízo a nenhum outro país:

Pode-se dizer que o território do Estado abrange, segundo o Direito Internacional, a porção terrestre, o mar territorial e o espaço aéreo sobrejacente. As zonas costeiras alcançam todos estes espaços, embora não abarquem toda a extensão da porção terrestre, restringindo-se a uma faixa de terra contada a partir da costa. Cabe afirmar, nesse sentido, que o espaço objeto desta investigação, a zona costeira, pertence ao Estado. Contudo, existem diferenças no que toca ao exercício da jurisdição, marcadamente, nos espaços marítimos⁵⁵¹.

Há de ser observada a distinção entre soberania e jurisdição, pois na zona econômica exclusiva o Estado tem jurisdição, mas não tem soberania plena. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), faz essa distinção. A doutrina sobre a matéria traça o conceito de soberania com a seguinte redação:

“O sentido mais amplo para o conceito de soberania pode ser exposto como o poder de mando em última instância, exclusivo e não derivado, do exercício do poder legitimado pelo Direito com autoridade suprema e definitiva”⁵⁵².

PIMENTA NETO, Marcílio Diniz. *Faixa de Fronteira e o Domínio Público: Um estudo sobre a faixa de fronteira face o domínio público e o direito à propriedade*. Disponível em: <<https://marciliooberserk.jusbrasil.com.br/artigos/169553071/faixa-de-fronteira-e-o-dominio-publico>>. Acesso em 28. 04.2022.

⁵⁵² MENEZES, Wagner. *O Direito do Mar*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015, p. 105.

De outro lado, a jurisdição é definida pela mesma doutrina com as letras que se seguem:

“Jurisdição é poder, mas é a face normativa do poder legitimado, derivado da autoridade do Estado de propor regras, leis e regulamentos, de agir com autoridade normativa e jurisdicional, aplicando o Direito ao caso concreto. Esse foi o sentido dado pela Convenção ao disciplinar aspectos ligados à soberania do Estado, por um lado, e, por outro, os direitos e deveres do Estado no tocante a sua jurisdição”⁵⁵³.

Não se pode afirmar que o Estado não tem soberania sobre a zona econômica exclusiva, pois esta é apenas limitada, mas existe. Nesse sentido, a lição doutrinária não deixa dúvidas:

“A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar atribui ao Estado costeiro direitos de soberania sobre o espaço da zona econômica exclusiva para os fins de: a) exploração e aproveitamento; b) conservação; c) administração de todos os recursos naturais das águas sobrejacentes ao leito, do leito e do subsolo do mar; e d) outras atividades com vistas à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos. Por ilação, entende-se que o Estado terá autoridade e poder de determinar sobre a zona econômica exclusiva todas as questões que envolvem as quatro prescrições atributivas, sem interferência de qualquer outro Estado, e, de forma ampla, sobre qualquer questão que envolva exploração econômica da área, levando em conta obviamente os fins lícitos da Convenção e do sistema jurídico do Direito do Mar e seus limites”.

⁵⁵³ Ibid, p. 106.

Portanto, na exploração, conservação e administração da zona econômica exclusiva, o Estado exerce a soberania e não somente a jurisdição. Em relação à jurisdição, o Estado costeiro tem direitos e deveres, como anotado pela doutrina especializada:

“...o Estado costeiro terá jurisdição no sentido de: a) construir, autorizar e regulamentar a construção, operação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas; b) desenvolver a investigação científica marinha; c) promover a proteção e preservação do meio marítimo; e d) quaisquer outros direitos e deveres previstos em seu bojo. O Estado costeiro tem jurisdição exclusiva sobre essas ilhas artificiais, instalações e estruturas, incluindo jurisdição em matéria de leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários e de segurança”⁵⁵⁴.

A questão não é meramente cerebrina, pois se o Estado tem a soberania sobre a exploração econômica da área, não resta dúvida de que pode conceder o uso exclusivo dessa exploração econômica aos particulares. Ao conceder a exploração econômica, o particular que obtiver a concessão poderá ter o uso privativo para a exploração, nos limites do objeto concedido. Obviamente, o Estado costeiro não pode conceder mais do que a soberania relativa lhe permite.

⁵⁵⁴ Ibid, p. 107.

Por alto mar⁵⁵⁵ se entende a porção de terras submersas que se inicia no final da zona econômica exclusiva e se estende até a zona econômica de outro país⁵⁵⁶.

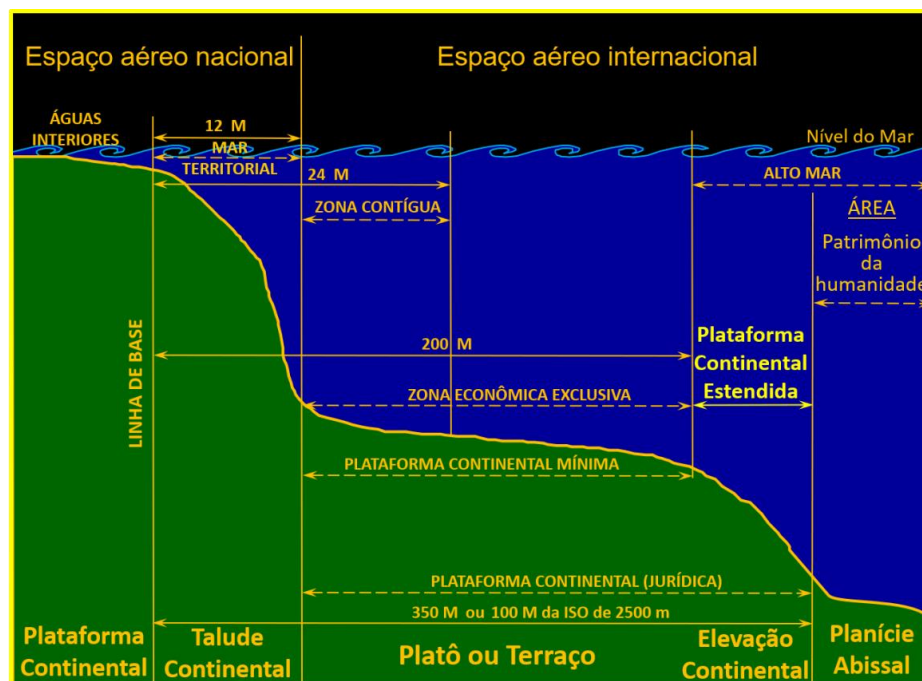


Fig. 2

Fonte: <https://www.marinha.mil.br/secirm/leplac>

Não se trata de terras submersas devolutas, mas sim de um bem devoluto da União, pois não se destina à concessão para fins de instituição da propriedade privada. No mar territorial e na

⁵⁵⁵ Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar, de 10 de dezembro de 1982, ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 5, de 09 de novembro de 1987 (Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-5-7-abril-1964-350079-publicacaooriginal-1-pl.html>>), e promulgada pelo Decreto n.º 99.165, de 12 de março de 1990 (Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>).

⁵⁵⁶ ARAÚJO JÚNIOR, Luiz Ricardo Santana de, OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *A área para além das jurisdições nacionais e o seu regime jurídico*. In: Direito do mar: Reflexões, Tendências e Perspectivas (BORGES, Orlindo Francisco – Organizador). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 363.

zona econômica exclusiva, frise-se, a União pode conceder o uso privativo aos particulares, para fins de exploração de determinados recursos naturais, mas não lhes será transferida a propriedade das terras submersas. A razão da limitação é singela, ou seja, a União não tem a soberania plena sobre a zona econômica exclusiva. No mar territorial, não há qualquer óbice à concessão de uso privativo, anotando-se a restrição somente em relação à zona econômica exclusiva.

A riqueza da plataforma continental é um bem sob o domínio público em sentido amplo da União, embora deva ser ressaltado que a extensão desse domínio acompanha a limitação da soberania nacional sobre a zona econômica exclusiva.

Em nível internacional, o direito marítimo se insere no campo do direito internacional público, enquanto que, em nível nacional, o direito marítimo nada mais é que uma especialidade do direito administrativo, submetendo-se, de forma genérica, aos seus princípios e normas, exceto quanto à navegação, pois esta tem regras próprias e imemoriais decorrentes dos costumes navais. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), por si, é uma regra de direito internacional público, mas, nos países que lhe são signatários, ela adquire força de direito interno, colocando-se no campo do direito administrativo.

Mais uma vez é importante lembrar que a plataforma continental, como parte integrante do território é defendida pela doutrina portuguesa, com fundamento na sua tradição histórica e jurídica, inclusive em relação à plataforma das Ilhas dos Açores e da Madeira. Embora a disciplina constitucional brasileira sobre a matéria seja diferente, incluindo entre os bens da União apenas os recursos econômicos existentes na plataforma continental, se

entendermos que a terra da dita plataforma é, em si, um recurso econômico, então poderia ser incluída no conceito de território. Por isso, a posição lusitana não é despropositada e tem seu fundamento jurídico.

Em Portugal, repita-se, a plataforma continental, inclusive das Ilhas, pode ser vista como terra devoluta e, portanto, sob o domínio público em sentido amplo e para fins de soberania.

9.3. As reservas ambientais.

O direito do ambiente ou direito ambiental é um ramo do direito administrativo que, aos poucos vai conquistando sua autonomia científica⁵⁵⁷, na medida em que o controle estatal sobre o ambiente se torna mais específico, exigindo estudos profundos, aos quais se dedicam os juristas especialistas nesse campo.

A indagação a ser feita e respondida sobre o tema e que interessa aos propósitos do nosso estudo é sobre a natureza jurídica do ambiente, perscrutando se é de uso comum do povo e, portanto, de propriedade pública, ou se é um bem devoluto e, conseqüentemente, sem um titular de propriedade. O ambiente, obviamente, não tem natureza devoluta, mas é um bem, pois o comércio dos créditos de carbono dele resultantes, ao qual já no referimos nesse trabalho, tem conteúdo econômico e comercialidade. O ambiente é de uso comum, mas não é de propriedade pública, pois interessa a todos os seres vivos, sem observância de nacionalidades.

⁵⁵⁷ BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de Direito Ambiental*. 2.^a ed. São Paulo: Método, 2014, p. 121.

A comparação é um instrumento científico indispensável à taxonomia e à aplicação da exclusão. Por isso, se mostra necessária a comparação, pois dessa forma o ambiente, como não se sujeita a apropriação, estará excluído da qualidade de devoluto, mas é de uso comum universal. Todos os seres vivos, em qualquer lugar, necessitam dele.

Partindo de uma visão universal até uma visão mais restrita e singular, não se pode descuidar do ambiente, pois é um bem essencial à vida humana. Como diz Carla Amado Gomes: “*A proteção do ambiente é, assim, uma tarefa inevitável do Estado, que deve criar condições de fruição dos bens ambientais, na mesma lógica que preside ao fornecimento de prestação existenciais*”⁵⁵⁸. As reservas ambientais, por serem essenciais à vida humana, não são terras devolutas, mas sim terras públicas ou, eventualmente, uma restrição pública incidente sobre a propriedade privada. Já tratamos dessa matéria quando abordamos a qualidade jurídica das terras indígenas, não havendo razão para a ela retornar.

O ambiente e as áreas de preservação ambiental estão excluídos da qualidade de devolutos. As terras destinadas à preservação ambiental são públicas ou privadas.

As questões ambientais adquiriram no Século XX uma importância fundamental para a vida na Terra. O acidente ocorrido no reator nuclear n.º 4, da Usina Nuclear de Chernobyl, ao Norte da Ucrânia, ocorrido entre os dias 25 e 26 de abril de 1986, despertou a atenção do Mundo Ocidental para o problema ambiental em todos os níveis, pois a poluição⁵⁵⁹ radioativa, química

⁵⁵⁸ GOMES, Carla Amado. *As Operações Materiais Administrativas e o Ambiente*. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 15.

⁵⁵⁹ “Poluição é conceituada como ‘a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-

e biológica da terra, da água e do ar não conhece fronteiras nacionais. Tanto é assim que a nuvem radioativa oriunda de Chernobyl chegou à Patagônia Argentina, contaminando o gado produtor de leite e o leite em pó, exportado para o Brasil, chegou à população brasileira. Bem por isso, a Organização das Nações Unidas (ONU), através do seu Programa para o Meio Ambiente (PNUMA), diz que “*meio ambiente é o conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos e sociais que podem causar efeitos diretos ou indiretos sobre os seres vivos e as atividades humanas*”. Justifica-se, pois, a reserva de terras para a proteção do meio ambiente, de modo a garantir, em última análise, a vida na Terra, impedindo que o homem promova a sua própria destruição. A forma de vida do homem, assim entendida a sua organização social, seus hábitos de consumo e de ocupação do território deve ser orientada de modo a preservar um ambiente que propicie a continuidade da vida das espécies.

Não se pode perder de vista que a pressão econômica sobre as áreas com possibilidade agropecuária é significativa, o que provoca, em todos os países com terras disponíveis, um avanço da fronteira agrícola, estimulada pela demanda global pela soja e pela

*estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo os padrões ambientais estabelecidos (art. 3.º, inciso III, da Lei 6938/81). O conceito legal de poluição, portanto, é bastante amplo, apresentando tanto uma concepção antropocêntrica quanto biocêntrica. É antropocêntrico quando refere-se à saúde, à segurança, ao bem-estar da população e às atividades sociais e econômicas; é biocêntrico quando prevê como poluição a degradação da qualidade ambiental que afete a biota (=fauna e flora que habitam um determinado local); e, ainda, apresenta concepção mista no tocante às condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e ao lançamento de matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Tecnicamente, portanto, degradação ambiental é gênero do que poluição é espécie. Conseqüentemente, toda poluição é uma degradação ambiental; a recíproca, entretanto, não é verdadeira, ou seja, nem toda degradação ambiental consiste em poluição” (BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de Direito Ambiental**. 2.ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 148).*

carne⁵⁶⁰, o que gera conflitos ambientais e sociais notadamente nos países sul americanos, nas regiões vistas como prioritárias para a expansão do agronegócio e investimentos econômicos. Para que se tenha um padrão de comparação a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) aponta que no ano 2000 havia, em todo o Mundo, 2,8 bilhões de hectares⁵⁶¹ de terras sujeitas a agricultura, classificados como de possível expansão da fronteira agrícola, com 80% dessas terras localizadas na África subsaariana e na América Latina, especialmente em Angola, no Congo e no Sudão, no Brasil, na Argentina, na Bolívia e na Colômbia. Em 2012, o mesmo estudo foi atualizado, notando-se uma redução das áreas de expansão agrícola para 1,4 bilhões de hectares, pois excluiu as terras de uso não agrícola e aquelas terras protegidas, embora tenham sido incluídas novas áreas de expansão em Moçambique, na Tanzânia e na Zâmbia, na Indonésia e na Venezuela. Em uma análise simples, se a demanda por terras agricultáveis continuar em elevação, com a diminuição das áreas disponíveis, aumentará a pressão política e econômica sobre as áreas protegidas⁵⁶², inclusive as áreas de proteção ambiental.

⁵⁶⁰ A Agência Nacional de Transportes Aquaviários do Brasil (ANTAQ), aponta que, entre os 10 portos mais importantes para a exportação da soja brasileira, 5 estão localizados na Amazônia: Barcarena (PA), Itaqui (MA), Itacoatiara (AM), Santarém (PA) e Porto Velho (RO). Dados disponíveis em: <https://www.cartadebelem.org.br/noticias/>. Acesso em 11 de setembro de 2020.

⁵⁶¹ Aqui não são considerados os usos não agrícolas, tais como mineração, infraestrutura, assentamentos humanos e áreas de proteção ambiental (FAO y Fischer *et al.* In FAO y Fischer *et al.* **Perspectivas por sectores principales**. Agricultura Mundial: hacia los años 2015/2030 Disponível em: <http://www.fao.org/3/y3557s/y3557s08.htm>).

⁵⁶² A previsão da FAO é de crescimento de aproximadamente de 70 milhões de hectares de terras agricultáveis no Mundo, até 2050. Desse total, haveria 132 milhões de hectares de acréscimo em países em desenvolvimento e um decréscimo de 63 milhões de hectares em países desenvolvidos, restando aquele total (ALEXANDRATOS; BRUINSMA, J. **World Agriculture towards 2030/2050: the 2012 revision**. Roma: FAO-2012, 2012, p. 10-12. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-ap106e.pdf>)

Caberá ao Direito fixar o ponto de equilíbrio entre os interesses econômicos e a preservação da vida na Terra.

A preservação ambiental, embora pressionada, pelo que decorre da análise do ordenamento jurídico, abrange a preservação florestal, a preservação biológica e a preservação ecológica, nelas incluindo a terra, a água, o ar e a vida das espécies, inclusive da espécie humana. Aliás, a lei considera as florestas como um bem de interesse comum⁵⁶³, limitando o direito de propriedade privada sobre elas. A preservação é um termo amplo, incluindo a manutenção do ambiente existente e a recuperação daquele ambiente já degradado ou em processo de degradação.

Ainda na vigência da Constituição Republicana de 1967, a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, criou as Estações Ecológicas e as Áreas de preservação ambiental, dispondo, no artigo 1.º, que “*As Estações Ecológicas são áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas de Ecologia, a proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista*”. No artigo 8.º da mesma Lei, é conferida ao Poder Executivo da União, quando houver relevante interesse público, a discricionariedade de “*declarar determinadas áreas do Território Nacional como de interesse para a proteção ambiental, a fim de assegurar o bem-estar das populações humanas e conservar ou melhorar as condições ecológicas locais*”. As áreas declaradas como de interesse para a proteção ambiental, são de propriedade privada, pois o artigo 9.º, *caput*, da Lei nº 6.902/81, manda, quando forem estabelecidas

⁵⁶³ Lei nº 12.651, de 12 de maio de 2012 (Código Florestal): “*Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem*”.

normas proibitivas ou limitativas, observar os princípios constitucionais regentes do direito de propriedade. A preocupação do legislador é não esvaziar o conteúdo econômico do direito de propriedade, pois isso não pode ser feito sem a correspondente indenização.

Caso haja necessidade de esgotar o conteúdo econômico da propriedade privada, estar-se-á diante da hipótese de desapropriação por utilidade pública, prevista no artigo 5.º, inciso XXIV, da Constituição Republicana de 1988, mediante a justa e prévia indenização em dinheiro.

O artigo 225, parágrafo 1.º, inciso III, da Constituição Republicana de 1988, dispõe que é incumbência do Poder Público: *“Definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”*. As reservas ecológicas, portanto, são terras públicas e visam preservar a vida nas áreas demarcadas e protegidas, figurando as áreas de interesse como zona de amortecimento de eventuais impactos que possam refletir na reserva ecológica.

É importante observar que o meio ambiente não se resume a porções terrestres, pois é composto pela atmosfera, litosfera, hidrosfera e biosfera. A vida, humana ou animal, depende desses componentes ambientais.

A atmosfera, como é cediço, é uma camada de ar que envolve o planeta, com formação essencial pelos elementos químicos oxigênio, carbono, metano e nitrogênio. A litosfera, na continuidade, é aquela camada mais externa do planeta, formada pelo solo e por uma superfície rochosa, denominando-se por crosta

terrestre. A hidrosfera, por sua vez, abrange as águas da Terra, enquanto que a biosfera é a parte que aglomera toda a vida terrestre.

A proteção de todos os níveis ambientais vai além da proteção das reservas terrestres, mas sim se estende à forma de vida do homem e de sua exploração dos recursos econômicos que devem ser regradados pelo Direito, pois é de interesse coletivo.

No Brasil, são duzentas e noventa e oito reservas ambientais sob a responsabilidade do Governo Federal, com cento e vinte e seis delas no regime de preservação integral, onde nenhuma atividade de exploração é permitida, e quatrocentas e vinte e nove reservas particulares do patrimônio natural⁵⁶⁴.

Somente as reservas ambientais de responsabilidade do Governo Federal totalizam setenta mil hectares, cerca de nove por cento do território brasileiro, enquanto que os Estados Federados mantêm reservas ambientais de cerca de trinta e quatro mil hectares, cerca de quatro por cento do território nacional.

As reservas ambientais se dividem em:

a) Reservas de proteção integral.

São aquelas reservas onde não se permite a exploração econômica de qualquer dos recursos naturais nela existentes. Tais reservas se subdividem em:

a.1) Estações ecológicas.

São aquelas áreas de domínio público destinadas a preservar a natureza, possibilitando-se nela, somente, as atividades

⁵⁶⁴ Fonte: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.gov.br/mma/pt-br>>.

de pesquisa e de educação ambiental. Não têm áreas de propriedade privada em seus limites, pois têm as zonas de amortecimento, também de domínio público, como limítrofes.

a.2) Reservas biológicas.

São glebas de terras de domínio público destinadas a preservar a natureza, nela sendo permitidas atividades de recuperação e de manejo.

a.3) Parques nacionais

São terras de domínio público que visam preservar áreas com ecossistema de elevado valor ambiental e de beleza natural. São abertas à visitação pública, nelas se permitindo a pesquisa e a educação ambiental.

a.4) Monumentos naturais.

São áreas de domínio público ou de propriedade privada que visam preservar cenários naturais raros e dotados de beleza singular, nas quais a exploração econômica é sujeita a regulamentação de uso e imposição de condições de manejo. Se a área for de propriedade privada, a restrição pública a ela imposta tem a natureza de servidão administrativa, podendo ser ou não indenizada, ou não, conforme a extensão da restrição imposta pelo Poder Público.

a.5) Refúgio da vida silvestre.

São áreas consideradas essenciais à existência e reprodução de espécies da fauna e da flora, podendo ser continentais ou marítimas.

a.6) Áreas de uso sustentável.

São terras públicas ou privadas onde se admitem as atividades extrativistas, mas com um plano de manejo sustentável.

b) Áreas de proteção ambiental.

São áreas de terras públicas ou privadas destinadas à proteção da diversidade biológica, ficando a sua ocupação e exploração condicionadas a sustentabilidade do ambiente. Em regra, são áreas sujeitas a ocupação humana, cuja população se dedica ao extrativismo, porém condicionada à perenidade do recurso vegetal ou mineral extraído.

b.1) Área de relevância à proteção ambiental.

São áreas de terras públicas ou privadas destinadas à manutenção de ecossistemas de importância local, cujo uso e acesso são regulamentados e condicionados à sua finalidade.

b.2) Florestas nacionais.

São áreas de domínio público destinadas à promoção do uso e manejo sustentáveis, admitindo-se atividades de recreação, pesquisa, turismo e educação ambiental.

b.3) Reserva extrativista.

São áreas de domínio público, com uso concedido, destinadas a proteger o uso sustentável, por parte da população local, dos recursos naturais renováveis.

b.4) Reserva da fauna.

São aquelas áreas habitadas por animais de espécie nativa, cuja proteção é de interesse público para fins de pesquisas científicas.

b.5) Reserva de desenvolvimento sustentável.

São aquelas áreas ocupadas por etnias nativas tradicionais que dependem do extrativismo local para sobreviver. Nelas são permitidas as atividades econômicas, mas a exploração dos recursos naturais é condicionada à sua sustentabilidade.

b.6) Reservas particulares do patrimônio natural.

São glebas de terras de propriedade privada alocadas pela importância ambiental ou pela sua importância paisagística. Nelas são desenvolvidas as atividades de turismo, pesquisa e educação ambiental. A destinação de tais terras é ato voluntário do proprietário, não se afigurando, no caso, nenhuma limitação ou restrição pública ao direito de propriedade. Não havendo interferência do Poder Público, não há que se falar em qualquer espécie de indenização. A destinação peculiar da área é considerada como uso normal da propriedade, não havendo qualquer violação a nenhum dos atributos daquele direito constitucionalmente garantido.

Sobre a natureza jurídica do ambiente, o estudo do artigo 98, do Código Civil Brasileiro de 2002, se torna indispensável, pois, na sua redação, dispõe: *“São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”*. Ocorre que o artigo 225, da Constituição Republicana de 1988, não coloca expressamente o ambiente como bem público: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. Harmonizar o dispositivo legal à regra constitucional não é tarefa fácil, pois o meio ambiente, por si, não pertence a nenhuma pessoa jurídica de direito público interno ou

externo, salvo se considerarmos como ambiente apenas o espaço territorial e seus acessórios naturais. Aliás, a expressão meio ambiente é um pleonismo, pois o meio e o ambiente, no sentido jurídico, são sinônimos⁵⁶⁵.

Todos os incisos do artigo 225, da Constituição Republicana de 1988, são referentes ao espaço territorial, mas o ambiente não se resume ao espaço territorial.

Se considerarmos como ambiente apenas o espaço territorial, não nos aparece alternativa que não seja considerar aquele espaço como terra de propriedade pública, pois somente os bens públicos podem ser de uso comum do povo, conforme dispõe o transcrito dispositivo do Código Civil Brasileiro. Entre nós, não existe a figura jurídica do bem particular de uso comum do povo. O que é juridicamente possível é o condicionamento do uso do bem particular, tendo em conta a sua função social.

É importante notar que o artigo 225, parágrafo 5.º, da Constituição Republicana de 1988⁵⁶⁶, determina que as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, com vistas à proteção de ecossistemas naturais, são indisponíveis. São terras de propriedade pública, portanto, pois passaram por um processo de discriminação, judicial ou administrativo, ingressando

⁵⁶⁵ “A expressão meio ambiente, que historicamente passou a ser utilizada no Brasil, é claramente redundante. ‘Meio’ e ‘ambiente’ são sinônimos, designam o âmbito que nos cerca, o nosso entorno, onde estamos inseridos e vivemos. De fato, ‘meio’ significa, entre outras acepções, ‘conjunto de elementos materiais e circunstanciais que influenciam um organismo vivo’. ‘Ambiente’, por sua vez, consiste no ‘que rodeia ou envolve por todos os lados e constitui o meio em que se vive; tudo que rodeia ou envolve seres vivos e/ou coisas; recinto, espaço, âmbito em que está ou vive’. A Espanha também incorreu no mesmo equívoco, consagrando a expressão meio ambiente. A Constituição espanhola, de 27.12.1978, assegura em seu art. 45 que ‘todos têm o direito de desfrutar de um médio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo’” (BELTRÃO, Antônio. F. G. *Curso de direito ambiental*. 2.ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 5).

⁵⁶⁶ “§ 5.º. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

no elenco dos bens de propriedade pública, perdendo a qualidade de devoluta. Passa a ser um bem público de uso especial, pois não pode ter outra destinação, salvo autorização legal.

De outro lado, o ar atmosférico é um bem de uso comum, pois essencial à vida, mas não se refere a um espaço territorial. Não é um bem de propriedade pública ou privada, embora, repita-se, indispensável a todos, pois é insuscetível de apropriação. Por isso, também não pode ser um bem devoluto. Só pode ser devoluto aquele bem aquele sujeito a apropriação humana, o que não é o caso do ar atmosférico. É um bem comum universal, cabendo a todos, independentemente da nacionalidade, o dever de preservá-lo.

O mesmo raciocínio é aplicável às águas marítimas, embora estas produzam riquezas econômicas em águas territoriais e nas zonas econômicas exclusivas. Sobre a poluição das águas, de um modo geral, falaremos oportunamente, logo depois do exame da poluição atmosférica.

Adotada a degradação ambiental como um gênero, do qual a poluição é espécie, também pode ser dividida para fins de estudos, incluindo a poluição do ar, da água, da terra e a poluição sonora.

A poluição ambiental, como espécie do gênero degradação ambiental, como já dito, pode ser lícita ou ilícita, já que nem toda poluição é considerada crime ambiental, cabendo o seu controle à União, aos Estados e ao Distrito Federal, de forma concorrente (artigo 24, inciso VI, da Constituição Republicana de 1988). A poluição do ar decorrente da queima de combustíveis fósseis por parte dos automóveis, não é ilícita, presumindo-se que o veículo esteja regularmente licenciado para a liberação daqueles poluentes e dentro do seu uso regular. Assim, nem toda poluição é

ilícita. Tolera-se, por parte do ordenamento jurídico, a poluição nos limites previstos pelo poder público para a espécie de poluição. Porém, como é dever do poder público buscar a melhoria da qualidade do ambiente e, conseqüentemente, da vida humana, deve ele impor limites mais rigorosos à emissão de poluentes, com a adoção de novas tecnologias, que diminuam aquela emissão. Nestes casos, não há nenhuma sanção administrativa ou penal para o emissor da poluição.

Ainda que seja lícita a emissão da poluição, a responsabilidade do poluidor, na esfera civil, é de natureza objetiva, podendo ser chamado a indenizar o dano causado (artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981). Então, é possível a responsabilidade civil do poluidor, ainda que a sua atividade seja lícita.

A atmosfera é formada por camadas de gases que envolvem o planeta, ficando a ele preso por força da gravidade. A poluição dessa atmosfera implica na degradação do ar e, por sua vez, acarreta em prejuízo à vida humana, como é o caso das chuvas ácidas, do chamado efeito estufa e da redução da camada de ozônio.

A poluição atmosférica decorrente da emissão de poluentes por veículos automotores é regida pela Lei nº 8.723/1993, que adota normas visando a sua redução, obrigando os fabricantes de motores e montadoras de veículos automotores, assim como as distribuidoras de combustíveis, a reduzirem a emissão do monóxido de carbono, do óxido de nitrogênio, dos hidrocarbonetos, dos álcoois, aldeídos e partículas emitidas pelos automóveis comercializados em território nacional. A competência legislativa para tanto é da União, mas os Estados e Municípios têm competência residual, promulgando normas e medidas específicas de controles da poluição do ar por parte dos veículos automotores.

O controle a que nos referimos é exercido através das inspeções periódicas em veículos automotores, avaliando-se a quantidade de poluentes que emitem. Não são poucas as cidades que adotam um programa de rodízio de veículos, com a finalidade de controlar a emissão de poluentes do ar.

Quanto à redução da camada de ozônio, em razão dos poluentes emitidos, estes são decorrentes do cloro, nas suas diversas composições, havendo uma preocupação internacional sobre a matéria, levando à realização da Convenção de Viena para a proteção da camada de ozônio, assim como ao Protocolo de Montreal, de 1987, este acolhido por 191 países, com a finalidade de diminuir as substâncias derivadas do cloro e lançadas na atmosfera, o que, conseqüentemente, obsta a redução da camada de ozônio. Os diplomas internacionais foram recepcionados no Brasil pelo Decreto nº 99.280/1990.

A poluição da água tem características específicas e será examinada a seguir, incluindo a água fluvial e marítima.

A poluição da água pode decorrer de várias fontes, sejam elas industriais ou orgânicas da vida humana. Assim, temos a poluição provocada por óleo, que é qualquer forma de hidrocarboneto lançado em cursos d'água ou em águas represadas, ou quaisquer outras substâncias nocivas ou consideradas perigosas, com classificação delas em substâncias de alto risco, médio risco, risco moderado e baixo risco. O risco é avaliado em relação ao potencial de dano à vida humana e ao ecossistema. Aliás, a Lei 9.966/2000 veda a descarga de resíduos expelidos pelos navios, inclusive a água de lastro, nas águas marítimas, determinando aos portos que adotem um procedimento para o gerenciamento de riscos de poluição e de gestão de eventuais resíduos gerados pela navegação (artigo 15). A mesma lei prevê sanções administrativas

para os infratores, que vão de uma multa até a retenção do navio e a suspensão das atividades da empresa transportadora (artigo 25).

A poluição da água produz efeito mais imediato próximo à fonte poluidora, mas produzirá efeitos mediatos em relação a outros territórios, pois a água circula, embora de forma mais lenta em relação ao ar. É um bem comum e universal.

A poluição sonora, que inclui a poluição por ruídos, pode causar danos aos seres humanos, a outros seres vivos e à flora, o que o legislador tipifica como crime (artigo 54, da Lei nº 9.605/1998), visando evitar a sua prática e sua persistência. O som é essencial à linguagem e a comunicação humanas, pontos sobre os quais se assentam a evolução e a circulação do conhecimento. Seu efeito não é apenas sobre o indivíduo, mas sim sobre toda a forma de vida humana, o que inspira cuidados da Administração Pública em todos os Países.

Por fim, há ainda a poluição da terra e do ar provocada pelo uso de agrotóxicos nas regiões agrícolas, embora estes produtos sejam previamente controlados pelo Governo Federal (Lei nº 7.802/1989). Os agrotóxicos, ainda que polêmicos, são indispensáveis à atividade agrícola, de modo que a administração pública tende a adotar cuidados que visem equilibrar a relação custo-benefício que proporciona a utilização destes produtos químicos.

Enfim, o ambiente, em toda a sua complexidade, é um bem de uso comum da humanidade, não respeitando a sua degradação a instituição de fronteiras nacionais, razão pela qual é interesse de todos os países a preservação da sua integridade e equilíbrio. A poluição do ar pode atingir vários países, assim como a poluição das águas marítimas e, em certos casos, a poluição das águas fluviais. Com isso não se quer dizer que um determinado País

possa se colocar na posição de polícia do mundo, adotando soluções de força em relação aos demais. É, sim, necessária a solução diplomática e racional.

O ambiente, em razão da sua essencialidade, não é um bem devoluto, mas sim um bem público e de interesse coletivo.

9.4. As ilhas marítimas

Por ilhas marítimas, como observa Sérgio de Andréa Ferreira⁵⁶⁷, se entende as ilhas costeiras e oceânicas, assim já definido pela maioria da doutrina administrativista tradicional: “As ilhas marítimas classificam-se em costeiras e oceânicas. Ilhas costeiras são aquelas que resultam do relevo continental ou da plataforma submarina. Ilhas oceânicas são as que se encontram afastadas da costa e nada têm a ver com o relevo continental ou com a plataforma submarina. As ilhas costeiras, por se encontrarem em mar territorial, sempre foram consideradas domínio da União, por que este mar e tudo o que nele se encontra é bem federal. As ilhas oceânicas sujeitas à Soberania Nacional, ou sobre as quais o Brasil manifeste interesse de ocupação, foram oficialmente integradas ao patrimônio da União com a Constituição de 1967 (art. 4.º, II), conquanto o seu domínio sobre elas jamais tenha sido contestado pelos Estados-membros”⁵⁶⁸. A Constituição de 1988, no artigo 20, inciso IV, reafirma que as ilhas oceânicas, assim como as ilhas costeiras, são de domínio da União, exceto aquelas que contenham sede de município, como é o caso da ilha de Upaon-Açu, onde se localiza a cidade de São Luís, no Estado do Maranhão,

⁵⁶⁷ O domínio das ilhas marítimas brasileiras, *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 82, jul./dez., 1981.

⁵⁶⁸ MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.ª ed. São Paulo: RT, 1986, p. 463-465.

e da ilha de Florianópolis, onde se localiza a cidade do mesmo nome, no Estado de Santa Catarina, ambas sedes de município.

Nenhum município brasileiro tem sede em qualquer ilha oceânica, mas sim em ilhas costeiras. O Arquipélago de Fernando de Noronha, que muitos imaginam ser um município por já ter sido uma capitania, na verdade é um distrito pernambucano, com a maior parte (11,270 hectares) constituindo o parque nacional de Fernando de Noronha e, por ser ilha oceânica, está sob o domínio da União, mas é o único distrito brasileiro vinculado a um Estado-membro, com todos os outros vinculados a municípios. Em 13 de dezembro de 2001, foi declarado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) como patrimônio natural da humanidade.

No total, sob o domínio do Brasil, existem quatro ilhas oceânicas. São elas: o Arquipélago de Trindade e Martin Vaz, que pertence ao município de Vitória, no Estado do Espírito Santo, mas a uma distância de mil e duzentos quilômetros da Costa, sendo habitado, de forma rotativa, apenas por uma guarnição de trinta e dois militares da Marinha do Brasil; o Arquipélago de Fernando de Noronha, habitado por três mil, cento e uma pessoas; o Atol das Rocas, que pertence ao município de Natal, no Estado do Rio Grande do Norte, distando duzentos e quarenta e sete quilômetros da Costa, onde não há habitantes e não é permitida a visitação, por ser área de proteção integral; o Arquipélago de São Pedro e São Paulo, que pertence ao Estado de Pernambuco, ficando a uma distância de novecentos e oitenta e sete quilômetros da Costa, ou seja, da cidade de Natal – RN, ocupado apenas para fins de pesquisa científica; e o e o Arquipélago de Abrolhos, com cinquenta quilômetros quadrados, diante cerca de sessenta e cinco quilômetros da Costa, no Estado da Bahia, é um parque nacional

marinho ocupado pela Marinha do Brasil e destinado à pesquisa científica, com permissão de visitas de caráter turístico. De todas as ilhas oceânicas brasileiras, apenas no Arquipélago de Fernando de Noronha é constatada a existência de propriedade privada.

Desde a colonização portuguesa, as ilhas costeiras e as ilhas oceânicas eram constituídas por terras devolutas e, por isso, sobre elas poderia incidir a propriedade privada. Porém, a partir da Constituição de 1967, as ilhas oceânicas se tornaram bens da União, o que acarreta discussão sobre a possibilidade da subsistência da propriedade sobre imóveis nelas localizados.

A regra nos parece simples, pois a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/1969, no artigo 153, parágrafo 3.º, tornava inviolável o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Assim, o direito de propriedade, já adquirido na data da entrada em vigor daquela Constituição, não poderia ser por ela atingido. Se já consolidada propriedade privada, não resta dúvida sobre a sua subsistência em face do novo regime jurídico constitucional. Quanto à concessão de uso privativo por particulares, não há dúvida sobre a sua possibilidade jurídica, exceto quanto aos parques nacionais. A questão se mostra tormentosa quando se examina a possibilidade de aquisição da propriedade nas ilhas, por particulares, seja por compra ou por prescrição aquisitiva, notadamente após a Constituição de 1967 e na vigência da Constituição de 1988.

Se considerarmos que os bens públicos meramente dominicais (dominiais) são alienáveis, a conclusão imediata é de que as ilhas podem ser alienadas aos particulares, no todo ou em parte, de forma fracionada ou não, desde que a alienação seja autorizada por lei.

Em relação à prescrição aquisitiva, as divergências são muitas, com cada autor sustentando a sua posição com argumentos juridicamente palpáveis. De plano, é importante notar que a imprescritibilidade dos bens públicos decorre da sua indisponibilidade ou da sua inalienabilidade de origem, mas isso só restou esclarecido com a publicação dos Decretos nº 19.924, de 27 de abril de 1931, 22.785, de 31 de maio de 1933, e 710, de 17 de setembro de 1938, todos do Poder Executivo Federal, que declararam a imprescritibilidade dos bens públicos, qualquer que seja a sua natureza. Então, pacífico é o entendimento de que os bens públicos não podem ser adquiridos pelos particulares, através da usucapião, forma conhecida de prescrição aquisitiva.

Pode haver terras devolutas nas ilhas e, portanto, ocupação irregular, o que deve ser objeto de atenção da Administração Pública, mas não haverá aquisição de propriedade por parte dos ocupantes irregulares.

CAPÍTULO V

A FINALIDADE DO DOMÍNIO PÚBLICO SOBRE AS TERRAS DEVOLUTAS

Do ponto de vista da Filosofia do Direito, todo o ordenamento jurídico tem como finalidade promover o equilíbrio social, a dignidade do homem, o que vem, desde a Idade Média, decantado em poema por Francesco Petrarca, em elásticas letras por Giannozzo Manetti, na sua *De dignitate et excellentia hominis*, e pela lógica conceitual contida na *Oratio de dignitates hominis*, de Giovanni Pico della Mirândola, publicada em 1496. Aliás, a Renascença é vista como o berço do homem moderno⁵⁶⁹ e, conseqüentemente, do homem contemporâneo. O homem jurídico contemporâneo é a síntese do pensamento filosófico grego antigo, do espírito prático dos romanos, do esforço dos glosadores medievais, do racionalismo moderno e da liquidez de seu tempo. Assim como o oceano se choca contra as rochas frágeis das falésias,

⁵⁶⁹ BARAK, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 24.

o homem contemporâneo se choca contra a solidez da realidade, massificando-se numa síntese sem personalidade, o que leva o Estado a estabelecer princípios sólidos que não podem ser corroídos por vagas ondas errantes. É nessa linha que passamos os olhos sobre os princípios que nos conduzem.

O Estado brasileiro se assenta sobre os princípios fundamentais da soberania, razão pela qual formulamos oposição àquelas posições doutrinárias que entendemos pregar violação a este princípio; da cidadania, que se traduz na participação política das pessoas na escolha dos seus representantes e na possibilidade, dentro das condicionantes legais, de se colocar como possibilidade de escolha aos seus pares; da dignidade da pessoa humana, de onde se conclui que pela simples existência, o homem já é titular de dignidade, cabendo ao Estado promovê-la e garanti-la, por ser um dos seus fundamentos. É um valor molecular irreduzível e, por isso, visto pelo Direito como um princípio fundante; dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o que tem estreita relação com a finalidade das terras devolutas de se constituir na propriedade privada, na qual os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa irão se concretizar no plano material da realidade; e do pluralismo político, o que evita, ao menos no plano dos princípios, a hegemonia de grupos políticos e econômicos, permitindo que, de uma espécie de fábula das abelhas, brote uma esperada evolução.

O domínio público sobre os bens devolutos não está dispensado da observância daqueles princípios fundamentais do Estado brasileiro e da realidade da condição humana. É como diz Miguel Reale, o “*direito é uma realidade universal. Onde quer que exista o homem, aí existe o direito como expressão de vida e convivência*”⁵⁷⁰. Por

⁵⁷⁰ *Filosofia do Direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 9.

isso, é em função do homem que deve ser visto o domínio público em sentido amplo sobre os bens devolutos.

Não tem qualquer razão para que a Administração Pública, em nível federal, estadual ou municipal, mantenha em seu domínio um estoque de terras ou de imóveis edificadas, sem lhes dar qualquer destinação, enquanto que, de outro lado, existe um acentuado déficit habitacional nas grandes cidades e conflitos fundiários na área rural, aguardando soluções que passam, necessariamente, pela destinação daquele estoque de bens.

Se o homem é um animal político e social, é em função dele que existe o Estado, com a finalidade de proteger as suas liberdades, estimular os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o que justifica o domínio público, em sentido amplo, sobre os bens devolutos, pois estes bens podem e devem ser usados com a finalidade de realização prática daqueles valores. Para entender isso é necessário colocar-se à margem do Oceano Atlântico e ver as caravelas sumindo no horizonte da História, para, como se fosse uma fênix, ressurgir na forma de outra disciplina jurídica, mas com os mesmos princípios e com os novos ideais de uma nova ordem, porque nova era a realidade. Há uma diferença fundamental entre o Estado visto no Brasil Colônia e o Estado visto no Brasil República. Naquele, o bem do Estado era o bem do Monarca. Neste, o bem do Estado é o bem do seu povo.

Para uma melhor compreensão da matéria, torna-se necessário lembrar que na época do início da colonização das terras brasileiras pelos portugueses, o pensamento político europeu estava impregnado da filosofia política de Platão. O Pensador grego antigo fundava toda a sua filosofia política no conceito de justiça, dividindo-a em justiça de pequenas proporções, que era a justiça

do indivíduo, e a justiça de grandes proporções, que a justiça coletiva, ou seja, a justiça da *polis*. A justiça seria nada mais que o equilíbrio entre razão, força e necessidade. Não se perca de vista que Platão dividiu o homem em corpo e alma, subdividindo esta em racional, irascível e concupiscível e, no mesmo modelo, classificou a população de uma cidade ideal e, de acordo com a classe, o habitante da cidade receberia uma educação que ele julgou apropriada.

No seu pensamento político, a razão era obtida por um padrão educacional ao qual estavam sujeitos os magistrados e dirigentes da *polis*, pois necessitavam de maior sabedoria para o exercício de suas funções na cidade. Aos soldados, a educação era de natureza física, pois não precisavam da razão para o desempenho de seus misteres. Não lhes conferia direitos patrimoniais, para que não fossem corrompidos por bens daquela natureza. Por isso, aos artesãos e comerciantes era reservado o nível educacional mais baixo, composto apenas pela linguagem e pela matemática, que lhes eram necessárias. Em contrapartida, eram eles os proprietários e, em razão dessa qualidade, cabia-lhes a tarefa da produção, o que torna lógica a vinculação da propriedade à produção e, conseqüentemente, à produção de riquezas.

A colonização portuguesa tem raízes no pensamento de platônico, pois havia uma nobreza, com esmerada educação em padrões europeus, mas havia um grande número de pessoas que não eram consideradas bem nascidas, ou seja, não eram da nobreza. A segurança das novas terras ocupadas ficava a cargo dos soldados, que não eram nobres, sendo seus comandantes, como administradores e dirigentes, oriundos da nobreza. Aos comerciantes e artesãos, aqui incluídos os agricultores, coletores e

desbravadores, era ministrada uma educação mínima, pois uma melhoria dessa natureza era difícil e desnecessária às funções a serem desempenhadas por eles. Se na atualidade, tudo isso nos pareça estranho, naquela ocasião era o melhor dos ideais.

A terra não era um problema social ou jurídico, pois dela não havia escassez, nem mesmo no território continental português. A preocupação principal era a ocupação das terras, de modo a torna-las produtivas e lucrativas. Por isso, dos capitães e sesmeiros exigia-se capacidade administrativa, de direção e, principalmente, recursos econômicos para prover a ocupação e a ordenação do território colonizado. A imensidão do território brasileiro não despertava qualquer preocupação com a terra em si, mas sim com as pessoas que iriam exercer as funções platônicas na colônia, embora não de forma ideal. A consequência disso foi a criação de latifúndios, onde a exploração econômica era possível, ao lado de uma grande extensão de terras devolutas, aquelas localizadas onde a exploração não era possível ou não oferecia atrativos econômicos. Os ciclos econômicos da exploração da madeira e, depois, da cana de açúcar são as maiores evidências dessa fase, pois somente as terras próximas ao litoral tinham aproveitamento agrícola, ficando as terras mais distantes da costa litorânea entregues à exploração extensiva da pecuária e esta só é atrativa economicamente onde há grande extensão de terra e de baixo custo.

A extensão das terras devolutas diminuiu com o tempo, mas ainda é grande e o modelo de ocupação e ordenação do território já não atende as necessidades sociais, pois houve um crescimento nas três classes platônicas, com a classe mais baixa de expandindo de forma exponencial, o que gera um desequilíbrio e a

injustiça social. Por isso, os juristas, herdeiros do sentido prático dos romanos antigos, procuram dar uma solução lógica, com propostas lastreadas na sua própria Ciência.

1. A FINALIDADE JUSFILOSÓFICA DO DOMÍNIO PÚBLICO SOBRE BENS DEVOLUTOS

Em países jovens, como leciona Marcelo Caetano⁵⁷¹, as terras devolutas existem com grande importância e têm a finalidade de impedir que a ocupação do território se faça desordenadamente, com a aplicação da lei do mais forte e da violência, o que comprometeria a legitimidade futura da propriedade privada. Esses motivos levam essas terras a se sujeitarem ao domínio em sentido amplo do Estado, impedindo que se qualifiquem como *res nullius*.

A organização da ocupação humana, ao lado do caráter estético no sentido filosófico, ordena e condiciona as atividades econômicas em determinado território. O domínio público em sentido amplo sobre os bens devolutos tem a finalidade de satisfazer ao indivíduo, em um primeiro momento, como forma de promoção da justiça individual, e, em um segundo momento e como consequência lógica, satisfazer uma necessidade da justiça social. Estando a sociedade equilibrada, poder-se-á dizer que é uma sociedade justa. Não se trata de uma visão liberal, mas, sim, de uma visão racional, pois é nesse equilíbrio que reside a justiça social.

⁵⁷¹ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 418.

É importante, mais uma vez, frisar que onde há terras devolutas, não tem sentido lógico falar-se em reforma agrária, pois há terras disponíveis para a formação agrária e não se reforma aquilo que não foi formado. Do ponto de vista analógico, não se busca reorganizar uma sociedade, como pregava Augusto Comte⁵⁷², mas sim de organizar uma sociedade justa quanto ao seu aspecto fundiário.

A justiça social começa pela promoção dos valores consagrados como princípios fundamentais do Estado (art. 1.º, inciso III, da CR/1988) e, como consequência, sobrevém uma sociedade livre e justa (art. 3.º, inciso I, da CR/1988), que é um dos objetivos constitucionalmente declarados.

A finalidade jus filosófica do domínio público em sentido amplo sobre os bens devolutos é a promoção daqueles valores fundamentais, o que reduz as desigualdades e alcança o ponto de equilíbrio, aqui chamado de justo possível ou justiça social. Essa promoção de valores pode, em parte, ser reconhecida pela colonização de terras incultas e devolutas, pela disponibilização, ainda que onerosa, de habitações urbanas e rurais, e pelo aproveitamento e destinação econômica dos imóveis urbanos, juridicamente devolutos e abandonados. É uma atividade que constitucionalmente cabe ao Estado.

Note-se que o tempo não inverteu a preocupação estatal. Na colonização, o homem era a grande preocupação, pois era necessário à ocupação do território. No atual estágio evolutivo da humanidade, o homem continua sendo o objeto das preocupações do poder público, mas desta feita para garantir-lhe a

⁵⁷² COMTE, Augusto. *Reorganizar a Sociedade*. Tradução de Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, sdp, p. 28-50.

dignidade e fazer com que ele, através de seu trabalho livre e da sua iniciativa, promova a evolução da sua espécie.

No pensamento de Hegel⁵⁷³, o homem é um conceito em si mesmo e por ter autoconsciência, aprende a ser livre e projeta a sua liberdade nas coisas, toma posse de si mesmo e de si se torna proprietário. O homem, naturalmente dotado de dignidade, depende, para a sua existência, de seu espaço de direitos e de consciência. A consciência de si mesmo é aquilo que Platão chamou de o domínio do corpo pela alma racional. Para que o homem tenha o domínio sobre si mesmo, é necessário assegurar-lhe os direitos individuais (justiça individual) e os direitos sociais (justiça coletiva), chamados, no conjunto, de direitos fundamentais, evitando que as suas necessidades materiais impeçam o equilíbrio e, portanto, a justiça social.

A utilidade do domínio público reside, em última análise, na necessidade do Estado, através da distribuição de bens e serviços, de promover a justiça social. Curiosamente, na distribuição dos bens e serviços, já saltamos para a justiça corretiva ou distributiva de Aristóteles, pois neste caso o Estado se coloca como um ente supra individual, ao qual se subordinam os destinatários da distribuição. Nem todos os destinatários têm as mesmas necessidades, o que impõe um tratamento desigual, na justa proporção da desigualdade constatada. Neste ponto o Estado Social de assenta.

Eis, pois, o fundamento jus filosófico do domínio público em sentido amplo, ou *latu sensu*, sobre os bens devolutos, que devem ser concedidos e, ao final, transferidos para os

⁵⁷³ HEGEL, G.W.F. *Filosofia do Direito*. Tradução de Paulo Menezes. São Leopoldo-RS: Unisinos, 2010, p. 93.

particulares que dele necessitem (art. 189 da CR). Um domínio público sobre um bem que não é usado, não apenas é inútil, mas não é, sequer e muito menos, propriedade⁵⁷⁴. Aliás, é por isso que os bens devolutos não são bens de propriedade pública e, fiel ao idealismo hegeliano, o Constituinte Brasileiro de 1988 não colocou as terras devolutas e sem finalidade entre os bens da União (art. 20, inciso II, e 188, *caput*, da CR) e possibilitou a desapropriação das propriedades privadas que não atendam a sua função social (art. 5.º, incisos XXIII e XXIV, da CR).

Pelo visto, as críticas dirigidas pelos setores da produção rural à disciplina da propriedade privada pela Constituição Republicana de 1988 são improcedentes, notadamente do ponto de vista da lógica jurídica e dos seus fundamentos filosóficos. Não se buscou minorar a sua importância ou extingui-la, mas sim prestigiá-la e conferir-lhe legitimidade jurídica. O não uso descaracteriza a propriedade, seja ela pública ou particular, cabendo a Administração Pública fazer uso da primeira, segundo a sua finalidade, e ao particular cabe fazer uso da segunda. Trata-se de mais um argumento que justifica a não inclusão das terras e bens devolutos no elenco dos bens submetidos à propriedade pública, mas, sim, no domínio público em sentido amplo.

Estando os bens devolutos numa posição intermediária entre a propriedade pública e a propriedade privada, pode a Administração Pública, observando os critérios da conveniência e oportunidade, transferir o bem para a propriedade pública ou para a propriedade privada, conforme a necessidade, sendo esta determinada por valores necessários à sobrevivência humana e, cujo

⁵⁷⁴ *Ibid*, p. 97.

atendimento, já esteja previsto no ordenamento jurídico. A finalidade das terras devolutas é a constituição da propriedade privada, mas essa finalidade pode ser modificada pela necessidade.

Não se perca de vista que aos bens devolutos devem ser atribuídos valores, de forma a não ficar o Estado indiferente àqueles bens, enquanto há pessoas necessitando do seu uso, inclusive o próprio Estado.

Adotando a escala de valores de Max Scheller⁵⁷⁵, a finalidade dos bens devolutos deve ser valorada sob o ponto de vista ético⁵⁷⁶ e moral, incluindo as normas jurídicas regentes da matéria; sob o ponto de vista material, onde deve ser valorada a necessidade humana e a atenção que lhe deve ser dada; do ponto de vista estético, onde se coloca em causa a urbanização, o paisagismo e a ordenação do território urbano e rural; sob a ótica da utilidade, quando o legislador ou o Administrador Público deverão valorar o que é melhor ou pior, determinando a conveniência e a oportunidade da destinação concreta do bem devoluto; e, finalmente, do ponto de vista religioso, que faz parte das coisas do espírito, embora não se possa favorecer qualquer confissão religiosa, pois o Estado, no atual estágio da lusofonia, é laico. Não se deve, porém, desconsiderar a crença do povo ao qual se destina a terra devoluta, mesmo que o Estado seja laico.

É oportuno lembrar que valorar é diferente de avaliar. Valorar é atribuir valor, segundo uma perspectiva humana individual e social, enquanto que avaliar é atribuir preço, segundo o valor intrínseco de um determinado objeto.

⁵⁷⁵ SCHELER, Max. *Do Eterno no Homem*. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis (RJ): Vozes, 2015, p. 410-495.

⁵⁷⁶ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. 3.^a ed. Tradução Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1967, p. 26-27.

Os valores condicionam os juízos, moléculas fundamentais do conhecimento, em geral, e do conhecimento jurídico, em particular, que são os chamados juízos de valor. À semelhança do uno de Plotino, quando o juízo de valor atinge uma unidade irreduzível, surge o princípio e, na Ciência do Direito, entre os chamados princípios de Direito, que podem ser gerais, se forem comuns a todos os ramos do Direito, ou setoriais, se forem específicos a determinado ramo do Direito, estão os princípios fundamentais do Estado, notadamente do Estado brasileiro e do Estado português. Aqui, o interesse é nos juízos de valor que se reduziram a princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

São os valores que, universalizados como princípios, universalizam também a experiência jurídica, legitimando a atividade da Administração na manutenção do estoque de bens devolutos ou na distribuição e destinação concreta de tais bens. A valorização do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade humana, como princípios fundamentais de toda a ordem jurídica brasileira, é que deve direcionar a atividade estatal na distribuição de bens devolutos, sem descuidar da soberania nacional. A necessidade material da pessoa humana, como um valor na escala de Scheller, se subordina à sua dignidade, determinando a permanência, ou não, de um bem devoluto em estoque ou a sua transferência para a propriedade pública ou para a propriedade privada.

O Estado brasileiro, através da Constituição Republicana de 1988, foi organizado segundo uma escala de valores, tornando alguns deles juridicamente imutáveis. São imutáveis: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e

garantias individuais (art. 60, parágrafo 4.º, incisos I a IV). As Constituições Republicanas brasileiras sempre tiveram um núcleo imutável. Porém, a Constituição de 1988 ampliou o núcleo de valores que não podem ser juridicamente modificados⁵⁷⁷. Em certa medida, a limitação imposta pela ordem de valores constitucionais é uma característica da constituição dirigente de Canotilho⁵⁷⁸.

A Constituição Republicana de 1988, no artigo 1.º, estabeleceu os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, o que reflete e vincula todo o ordenamento jurídico, como valor estético, ético, material, religioso e moral. Na escala de valores scheleriana, soberania, cidadania, dignidade do homem, valor social do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político foram alçados, pelo constituinte brasileiro de 1988, à posição jurídica mais elevada, colocando-os no topo da pirâmide positivada de Kelsen⁵⁷⁹.

Assim, qualquer atividade da Administração Pública, dando destinação concreta aos bens devolutos ou mantendo-os em estoque, deve ser analisada à luz dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, o que, afinal, deve ser feito por qualquer Estado, pois todos se assentam em algum princípio ou em vários princípios ao mesmo tempo.

Por fim, conclui-se que a finalidade jus filosófica do domínio público em sentido amplo sobre os bens devolutos, confunde-se com os próprios fundamentos do Estado Democrático

⁵⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 59.

⁵⁷⁸ CANOTILHO, J. J. *Canotilho e a Constituição Dirigente* (Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 15.

⁵⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 205-254.

de Direito, relacionados no artigo 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

1.1. O DOMÍNIO ESTATAL COMO NECESSIDADE DE REORDENAMENTO DO TERRITÓRIO

O reordenamento do território de qualquer país passa por um juízo de valor estético, por um juízo de valor moral, por um juízo de valor econômico e, especialmente, sobre um juízo de valor sobre a necessidade do pretendido reordenamento, tendo em conta um juízo sintético (a posteriori), pois irá assentar-se na experiência de um ordenamento territorial anterior.

Os valores, desde a Lei Imperial nº 601/1850, se modificaram, levando a juízos diferentes sobre o ambiente e sobre a ocupação humana do território. A realidade mudou e, com ela, o pensamento jurídico nacional. Diante das experiências vividas, o juízo de realidade direciona o raciocínio para a necessidade do domínio estatal, tomado em sentido amplo, sobre os bens devolutos, especificamente sobre as terras devolutas, urbanas ou rurais, pois sem aquele domínio estatal seria demasiadamente elevado o custo de uma reordenação territorial, ainda que parcial.

No campo ambiental, a preservação do ambiente, por meio da aquisição de terras pela Administração Pública, tem um custo alto e não se sustenta, diante das necessidades vitais da população. A preservação ambiental e a necessidade de assentamento humano necessitam de terras. Por isso, a necessidade de assentamento, por vezes de cidades inteiras, justifica a manutenção de um estoque estratégico de terras devolutas. Não são

desconhecidos os reassentamentos das populações de cidades inundadas por ocasião da construção das usinas hidrelétricas ou diante de catástrofes naturais.

As terras devolutas enquanto não discriminadas, conforme já anotamos, podem cumprir uma função ambiental, gerando créditos de carbono, embora a sua finalidade precípua seja a constituição da propriedade privada.

Para que haja o reordenamento, ainda que de cidades ou populações específicas, é necessário que a Administração Pública, em qualquer dos seus níveis, tenha o domínio, em sentido estrito, sobre as terras nas quais a população removida será reassentada. Nessas ocasiões, a discriminação das terras devolutas as torna terras públicas, permitindo o reassentamento. É uma exigência do bem comum, até porque se não há terras devolutas disponíveis, a Administração Pública terá que lançar mão da desapropriação, o que encarece a reordenação territorial.

1.2. A IMPOSIÇÃO JURÍDICA DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

A questão do ambiente não despertaria interesse ao nosso estudo, mas, como já deixamos assentado, a doutrina brasileira, com base no artigo 99, inciso III, do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10.1.2002), relaciona as terras devolutas como bem público dominical ou dominial, o que só pode ser admitido se considerarmos o domínio público em sentido amplo. Ocorre que as terras devolutas, enquanto não discriminadas, têm uma função ambiental, que é passiva, pois não muda o seu regime jurídico. Essa função ambiental um entrave jurídico de

difícil solução, pois a doutrina do direito ambiental, com fundamento no artigo 225 da Constituição Republicana, relaciona o ambiente como um bem de uso comum do povo (art. 99, inciso I, do Código Civil Brasileiro), como o faz Álvaro Valery Mirra⁵⁸⁰.

A Constituição Republicana de 1988 alçou a defesa do meio ambiente ao *status* de princípio geral da atividade econômica (art. 170, inciso VI), o que, numa escala de valores⁵⁸¹, coloca o ambiente como molécula irredutível do corpo social. É no ambiente que a sociedade existe e se desenvolve. O princípio⁵⁸² jurídico, com é cediço, é um juízo de valor irredutível e fundamental, pois é necessário e essencial à vida humana em sociedade.

Há distinções entre ambiente e recursos naturais, pois aquele é mais amplo e, embora tenha valor, nem sempre poderá ser avaliado, mas sempre será valorado como indispensável à vida. Valorar é atribuir valor a um objeto material ou imaterial, enquanto que avaliar é atribuir-lhe um preço, é quantificar economicamente um objeto material ou imaterial. Muitos objetos têm valor, mas não tem preço. O ambiente é um desses objetos que tem valor, mas nem sempre terá preço.

Ainda que a defesa do meio ambiente tenha sido valorada pelo Constituinte como um princípio geral da atividade econômica, não lhe atribuiu preço, indicando que não pode ser comprado. Portanto, é um valor puro. Aliás, se é um princípio, é

⁵⁸⁰ MIRRA, Álvaro Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental n° 02, p. 50, abril-junho/1996.

⁵⁸¹ WERNECK, Vera Rudge. *Novos valores ou nova hierarquia de valores?* Disponível em: <<https://revistas.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/download/49/65>>. Acesso em 27.12.2022.

⁵⁸² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60.

um valor, o que implica na sua imposição jurídica, externada por regras éticas.

O meio ambiente, que durante toda a história da humanidade sofreu degradações crescentes em razão da necessidade do homem de adaptá-lo às suas necessidades, adquiriu relevância ímpar nas três últimas décadas do século XX, notadamente no tocante à sua preservação, pois é indispensável à vida na Terra. Foi no final dos anos 60 que o mundo assistiu ao despertar ecológico no meio jurídico. O ponto de partida do arranque ambiental foi a iniciativa da Organização das Nações Unidas, datada de 1966, que fez celebrar, entre os seus membros, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, contendo no artigo 12 o dever dos Estados de promover o meio ambiente. Na Europa, a aprovação, pelo Conselho Europeu, de três textos relativos à poluição do ar e da água, em 1968, despertou a atenção do velho continente para o meio ambiente.

Já nessa época, o Brasil não se fez de imune aos reclamos mundiais, pois promulgou a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal revogado), cuidando da preservação de determinadas áreas e impondo a exploração racional de outras. Em passado mais recente, foi promulgada a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, instituindo o novo Código Florestal Brasileiro, estabelecendo normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de preservação permanente, áreas de reserva legal; sobre a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, criando ainda instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos. É uma disciplina jurídica moderna e a altura da dignidade do meio ambiente.

O novo Código Florestal Brasileiro contém compromissos importantes assumidos pelo País. O primeiro deles é a afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem-estar das gerações presentes e futuras. O segundo compromisso é a reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia (art. 1.º, incisos I e II). A sustentabilidade é uma questão estratégica para a preservação do meio ambiente.

Outras disposições importantes, e que geravam vivas controvérsias, são relativas à definição de área de preservação permanente e reserva legal. São áreas de preservação permanente (APP) aquelas áreas protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar⁵⁸³ das populações humanas. São áreas de reserva legal aquelas áreas localizadas no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitadas de vinte a oitenta por cento da propriedade, dependendo da região do País, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos

⁵⁸³ CARDOZO, Benjamin Nathan. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 531.

ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa (art. 3.º, incisos II e III). Antes da promulgação do novo Código Florestal Brasileiro, discutia-se sobre a possibilidade da inclusão da área de preservação permanente no total da área de reserva legal. Na atualidade, a discussão restou superada.

A importância da matéria historicamente se avultou, levando a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a convocar, em 1.972, a Conferência de Estocolmo, nascendo ali a *declaração de Estocolmo*, de natureza não vinculante, que consagrou, ao lado de um direito individual à qualidade de vida, uma obrigação de preservar o meio ambiente. Estes princípios orientaram as ações dos Estados, no campo da proteção ambiental, até a Conferência do Rio, realizada, em 1992, na cidade do Rio de Janeiro.

Na Europa, desde 1975, por meio de interpretação extensiva dos artigos 2.º e 235 do Tratado de Roma, o Conselho Europeu aprovou duas diretrizes em matéria de preservação do meio ambiente, fixando-a como objetivo da Comunidade Europeia. Posteriormente, em 1986, a revisão do Tratado de Roma possibilitou a inclusão, no artigo 130, da necessidade de harmonizar as legislações dos Estados Comunitários em matéria de meio ambiente.

Anteriormente, o artigo 174 do Tratado da Comunidade Europeia dispunha que a política comunitária ambiental tinha por objetivos a preservação, proteção e melhoria da qualidade do ambiente; a proteção da saúde das pessoas; a utilização prudente e racional dos recursos naturais; e a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente. Na atualidade, o artigo II-97º,

da Constituição da União Europeia, dispõe que: *“Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de protecção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”*. O dispositivo, ao falar de todas as políticas da União, compreende também as suas relações internacionais, podendo condicionar suas importações e exportações à observância de regras internacionais de proteção ao ambiente.

Nota-se que a degradação ambiental trouxe preocupações e indagações até então inexistentes, despontando a atividade humana como o principal fator de degradação. Não se olvida que o homem é o causador da poluição do ar, do solo e da água. A poluição do meio ambiente não guarda fronteiras, pois um vazamento de elementos químicos radioativos no Leste europeu pode contaminar, depois de algum tempo, o gado bovino nas pastagens frias da Patagônia, no extremo Sul da América do Sul. O dióxido de carbono lançado na atmosfera de um determinado Município irá, pela força do vento, atingir os Municípios vizinhos, sem que nada possa ser feito em termos de prevenção imediata pelo Município prejudicado.

A preservação do meio ambiente é, portanto, do interesse de todos, razão pela qual ao Estado, em primeiro plano, e ao particular, num segundo momento, incumbe a tarefa de levá-la a bom termo. No desempenho desta competência, o Estado limita e restringe atividades e direitos, entre eles o direito de propriedade, aqui mencionado, embora não seja o objeto do nosso estudo. É como dizem Canotilho e Vital Moreira: *“A defesa do meio ambiente pode justificar restrições a outros direitos constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, a liberdade de construção, que muitas vezes se*

considera inerente ao direito de propriedade, é hoje configurada como 'liberdade de construção potencial', nas quais se inclui as normas de proteção ao ambiente"⁵⁸⁴. A justificativa para as limitações e restrições ao direito de propriedade está na própria necessidade de preservação da vida, pois de nada adianta ao Estado conceder a propriedade a alguém, ou somente autorizar o seu uso, se não for garantida a vida do proprietário ou usuário. Em escala de valores, é evidente que a vida deve ser preservada, pois sem ela inexistem os outros valores humanos. O homem pensa, sente e age. É no campo do sentimento que o humano faz seu juízo valorativo, colocando a vida em seu ponto mais elevado entre os valores.

Outrossim, o princípio da função social da propriedade autoriza o Estado a praticar as intervenções, com vistas a preservar o meio ambiente, que é de interesse coletivo, mas não é só a propriedade privada que deve respeitar o ambiente. A propriedade pública, até para dar o exemplo, deve observar criteriosamente as restrições ambientais, em favor do bem comum. É evidente que as limitações e restrições aos direitos individuais, entre os quais se inclui o direito de propriedade, não comportam abusos, estando, pois, sujeitas à estrita legalidade, caso se trate da propriedade privada.

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é, segundo Alexy, *“um bom exemplo de um direito fundamental como um todo, na medida em que se desdobra em posições jurídicas de tipo muito diferenciado e que, no seu conjunto, representam um leque paradigmático das situações susceptíveis de consideração em sede de estrutura de normas*

⁵⁸⁴ *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1.993, p. 172

habilitativas de direitos fundamentais”⁵⁸⁵. O leque paradigmático ao qual se refere o autor é amplo, pois impõe ao proprietário, público ou privado, um *non facere*, quando pretende uma abstenção de um comportamento degradante ao meio ambiente, um *facere*, quando pretende um comportamento ativo do indivíduo ou da pessoa jurídica na recuperação de atos lesivos ao meio ambiente. Não são somente as obrigações que são impostas ao particular e deveres do Estado. Também lhes são conferidos direitos, no caso do primeiro, tais como o direito à informação ambiental, e deveres, no caso do segundo, como o dever de fiscalização.

Nota-se que o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio é um direito fundamental, classificado como de terceira geração, mas não prescinde da existência dos direitos fundamentais de primeira geração, não havendo, entre eles, qualquer incompatibilidade, pois eventuais conflitos aparentes são resolvidos com a utilização do princípio da unidade da constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 225, dispõe que *o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*. Dependendo do estado de degradação em que se encontre o meio ambiente, não se pode dizer que o equilíbrio ecológico seja essencial à sadia qualidade de vida, mas sim essencial à existência da vida.

Aqui, embora não se possa negar o uso comum do povo em relação ao ambiente, a terra devoluta não sofre qualquer mutação no seu regime jurídico por ter uma função ambiental

⁵⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1.993, p. 186.

passiva. Enquanto permanece na qualidade de devoluta, a sua função ambiental é de uso comum do povo e continuará sendo, quando houver a sua discriminação, tornando-a terra pública ou privada. Isso, obviamente, não implica dizer que a terra devoluta seja de uso comum do povo.

A doutrina relaciona 11 (onze) princípios⁵⁸⁶ (cuja formação já foi por nós demonstrada) ambientais, mas nenhum deles interfere no regime jurídico da propriedade pública, da propriedade privada ou das terras devolutas. São apenas condicionantes do seu uso. Eis os princípios: Princípio da supremacia do interesse público na proteção do Meio Ambiente em relação aos Interesses privados; Princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do Meio Ambiente; Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do Meio Ambiente; Princípio da participação popular na proteção do Meio Ambiente; Princípio da função social e ambiental da propriedade; Princípio da avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza; Princípio da prevenção de danos e degradações ambientais; Princípio da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao Meio Ambiente; Princípio do respeito à identidade, cultura e interesses das Comunidades tradicionais e Grupos formadores da sociedade; Princípio da cooperação internacional em matéria ambiental.

Tais princípios são importantes, pois nas áreas densamente industrializadas, onde haja maciço despejo de poluentes na atmosfera, a existência da vida fica comprometida, pois, na estação das chuvas, as águas pluviais se tornam ácidas e

⁵⁸⁶ MIRRA, Álvaro Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental n° 02, p. 50, abril-junho/1996.

não propiciam o crescimento das plantas. Ao contrário, matam ou contaminam com resíduos tóxicos as plantas já existentes, inclusive aquelas que produzem frutos alimentícios ou que sejam elas mesmas fontes de alimento humano.

Em relação à vida humana, os poluentes, dependendo do grau tóxico, simplesmente impedem a sua existência.

O meio ambiente em equilíbrio não se refere somente à qualidade de vida, mas sim à própria existência da vida. O direito ambiental, ao disciplinar as atividades relativas ao meio ambiente, na verdade está preservando a própria vida humana.

Por direito ambiental, chamado por parte da doutrina por direito do ambiente, entende-se *o conjunto de normas e princípios, em sistema, que regula a preservação do equilíbrio ambiental*. A lei nº 6.938/91, no artigo 3.º, define o meio ambiente como *o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*. A definição da lei se refere ao meio ambiente, mas não ao direito ambiental, que tem espectro mais abrangente. Diz a boa doutrina, que o direito ao ambiente *“é constituído por um feixe de posições de tipos muito diferentes. Quem propõe o estabelecimento de um direito fundamental ambiental ou a sua descrição interpretativa às disposições jusfundamentais existentes pode, por exemplo, incluir neste feixe um direito a que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente a intervenções de terceiros que lesem o ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado permita a participação do titular do direito fundamental em procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito procedimental) e um direito a que o próprio Estado realize medidas fáticas*

tendentes a melhorar o ambiente (direito a prestações de fato)”⁵⁸⁷. É no campo do direito de proteção e do direito a prestações de fato que o Estado limita e restringe o direito de propriedade e, por si, dá o exemplo e incentiva a proteção e a restauração ambiental.

O direito ambiental ou direito do ambiente “é um direito de reconciliação. Reconciliação do Homem com o meio ambiente através da ideia de desenvolvimento sustentado, com respeito pelas estruturas naturais que o envolvem e que revelam preocupantemente finitas neste final de século. Reconciliação do Homem consigo próprio, redimindo-se do mito iluminista de senhor do mundo, cuja voracidade de progresso, cega à crescente escassez dos recursos naturais, cede lugar a uma atitude de humildade perante a constatação da inexorabilidade do seu esgotamento. Reconciliação, enfim, do Homem com as gerações futuras, numa perspectiva de solidariedade com os futuros usuários do planeta, através da assunção da responsabilidade da preservação dos recursos e de uma gestão racional dos mesmos”⁵⁸⁸. De uma certa forma, nota-se o retorno das atenções do homem para a natureza, o que não deixa de ser uma influência, às vezes não percebida, dos postulados do direito natural. Ao se admitir que a natureza equilibrada, agora chamada de meio ambiente, é essencial à vida, não só humana, mas também à vida animal, nada mais se faz que reestruturar a aplicação do direito natural. Admite-se que a natureza do homem depende do seu meio ambiente.

Os princípios ambientais tratam do respeito às comunidades tradicionais e estas, repita-se, ocupam glebas de terras devolutas, mas que, tão logo demarcadas ou discriminadas,

⁵⁸⁷ Ibid., p. 429.

⁵⁸⁸ GOMES, Carla Amado. *As operações materiais administrativas e o direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 7.

adquirem a qualidade e o regime jurídico de bem público de uso especial. Ao mesmo tempo tratam de uma função passiva das terras devolutas, pois falam de uma função social e ambiental da propriedade, e aquelas terras desempenham essa função, enquanto permaneçam com essa qualificação jurídica.

Então, a abordagem, ainda que superficial, das questões ambientais em trabalho científico sobre terras devolutas não é despropositada em nem fora do contexto, pois permite uma visão panorâmica da matéria.

1.3. O DOMÍNIO ESTATAL COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DAS COMUNIDADES ÉTNICAS

Diante do exposto mandamento constitucional, o Estado Brasileiro deve preservar as comunidades indígenas tradicionais, conferindo-lhes o direito de ocupação das terras que, desde tempos imemoriais, são por elas ocupadas. Não chega, porém, ao ponto de retroceder no tempo, afetando situação jurídica consolidada, pois muitos indígenas, senão a esmagadora maioria, estão integrados à sociedade brasileira. Os indígenas, como quaisquer outros nacionais, são brasileiros e com esse *status* devem ser vistos.

Há, sem dúvida, uma estreita ligação entre o domínio público em sentido amplo de determinadas glebas de terras devolutas, a valorização das práticas das comunidades indígenas, e outras comunidades tradicionais em todo o mundo, não só para a conservação de patrimônios culturais, mas também para a preservação ambiental. Abordamos a questão das terras devolutas

apenas no Brasil, mas qualquer que seja o nome que lhe seja dado em outros países, o feito é semelhante. Nos países com a estrutura fundiária ainda em formação, há uma estreita ligação entre o homem, incluindo as comunidades tradicionais, a terra e o ambiente. Como o homem muda os seus conceitos, modificando a ocupação do solo e o ambiente, o Estado é colocado diante de uma necessidade de vigilância constante para se ajustar a essas mudanças.

A preservação do ambiente, das comunidades étnicas e tradicionais, assim como dos polinizadores indispensáveis à continuidade da vida nos sistemas tradicionais, é facilitada quando o espaço territorial a isso necessário é de domínio público. Essas populações têm uma relação de sobrevivência com o meio ambiente, onde desenvolve seus aspectos culturais e religiosos, como parte de um ecossistema. É uma verdadeira biodiversidade cultural.

A preservação das comunidades étnicas tradicionais não implica na concessão da propriedade das terras que ocupam, pois são terras públicas, mas sim na concessão, *ex vi legis*, do uso e gozo da gleba discriminada ou demarcada. A terra pública discriminada ou demarcada⁵⁸⁹ para usufruto das comunidades étnicas tradicionais, não eleva aquele espaço territorial à categoria de território político⁵⁹⁰. Nenhuma unidade demarcada ascende ao *status* de Estado ou Município. A Constituição Republicana de 1988 procura preservar a identidade étnica dos ocupantes

⁵⁸⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coordenador). **Projeto Pensando o Direito**. Brasília: Ministério da Justiça (Secretaria de Assuntos Legislativos), 19/2009, p. 13.

⁵⁹⁰ Brasil, Brasília, Supremo Tribunal Federal – Petição n. 3388 - Tribunal Pleno – Relator Ministro CARLOS BRITO – julgado em 19.03.2009 – DJU de 01.07.2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

primitivos das terras brasileiras, desde que se ajustem ao modelo de ocupação por ela reconhecido.

Enquanto não discriminada, a terra devoluta ocupada pelas comunidades indígenas está sujeita ao domínio público em sentido amplo e, portanto, à soberania do Estado Brasileiro. Após a discriminação, aquelas terras ingressam no elenco das terras públicas e, portanto, sujeitas ao ordenamento jurídico nacional, que é a mais pura expressão da soberania nacional no plano interno. Portanto, de uma forma ou de outra, a soberania nacional incide sobre qualquer gleba de terra existente no território nacional.

Aliás, dispõe o artigo 1.º, parágrafo único, da Lei n.º 6001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio)⁵⁹¹, o seguinte: *“Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”*. A proteção dessas comunidades ocorre dentro e de acordo com as normas jurídicas brasileiras e, pelo visto, há normas regentes da espécie. Para melhor entendimento, confira-se o disposto no artigo 6.º da Lei n.º 6001/73: *“Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”*. Internamente, as comunidades indígenas podem dispor de suas propriedades, mas a propriedade pública da União sobre as terras por elas ocupadas

⁵⁹¹

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.html. Acesso em 28.12.2022.

não está sujeita à mutação dominial, pois está afetada àquele uso especial.

Não se trata, pelo visto de uma criação peculiar, mas sim de simples modo de afetação das terras públicas, pois, se já demarcadas⁵⁹² e discriminadas, perdem a qualidade de devolutas, no sentido jurídico do termo.

Ainda que o Estatuto da Terra, de forma semelhante ao que dispõe a Constituição Italiana, assegure a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, não é o caso da terra afetada à ocupação indígena, pois a sua propriedade permanece com a União. Não se nega ao indígena a oportunidade de aquisição de propriedade privada, mas não como uma comunidade e sim como indivíduo. Ainda assim, a aquisição individual não pode ser de terras afetadas à ocupação tradicional indígena, enquanto permanecer nessa qualidade jurídica.

Enfim, as terras devolutas têm também, ao lado de uma função ambiental passiva, a finalidade de se converterem em terras públicas para o fim de assentamento das etnias tradicionais brasileiras. Aquela finalidade principal verificada na época do Brasil Colônia, ou seja, de constituição da propriedade privada, sofreu modificações, podendo agora as terras devolutas ser convertidas em terras públicas, sem prejuízo da sua destinação histórica.

⁵⁹² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coordenador). *Projeto Pensando o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça (Secretaria de Assuntos Legislativos), 19/2009, p. 28.

2. A CRESCENTE URBANIZAÇÃO DA POPULAÇÃO NÃO ATENDIDA PELA LEI Nº 4.504/64

A Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, instituiu o Estatuto da Terra no Brasil, regulando direitos e obrigações relativos aos imóveis rurais para fins de reforma agrária e de promoção da política agrícola. A Lei define a reforma agrária como o conjunto de medidas que vise promover uma melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade. A Lei, pelo visto, atrela a justiça social ao aumento da produtividade, o que se justifica, porque a produtividade é uma consequência do uso da terra. Se usada para fins de agricultura ou pecuária, haverá, certamente, um aumento de produtividade. Evidentemente, a simples ocupação da terra, sem qualquer preparo técnico do usuário, aumentará a miséria e a degradação ambiental ao invés de preservá-lo. Por isso, dispõe a Lei sobre a Política Agrícola, que é o conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, com a finalidade de orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, com vistas a garantir o pleno emprego, tudo em harmonia com o processo de industrialização do País.

Ainda assim, há um contingente da população que não é contemplado pela Lei, pois, com o aumento exponencial da população, desde a sua promulgação, associado ao êxodo rural e com o conseqüente aumento da população urbana, a reforma agrária deixa de ser a protagonista dos programas sociais governamentais, cedendo espaço à necessidade de uma reforma

urbana, com a recolocação da população economicamente carente das grandes cidades e, onde isso, não é possível, promover a construção e o acesso dessa população às habitações sociais, construídas pelo próprio Poder Público ou pela iniciativa privada, porém com facilidade de acesso ao crédito imobiliário.

Um problema que já preocupa a Administração Pública é o gigantismo das cidades brasileiras, pois uma crise hídrica já se apresenta horizonte. A água potável é um bem natural finito e condiciona o número de habitantes de uma cidade, assim como a necessidade de produção de energia elétrica. De nada adianta construir habitações sociais, se não tiver a água e a energia elétrica. São apenas dois fatores que obrigam a Administração Pública a pensar, em qualquer parte do Mundo, sobre a dimensão das cidades e as suas capacidades populacionais.

A Administração Pública terá que se debruçar sobre a matéria, notadamente sob a perspectiva da sustentabilidade dos modelos de ocupação territorial da civilização ocidental. Como adverte Fernando Alves Correia, escrevendo sobre o direito urbanístico português:

“A deslocação de um elevado número de pessoas dos meios rurais para os centros urbanos, de que resulta um acentuado crescimento demográfico dos conglomerados urbanos, constitui um fenómeno universal e é apresentado por alguns como uma expressão ou um índice do desenvolvimento económico e social das nações. Tal fenómeno, que é bem visível em nosso país, ocasiona um aumento da procura de terrenos para fins urbanísticos, designadamente para a realização de infra-estruturas, para a construção de habitações e para a

instalação de equipamentos públicos, exigindo, por isso, uma ocupação de solos em áreas cada vez mais vastas”⁵⁹³.

A advertência não é isolada, pois também no Brasil, e com mais forte motivação, José Afonso da Silva leciona sobre a complexidade das urbanizações, exigindo cautelas administrativas adicionais. Eis, *in verbis*, a lição:

“Resta lembrar que a cidade vem sofrendo profunda transformação qualitativa, de modo que, hoje, ela não é meramente uma versão maior da cidade tradicional, mas uma nova e diferente forma de assentamento humano, a que se dá o nome de conturbação, região (ou área) metropolitana, metrópole moderna, ou megalópole, que provoca problemas jurídico-urbanísticos específicos, de que se tem que cuidar também especificamente. Essa megalópole, no Brasil, formou-se por via de uma ocupação caótica do solo urbano; caótica, irracional e ilegal”⁵⁹⁴.

Enquanto na Europa o gigantismo das cidades dificulta a instalação de uma infraestrutura pública, encarecendo-a por exigir as desapropriações de imóveis urbanos, no Brasil, a solução passa por uma regularização fundiária urbana, não se descartando os incentivos à reocupação das regiões centrais das grandes cidades e, eventualmente, de desapropriações. As regularizações fundiárias às quais nos referimos estão umbilicalmente ligadas às ocupações irregulares de terras devolutas dos Estados e Municípios.

⁵⁹³ CORREIA, Fernando Alves. *Estudos de Direito do Urbanismo*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 53-54.

⁵⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 23.

A população urbana não é contemplada pela Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), embora os grandes problemas fundiários atuais estejam nas áreas urbanas.

CONCLUSÃO

O Brasil, apesar de ter se tornado independente há mais de duzentos anos, ainda está em formação do ponto de vista fundiário, e a demora se dá em razão da sua grande extensão territorial e do grande volume de recurso econômicos que a sua estruturação exige. A dificuldade econômica para a completa ocupação da terra já era notada ao tempo de Dom João III, quando o Monarca foi alertado por Diogo de Gouveia, que vivia na França, sobre a necessidade de povoamento da Colônia, sob pena de perdê-la. Absorvido pelos inúmeros encargos decorrentes da vastidão do seu reino, deu-se conta o Monarca que não poderia suportar os encargos da colonização, sem lançar mão da colaboração dos particulares a seu serviço, através do sistema de capitânicas e de sesmarias.

Alfredo Pimenta⁵⁹⁵ nos dá conta que, de início, o rei imaginara conceder a propriedade das capitaniais apenas por uma vida, mas logo notou que essa forma não atrairia recursos humanos e econômicos. O seu objetivo principal era povoar as terras, o que exigia a presença física da pessoa beneficiada e dos seus sucessores, o que se tornaria inviável numa vida, salvo se a concessão fosse hereditária. Assim foi feito, cabendo aos capitães a concessão, em nome da Coroa, das sesmarias.

As caravelas, quando ao Brasil chegaram, não levavam somente os colonizadores, mas também a cultura europeia e as instituições jurídicas do reino, notando-se que muitas doutrinas mais tarde havidas como revolucionárias no Código Civil Francês, já vigoravam há séculos nas Ordenações⁵⁹⁶ e práticas judiciais portuguesas⁵⁹⁷.

Uma questão historicamente relevante é a de que as terras descobertas, por expressa delegação da Santa Sé, pertenciam à Ordem de Cristo, cujo Grão-Mestrado era atribuído ao próprio Rei, o que confundia o patrimônio da Ordem de Cristo com o patrimônio da Coroa⁵⁹⁸. Valendo-se dos poderes que lhe foram conferidos, o Monarca autorizou aos Capitães a doação de glebas de terras, através do instituto das sesmarias⁵⁹⁹:

“Foi nesse sentido que o soberano português, valendo-se de suas prerrogativas, instituiu o regime de capitancias

⁵⁹⁵ PIMENTA, Alfredo. *Elementos de História de Portugal*. Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade, 1934, p. 202.

⁵⁹⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Campinas (SP): Russel, 2003, p. 18.

⁵⁹⁷ DIAS, Demóstenes de Oliveira. *Formação Territorial do Brasil: origem e evolução*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica, 1956, p. 19.

⁵⁹⁸ Ibid, p. 19.

⁵⁹⁹ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 419.

hereditárias, pelo qual transferia aos donatários o domínio direto e útil, a fim de que, à sua vez, pudessem os Capitães-mores conceder tratos de terras – as dadas – a quem as quisesse utilizar, lavrando-as ou destinando-as à criação de gado, mediante condições estipuladas nas cartas de sesmarias relativas ao uso e ao pagamento do foro”⁶⁰⁰.

As terras eram atribuídas de forma condicional, ou seja, a propriedade era resolúvel, pois se não fossem cumpridas as condições inscritas na carta de sesmaria, a terra retornava ao estoque público, na condição de terra devoluta. A ocupação da terra era a preocupação imediata da época.

Os habitantes nativos da terra estavam em estágio civilizatório considerado inferior aos padrões europeus, de modo que não se adaptavam ao sistema produtivo exigido. Então, a empreitada de colonização não poderia com eles contar, mas não poderiam deixar de vê-los como habitantes, o que perdura na atualidade, pois os habitantes primitivos da terra têm direito, *ex vi legis*, ao usufruto da terra por eles ocupada, conforme expusemos no capítulo IV, item 9.1, deste estudo.

Se não bastasse, a população portuguesa não era suficiente para a ocupação da terra disponível e, de forma paradoxal, quando a população atingiu um número que permitiria a ocupação de todo o território, os conflitos de interesses se mostraram inevitáveis.

Aquelas terras que não foram dadas em sesmarias ou que foram devolvidas aos estoques de terras da Coroa, se tornaram conhecidas como terras devolutas. Na formação fundiária do Brasil

⁶⁰⁰ DIAS, Demósthene de Oliveira. *Formação Territorial do Brasil: origem e evolução*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica, 1956, p. 19.

as terras devolutas adquirem papel relevante, como leciona Marcello Caetano:

“Esta classe de bens existe, e com grande importância, em países novos de vasto território onde se encontrem grandes extensões de terra por desbravar e ocupar. A necessidade de impedir que a ocupação se faça desordenadamente, pela lei do mais forte, empregando meios violentos e originando futuras dúvidas sobre a legitimidade da apropriação por usucapião e graves conflitos entre os que reivindicuem a propriedade das mesmas áreas, leva o Direito desses países a evitar que as terras vagas sejam consideradas res nullius sujeitando-as ao domínio eminente do Estado”⁶⁰¹.

O domínio eminente, ao qual estão sujeitas as terras devolutas, é o que denominamos domínio público em sentido amplo.

As terras devolutas ocupam, no cenário jurídico, uma posição intermediária e de transição. De início estão sujeitas ao domínio público em sentido amplo e, portanto, sujeitas às regras do direito público, notadamente do direito administrativo. Tão logo discriminadas ou demarcadas, tais terras ingressam no patrimônio público em sentido estrito, tornando-se terras de propriedade pública.

Ocorre que, se transferidas aos particulares, como é a sua finalidade originária, na transição o seu regime é híbrido, pois a Administração Pública, por meio de contrato de concessão, transfere ao particular o direito real de uso resolúvel (Art. 7º do Decre-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967).

⁶⁰¹ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 418.

É importante observar que cada uma das modalidades de utilização do bem de domínio público pelo particular é regida por um regime jurídico específico, recebendo *nomem iuris* próprio, haja vista que diversos são os particulares que o utilizam. Assim, nos bens de uso comum do povo, o usuário é anônimo, enquanto que nos bens de uso especial (extraordinário) o usuário é perfeitamente identificado, o que lhe permite uma maior ou menor proteção jurídica, dependendo da espécie adotada, se autorização, permissão ou concessão, pois em cada uma delas o grau de exclusão de outros administrados como usuários é maior ou menor no tempo, na fruição ou em ambos⁶⁰². O contrato de concessão é o que confere direitos mais amplos ao particular usuário, apresentando, em consequência, maior exclusão de outros usuários, no tempo e na fruição, razão pela qual foi a espécie adotada pelo Administrador Público do Brasil para a concessão do direito real de uso resolúvel das terras devolutas, no processo de transição para o regime da propriedade privada.

O contrato de concessão de direito real de uso resolúvel, que pode ser oneroso ou gratuito, impõe condições a serem cumpridas pelo usuário, já perfeitamente individualizado, no prazo nele estipulado, sob pena de resolução daquele direito. Até aqui, não resta dúvidas de que as regras aplicáveis são aquelas próprias do direito administrativo, pois a supremacia estatal ainda é visível.

Porém, quando o particular cumpre todas as condições previstas no contrato de concessão do direito real de uso e preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos, não pode o

⁶⁰² CRETELLA JÚNIOR, José. *Regime jurídico das permissões de uso no Brasil*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 101, p. 24-43, jul./set, 1970.

Estado se negar a transferir-lhe a propriedade. Ocorre, a partir da implementação das condições contratuais, a criação de um direito subjetivo do particular em face do Estado. A partir desse ponto, são aplicáveis as regras do direito privado. A negativa estatal em conceder o título aquisitivo da propriedade dá direito ao particular de lançar mão da ação de adjudicação compulsória.

Pelo que se pode entender, a mutação dominial ocorre do domínio público em sentido amplo, passando pelo domínio público em sentido estrito (propriedade pública), até o domínio privado. Este é o regime jurídico peculiar das terras devolutas e isso acompanha o desenvolvimento cultural da civilização.

Na evolução humana, a transição da organização social de comunidade para a sociedade, do ponto de vista teórico, guarda relação de aparência e similitude com a transição do regime jurídico das terras devolutas. A comunidade tem, pairando sobre si, um elemento de natureza espiritual, como é o caso da ancestralidade observada nos povos mais primitivos, enquanto que a sociedade tem em si, mas não sobre si, as normas jurídicas fundantes e funcionais, regulando a sua constituição e o seu funcionamento. Nesse regramento, não se descuida da apropriação, particular ou pública, dos bens naturalmente escassos, constituindo-se a propriedade pública ou privada.

As terras devolutas seguem um percurso semelhante.

Na seara jurídica, do ponto de vista do direito externo, as terras devolutas são terras brasileiras, pois estão sujeitas ao domínio em sentido amplo e, portanto, à soberania nacional. Do ponto de vista do direito interno, as terras devolutas não são terras de propriedade pública e nem de propriedade privada, mas estão

sujeitas ao domínio público em sentido amplo, pois se destinam à distribuição, predominantemente, para a iniciativa privada.

A distribuição das terras devolutas está nas mãos do Estado porque a este cabe realizar a justiça distributiva e, como se viu ao longo desse trabalho, a distribuição só pode ser feita por um ente supraindividual, cabendo a ele tratar com desigualdade os desiguais, na justa proporção da desigualdade verificada. A relação dos particulares, candidados ao recebimento das glebas de terras, em face do Estado é de subordinação, assim como ocorre na distribuição de qualquer outro bem ou serviço público. O Estado, no exercício da sua supremacia, pode adicionar ou subtrair bens ou serviços a qualquer dos pratos da balança, de modo a tornar justa a relação e a proporção. Nessa linha, não deve o Estado distribuir terras ou habitações além das necessidades do particular, pois poderá faltar a outros que delas necessitem. Evidentemente, a necessidade deve ser observada diante do planejamento estatal de ordenação do território, pois o que é muito, numa determinada região, pode ser pouco em outra região.

De forma diversa, entre os particulares, depois que receberem suas glebas de terras, se houver alguma transferência dominial, a interveniência do Estado nessa relação é de mera coordenação, pois entre os particulares busca-se a realização da justiça comutativa, consistente em tratar com igualdade os iguais. Por isso, no campo do direito privado, preservadas as exceções, o Estado não ostenta supremacia em relação ao particular, ou seja, o Estado não pode adicionar ou subtrair nada de qualquer dos pratos da balança. A relação de coordenação à qual nos referimos se limita ao estabelecimento de formas da relação obrigacional, de limitação

dos objetos daquelas relações e, em casos específicos, estabelecendo efeitos jurídicos dela decorrentes.

O regime jurídico das relações entre os particulares, pelo que se pode extrair da cultura romana, brota dos costumes, mas este se assenta numa forma de organização social. Tão logo essa organização social alcance um determinado nível de complexidade, surgem as estruturas supraindividuais, de onde emana o direito público.

No direito romano, o *pater família* tinha a propriedade dos bens próprios de sua família e estes bens tiveram uma origem privada, mas depois, com a expansão romana, as terras conquistadas receberam um regime jurídico de transição, pois aquelas terras não pertenciam aos cidadãos romanos e sim eram resultantes da ocupação por parte do Império Romano. Não eram privadas, mas também não eram públicas, apresentando-se como terras vagas, semelhantes às terras que no Brasil receberam o nome de devolutas. Na sequência da ocupação romana, seguiu-se a colonização e, portanto, a distribuição das terras vagas aos colonos romanos, instituindo, no início, a propriedade privada, no modelo romano, e, numa fase mais avançada daquela civilização, a criação do *ager publicus*. Note-se que o Direito, por si, acompanha a evolução social sem perder a sua unidade e ordem, de modo a constituir-se em um ordenamento jurídico dinâmico.

Esse regime jurídico, de forma ordenada, inspirou a disciplina jurídica dos bens em todos os ordenamentos jurídicos seguidores do sistema *civil law* e, como se viu no capítulo I desse trabalho, Portugal teve, e continua a ter, um ordenamento jurídico baseado na forma ordenada das regras dos romanos. Assim como se viu entre os romanos, a organização fundiária portuguesa não foi

um mar de almirante, o que levou o velho reino a adotar medidas duras e, entre elas, a *Lei das Sesmarias*.

Ao Brasil houve a transposição do ordenamento jurídico português, com as adaptações à peculiaridade da Colônia, e nele se encontra a semente da ordenação jurídica do território brasileiro, no qual os bens devolutos, notadamente, as terras devolutas adquirem singular importância, pois estão na raiz da formação territorial brasileira e na construção de parte dos direitos individuais, que viriam a ser positivados séculos mais tarde.

Ora, se o direito é também experiência, como lecionou Miguel Reale⁶⁰³, não se poderia esperar outra postura por parte da Coroa Portuguesa que não fosse a adoção de um sistema jurídico já experimentado, antes do início das Grandes Navegações.

O sistema de capitanias e de sesmarias, mereça ou não críticas, foi um sistema positivo, pois o direito que o regia era decorrente das posições sociais e econômicas da época. Era, na linguagem de John Austin⁶⁰⁴, um direito positivo decorrente das posições ocupadas pelas pessoas na estrutura social. Tinha, por si, uma finalidade, como se verá adiante.

A finalidade do sistema de capitanias e de sesmarias, utilizado na colonização, à semelhança do que já havia ocorrido entre os romanos, tinha por escopo a criação de um sistema de

⁶⁰³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 183-188.

⁶⁰⁴ “Das leis ou regras estabelecidas por homens para os homens, algumas são estabelecidas por superiores políticos, soberano e súdito; por pessoas que exercem governo supremo ou subordinado, em nações independentes, ou sociedades políticas independentes. Agregado das regras assim estabelecidas...é a matéria pertinente do direito. Mas, contradistinguindo da lei natural, ou da lei da natureza (significando essas expressões a lei de Deus), o agregado das regras, estabelecido por superiores políticos, é, com frequência, denominado lei positiva, ou lei que existe por posição...” (AUSTIN, John. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 337).

propriedade privada, sem descuidar da reserva das propriedades públicas indispensáveis ao funcionamento das instituições do reino. Entre as opções disponíveis a Dom João III, diante da escassez de recursos econômicos, entendeu por bem o Monarca de adotar o sistema de capitânicas e sesmarias, o que implicaria, necessariamente, na constituição de um sistema fundiário baseado na propriedade privada, mas sob o controle do Soberano, através de seus capitães. Não foi um casuísmo, repita-se, pois o sistema de sesmarias já havia sido utilizado em solo português europeu.

O regime de transição das terras sob o domínio amplo da Coroa Portuguesa para os particulares, com a exclusão da roupagem contemporânea, continua muito semelhante, com a substituição das cartas de sesmarias por contratos de concessões de direito real de uso resolúvel. Implementadas as condições resolúveis, o direito real de uso é convertido em direito de propriedade, concentrando-se nas mãos do particular todos os atributos da propriedade privada. O começo, o meio e o fim são os mesmos, embora com disciplinas jurídicas mais abstratas.

De diferente, nota-se que a propriedade privada, consagrada nas Constituições contemporâneas como um direito individual, onde se evidencia uma relação de sujeição da coisa ao poder do indivíduo, não pode se converter em um direito de um indivíduo sobre pessoas, como ocorria na época. O homem já não é mais objeto de propriedade, mas sim uma individualidade em si mesma, merecendo, como tal, a atenção do Estado.

A solução encontrada no período da colonização por Dom João III, ou seja, atribuir ao particular a propriedade hereditária, continua em vigor, mas com nova aparência jurídica, pois a Constituição Republicana de 1988 garante o direito de

propriedade (Art. 5.º, inciso XXII) e a sua hereditariedade, através da garantia do direito de herança (Art. 5.º, inciso XXX).

A dinâmica jurídica cuidou de refinar a necessidade de ocupação da terra, atribuindo a essa ocupação funções aparentemente novas, mas que já estavam implicitamente no bojo das regras de colonização.

É nesse contexto que as terras devolutas, além da sua destinação econômica, se prestam à materialização do direito social ao trabalho e à moradia (art. 6.º da CRFB), satisfazendo ainda a exigência de constituição da propriedade privada.

A finalidade das terras devolutas, portanto, não mudou na essência, mas sim na aparência. Na colonização portuguesa, todas as terras descobertas estavam domínio amplo do Coroa e esta, por delegação, concedia aos seus capitães o poder de distribuí-las aos particulares que tivessem interesse e condições econômicas de torna-las produtivas. Em outras palavras, as terras saíam do domínio público em sentido amplo e ingressavam no domínio privado, passando por uma fase de transição, que era o procedimento de concessão das sesmarias, período no qual a propriedade era resolúvel. O acréscimo que se nota é a criação, pelo artigo 7.º, do Decreto-lei n.º 271/67, do direito real de uso resolúvel na fase intermediária, que tem acesso ao registro de imóveis (art. 167, inciso I, alínea 40, da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973⁶⁰⁵).

Não é despiciendo alertar que nem todas as terras de domínio público do Coroa portuguesa ou do Império, após a independência política, se tornaram automaticamente terras de domínio público em sentido estrito (terras públicas). É o caso, a

⁶⁰⁵ Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>.

título de exemplo, das terras da Fazenda Imperial São João de Ipanema, localizada no Estado de São Paulo, onde Dom João VI criou, em 1810, a Real Fábrica de Ferro Ipanema, mas em terras primitivamente dadas em sesmaria a Afonso Sardinha, no século XVI, e abandonadas se tornaram devolutas, embora tenha sido ocupada pelo Poder Público. Por isso, a conclusão a que chegou Eliel Ramos Maurício⁶⁰⁶, debruçado sobre o tema, é de que, à luz do ordenamento constitucional vigente, aquelas terras eram devolutas da União e careciam de discriminação pela pessoa jurídica de direito público competente.

A justiça na constituição de um sistema fundiário deve ser examinada no momento da sua implantação. No início do processo de colonização do Brasil, não havia disputa por terras, mas sim o desinteresse pela ocupação, enquanto que o proprietário por direito de conquista, a Coroa portuguesa, por si, não tinha condições e recursos econômicos para ocupar a terra e torna-la produtiva. Então, a Coroa, no uso da sua soberania, delegou à Ordem de Cristo a elaboração do projeto de colonização, adotando-se o sistema de capitanias e de sesmarias. A primeira, com características essencialmente públicas, e a segunda, com características essencialmente privadas. Note-se que, do ponto de vista aristotélico, num primeiro momento, a relação jurídica é de subordinação, com a Coroa, titular do domínio em sentido amplo, distribuindo as terras aos seus súditos e o fazendo de forma desigual aos desiguais, pois os locais eram diferentes, assim como

⁶⁰⁶ MAURÍCIO, Eliel Ramos, CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *Ação discriminatória. Terras devolutas*. Bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. Afetação e desafetação. Aquisição do domínio. Ação de usucapião. Extinção do processo com fundamento na ausência de interesse da municipalidade para propor ação. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 174, p. 143-150, 1996

as qualidades físicas e químicas da terra. A justiça, naquele primeiro momento, era entre desiguais, o que a caracterizava como distributiva, pois a Coroa tinha a supremacia sobre o súdito. Tão logo formalizada a concessão da terra e transferida a propriedade, se houvesse qualquer outra relação jurídica entre particulares, a função da Coroa nessa relação eram de mera coordenação.

De início, a relação da Ordem de Cristo com os súditos aparentava ser uma relação entre particulares, mas é só aparência, pois a Ordem era uma instituição de Estado, tendo o próprio Monarca como Grão-Mestre. Então já havia ali uma relação de subordinação do súdito em relação à Coroa e, na distribuição de bens, no caso as terras devolutas, a justiça era de natureza distributiva. Essa relação não se modificou, repita-se, com o tempo, pois o que se modificou foram apenas os sujeitos. A Coroa foi substituída pela República Federativa do Brasil, a Ordem de Cristo foi substituída pelos Estados e Municípios, enquanto que os súditos se tornaram os administrados.

A face do Estado contemporâneo brasileiro já se mostrava naquele momento da formação do sistema agrário. O conteúdo do domínio público, naquele momento, já se podia vislumbrar como amplo, do ponto de vista do direito externo, e estrito, do ponto de vista do direito interno, ao lado do domínio privado que se instituía.

Note-se que há uma fase de transição entre o sistema de subordinação e o sistema de coordenação, ambos baseados na concessão e ocupação da terra, e, por isso, as terras devolutas, ainda hoje, não são públicas e nem privadas, pois se localizam nessa zona de transição.

De outro lado, já feita a colonização, havendo a necessidade de reformar o sistema agrário, a justiça retoma a sua feição de supremacia, pois desde o início o Estado age como tal, ou seja, na supra individualidade. A relação jurídica já não é de coordenação, mas sim de subordinação, pois o destinatário da terra não é igual ao proprietário do imóvel, que será sempre o Estado. É uma relação distributiva, típica da justiça entre os desiguais. A relação de subordinação, no caso da distribuição de bens devolutos, é necessária, pois o Estado, em múltiplas ocasiões, se verá diante da necessidade de revogar o direito de uso do bem transferido ao particular e a até negar-lhe a constituição do direito de propriedade sobre o bem distribuído.

O titular do imóvel destinado à reforma agrária será sempre o Estado, pois sendo privado o bem imóvel, será necessário, antes de qualquer outra providência, desapropriá-lo por interesse social (art. 184 da CRFB). Caso a terra destinada à reforma agrária seja devoluta, é necessário discrimina-la e, concluído o processo de discriminação, a propriedade é imediatamente transferida ao Estado. Não é demais repetir que não existem terras devolutas discriminadas, pois, tão logo discriminada, a terra ingressa na propriedade pública.

O artigo 188 da Constituição Republicana de 1988 fala em destinação das terras devolutas para a reforma agrária, o que deve ser interpretado como a finalidade última da terra, ou seja, a discriminação da terra devoluta é feita com a finalidade de uma reforma agrária. Se a terra for devoluta, não é reforma agrária, mas sim formação agrária, pois a terra nunca foi ocupada. Até mesmo se a terra já distribuída, mas cuja propriedade não tenha sido

transferida ao particular, for retomada pelo Estado, ela não será mais devoluta e sim terra pública.

A finalidade do direito⁶⁰⁷ e, portanto, da instituição jurídica de um sistema agrário é manter a paz social, organizando os interesses de acordo com a escala dos valores constitucionais. O objeto do direito se resume, como fim último, em harmonizar os interesses e os direitos fundamentais, notadamente a liberdade⁶⁰⁸, que é sempre escorregadia e multifacetada, acarretando uma diversidade de abordagens jurídicas e, conseqüentemente, de doutrinas sobre determinada matéria. Ocorre que essa diversidade de abordagens, decorrente da liberdade, exige um poder supra individual que ordene as relações entre os indivíduos, harmonizando os interesses, possibilitando assim a paz e a convivência entre eles. Aqui se verifica que, embora os bens devolutos não sejam de propriedade pública, é necessário que estejam sob a disciplina jurídica imposta por um poder supra individual, no caso o Estado, possibilitando assim que o conflito de liberdades individuais seja afastado ou, pelo menos minimizado⁶⁰⁹. A apropriação individual de bens, incluindo as terras, do ponto de vista primitivo, é um exercício da liberdade individual. A ideia de um primitivo contrato social resta bem evidenciada quando se aborda a questão das terras devolutas. Se cada indivíduo, sem qualquer ordem, se julgar no direito de se apropriar de qualquer bem de seu interesse, o conflito individual é

⁶⁰⁷ IHERING, Rudolf Von. *Der Zweck in Recht*. Erster Band. Dritte durchgesehene Auflage. Leipzig: Druck Und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1983, p. 43-45.

⁶⁰⁸ HEGEL, G.W.F. *Filosofia do Direito*. Tradução de Paulo Meneses et al. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2010, p. 56.

⁶⁰⁹ DEWEY, John. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 512.

inevitável. Por isso, é necessário um poder supra individual que distribua os bens de acordo com critérios previamente conhecidos. É, na essência, essa a lição de Marcello Caetano⁶¹⁰.

O Estado, como é cediço, tem as suas ações regradadas pelo direito administrativo e, com base nessa atuação regradada, irá, com a observância de uma proporcionalidade, distribuir as terras existentes, tratando com desigualdade os indivíduos desiguais, numa relação de justiça distributiva. Repita-se, o campo da justiça distributiva é o território do reinado do direito público, notadamente do direito administrativo.

As terras, ditas devolutas, nunca foram objetos de propriedade, pois aquelas que já o foram não são mais devolutas. Aparenta ser uma *res nullius*, mas não o é, porque sujeita ao domínio público em sentido amplo. Aquelas que já foram objeto de propriedade e foram abandonadas, constituem a espécie *res derelicta*, do ponto de vista do direito interno, mas, se por algum título for arrecadada pelo Estado, ingresso no estoque das terras públicas. Estas, ressalto, não são terras devolutas, mas sim terras de propriedade pública. A propriedade pública, pelo raciocínio que desenvolvemos, é espécie do gênero domínio público em sentido estrito.

Em síntese, a finalidade da supremacia estatal na disciplina da distribuição dos bens devolutos é proporcionar a paz social.

A segurança das relações jurídicas atesta a eficácia do ordenamento jurídico. A violação de qualquer preceito jurídico, por si, demonstra a sua eficácia, pois só haverá violação quando o

⁶¹⁰ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 418.

ordenamento jurídico reagir. Se não houver uma reação do ordenamento jurídico a uma violação qualquer, a sua morte e, portanto, a sua ineficácia se tornará evidente.

É conhecido o grande elenco de conflitos fundiários, muitas vezes com motivações políticas, nas regiões brasileiras onde as terras devolutas foram irregularmente ocupadas, reclamando do Estado uma atuação imediata de assentamento e regularização dos conflitantes, onde isso é possível, restabelecendo a segurança jurídica.

A finalidade da distribuição de bens e serviços, por parte do Estado, é, também, a preservação da segurança jurídica e a demonstração da eficácia do Direito com um todo. Os tributos decorrentes da relação de subordinação do Estado em relação aos administrados serão usados para distribuir justiça entre os desiguais, de modo que toda a sociedade permaneça em equilíbrio e com o mínimo possível de conflitos. Nesse contexto, não se dispensa a legalidade.

Não se olvide do caráter utilitarista da lei fundiária, aqui incluindo as leis que regulam a distribuição e o uso dos bens devolutos, especialmente da terra, pois isso nada mais é que o fortalecimento jurídico dos vínculos sociais. A regularização fundiária é útil e necessária como forma de solidificação dos vínculos sociais, não deixando ao largo o bem-estar do indivíduo, na direção da virtude do equilíbrio e da sustentabilidade⁶¹¹. Em harmonia com a nossa sustentação, o artigo 193, da Constituição Republicana de 1988, dispõe que: “*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*”. O

⁶¹¹ MILL, John Stuart. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 370.

trabalho, o bem-estar e a justiça promovem a dignidade do homem na vida em sociedade. Por isso, é sempre almejada.

A oposição entre os direitos individuais e os direitos sociais é apenas aparente, pois do equilíbrio entre ambos decorre os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Numa síntese, é possível dizer, embora redundante, que é o direito individual e o direito social se harmonizando em torno do indivíduo.

O direito de propriedade, como domínio privado, é reconhecido pelo Estado contemporâneo, até a si mesmo, para, em seguida limita-lo, em benefício da sua própria existência. O domínio público, em sentido estrito, como sinônimo de propriedade, só tem sentido jurídico quando almeja o bem comum, pois o Estado não é um fim em si mesmo. Na mesma linha, o domínio privado, este sempre em sentido estrito, só tem a sua dignidade reconhecida pelo Estado porque do seu uso adequado decorre, também, o bem comum.

Sem os recursos públicos, não há meios de produzir o bem comum. Para tanto na obtenção desses recursos econômicos, a experiência histórica portuguesa, adquirida com a retomada cristã da Península Ibérica, foi determinante, pois o estoque de terras em poder da Coroa, sem o concurso privado, não se traduziu em riqueza estatal, levando-a a adoção do sistema de sesmarias, transposto séculos depois para a Colônia. O sistema permitiu a sustentação do reino e, com as atualizações já testilhadas, concede ao Brasil os recursos mínimos para a promoção do bem comum.

Na atualidade, as exigências ambientais atribuem um caráter público à propriedade da terra, pois a destinação comum do seu uso inviabiliza, em áreas específicas, a instituição da propriedade privada. Por isso, as reservas ambientais são

instituídas em terras de propriedade pública. Mesmo se instituídas sobre terras devolutas, tão logo demarcadas e discriminadas, aquela qualificação jurídica desaparece, incidindo a qualificação jurídica tradicional, dividindo os bens entre públicos e privados. Em outros termos, se o Estado reconheceu a terra como sua, desaparece a qualidade de terra devoluta. Ainda assim, a terra devoluta, enquanto permanece nessa qualidade, tem uma função ambiental passiva, pois, se não degradada, contribui com a geração dos créditos de carbono.

É comum verificar, nas ações de usucapião, quando ocorre a intervenção da Fazenda Pública, a alegação de que determinada gleba de terras, em tempos passados, fora de terras devolutas, o que não lhe socorre, pois não houve a discriminação em tempo hábil e não havia, antes da promulgação da Lei Imperial 601/1850, nenhum impedimento à aquisição das terras devolutas por usucapião. Somente a partir do início de vigência daquela lei é que foi estabelecida a forma de aquisição da propriedade sobre as terras devolutas, vedando-se a sua aquisição pela usucapião. Como, normalmente, não é possível saber quando houve a apropriação privada daquela gleba, a presunção legal é de que se trata de terra privada, pois o artigo 98 do Código Civil Brasileiro, diz que toda propriedade que não for pública, será propriedade privada. Assim é porque a finalidade das terras devolutas, lembramos mais uma vez, era a constituição da propriedade privada.

Por isso, a propriedade pública é a exceção, enquanto que a propriedade privada é a regra, em favor da qual milita a presunção, pois, como é regra de direito, a exceção deve ser sempre provada. Não havendo prova, diga-se discriminação, demarcação ou matrícula, a propriedade da terra será presumida como privada.

Não havendo provas da propriedade pública ou da ocupação pública da terra, antes da vigência da Lei n.º 601/1850, a presunção é de que a terra seja devoluta, mas se já estiver ocupada e não houver provas da data da ocupação, a presunção militará em favor da propriedade privada, podendo ser adquirida por usucapião. A presunção em favor da propriedade privada desaparecerá diante de provas de que a ocupação ocorreu depois de 1850, notando-se que, a partir dali, não é possível a usucapião de terras devolutas.

Embora a redação constitucional brasileira seja semelhante à redação da Constituição italiana (artigo 42)⁶¹², a legislação infraconstitucional se distingue, na medida em que na Itália é admitida, por lei ordinária, a instituição da propriedade coletiva⁶¹³, o que foi regulamentado pela Lei n.º 168, de novembro de 2017⁶¹⁴, enquanto que, no Brasil, o legislador constituinte não

⁶¹² “Articolo 42: La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.”.

⁶¹³ NABAIS, José Casalta. *Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do ‘Civil Law’* in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, *Studia Iuridica* 61, ad honorem I, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 223.

⁶¹⁴ “Riconoscimento dei domini collettivi.

1. In attuazione degli articoli 2, 9, 42, secondo comma, e 43 della Costituzione, la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie:

- a) soggetto alla Costituzione;
- b) dotato di capacità di autonormazione, sia per l'amministrazione soggettiva e oggettiva, sia per l'amministrazione vincolata e discrezionale;
- c) dotato di capacità di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come comproprietà inter-generazionale;
- d) caratterizzato dall'esistenza di una collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente o collettivamente, su terreni che il comune amministra o la comunità da esso distinta há in proprietà pubblica o collettiva.

delegou ao legislador ordinário nenhuma competência nesse campo, salvo para as desapropriações e a instituição de condomínios privados.

A coletividade, à qual se defere o domínio coletivo⁶¹⁵ italiano, é especificada pelo Poder Público, ou seja, pela Administração Pública do território em que é localizada, com personalidade jurídica de direito privado. Então, a propriedade culmina por ser privada, mas de uso coletivo.

A disciplina jurídica da propriedade coletiva italiana é semelhante à disciplina jurídica dos baldios em Portugal⁶¹⁶, mas nenhuma das duas disciplinas, em ordenamentos jurídicos diferentes, se assemelha à disciplina jurídica das terras devolutas no Brasil.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a concessão de direito real de uso das terras devolutas, mas de forma temporária, com a finalidade transitória de constituir a propriedade privada. Aliás, se a terra já foi discriminada, perdeu a sua qualidade de devoluta, tornando-se propriedade pública. Mesmo em assentamentos, oriundos do atendimento aos pleitos dos chamados movimentos sociais, a propriedade é concedida em caráter individual. Não se conhece, no ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade social, como existiu na extinta Iugoslávia⁶¹⁷. Mesmo as

2. *Gli enti esponenziali delle collettività titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria.*”.

⁶¹⁵ NERVI, Pietro, CALICETI, Eugenio, IOB, Mauro. *Beni e domini collettivi: la nuova disciplina degli usi civici*. Milano: Key Editore, 2019, p. 187-214. E-book Kindle).

⁶¹⁶ Lei nº 75, de 17 de agosto de 2017.

⁶¹⁷ A Constituição da Iugoslávia, promulgada em 1974, disciplinou a propriedade social com a seguinte redação: “Ninguém, nem uma autoridade local, nem organização da força de trabalho unida ou trabalhador individual, é portador de título de propriedade sobre os meios sociais de produção. De acordo com isso, ninguém

terras destinadas à ocupação das etnias indígenas tradicionais não são coletivas, pois são terras públicas de usufruto especial daquelas etnias.

As terras devolutas no Brasil têm feições jurídicas próprias, que fogem ao significado semântico da expressão *devolutas*. São terras que estão sob o domínio público em sentido amplo, mas apenas para fins de soberania, pois o Estado delas só pode dispôr, não lhe cabendo o exercício dos demais atributos da propriedade. Caso pretenda dar-lhes outra destinação, automaticamente tornar-se-ão terras públicas, pois é a fase inicial do regime de transição para a propriedade privada. Nada impede, por exceção, que permaneçam como terras públicas, caso não transitem para a propriedade privada.

As terras ocupadas de forma irregular, nas áreas urbanas ou rurais, devem ser regularizadas. É necessária a regularização da ocupação, com a construção ou instalação da infraestrutura pública necessária à destinação do imóvel, ou o reassentamento dos ocupantes, onde não seja possível a regularização ou que esta seja contrária ao bem comum.

Há de se notar ainda que não se confundem as terras devolutas com as terras pertencentes à Igreja Católica, pois estas não são devolutas e sim de propriedade da Santa Sé. A igreja é vista como a maior proprietária de terras no Brasil⁶¹⁸, por conta de doações, por ato entre vivos ou *mortis causa*, e muitas dessas terras estão em áreas urbanas que são irregularmente ocupadas, mas são terras de propriedade privada.

obtem títulos de propriedade sobre produtos do trabalho social ou pode dispor das forças produtivas sociais o determinar a sua distribuição”.

⁶¹⁸ ARAÚJO, Samuel Luiz. *A Santa Sé como um Estado e proprietária de imóveis no Brasil*. São Paulo: PUSP, 2015 (tese de doutorado), p. 94-134.

Por fim, o que resta é observar que as terras devolutas se sujeitam a um regime jurídico peculiar, pois do ponto de vista do direito externo, é um bem de domínio público em sentido amplo, sujeito à soberania do País. Do ponto de vista interno, não é um bem sob o domínio público em sentido estrito, mas sim sob a tutela do Estado para fins de ordenação da ocupação do território nacional, o que lhe confere a posse *ad interdicta* daquelas terras, legimando-o ao manejo dos interditos possessórios em caso de turbação ou de esbulho, conforme expusemos no capítulo III, item 3.1. Nessa finalidade de ordenamento do território nacional, o Estado, observados os critérios de conveniência e oportunidade, pode transferir as terras devolutas aos particulares, reservando as glebas necessárias a instalação dos equipamentos públicos, que serão de domínio público em sentido estrito, incluindo as áreas necessárias à defesa nacional.

Não são poucos os autores que tendem a classificar as terras devolutas como bens públicos dominicais, como fez Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao sustentar que o conceito de terras devolutas permanece ainda o mesmo da Lei de Terras de 1850, ou seja, *“as que, incluídas no domínio público, não receberam qualquer uso público nacional, estadual ou municipal. São, portanto, bens públicos dominicais, inafetados”*⁶¹⁹. Ocorre que, a despeito da autoridade doutrinária, as terras devolutas não são bens públicos dominicais, salvo se considerarmos o domínio público em seu sentido amplo, como expressão da soberania nacional e, conseqüentemente, como domínio nacional, o que permitiria inclui-las na classificação do artigo 98 do Código Civil brasileiro. Ainda assim, o artigo 1.225,

⁶¹⁹ *Curso de Direito Administrativo*. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 294.

inciso I, do mesmo Código não usa a expressão “*pertencente*”, mas sim a expressão propriedade com um direito real, dispondo, no artigo 1.227 que os direitos reais só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Logo, para ser de domínio público em sentido estrito, ou seja, propriedade pública, a gleba deve constar do registro de imóveis, deve ter uma matrícula, onde esteja perfeitamente discriminada. No caso das terras urbanas, a abertura da matrícula só é possível após a demarcação (discriminação) administrativa da área (art. 195A e 195B da Lei n.º 6.015, de 31.12.1973), por solicitações do Estado-membro ou do Município, e no caso das terras devolutas rurais a abertura da matrícula é regida pelo artigo 13 da Lei n.º 6.383, de 07 de dezembro de 1976⁶²⁰, que dispõe o seguinte: “*Encerrado o processo discriminatório, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA providenciará o registro, em nome da União, das terras devolutas discriminadas, definidas em lei, como bens da União*”. Se a discriminação for para fins de loteamento rural, a matrícula terá por fundamento o artigo 167, inciso I, alínea 19, da Lei n.º 6.015/73, e caso não seja para fins de loteamento, o fundamento para a abertura da matrícula será o artigo 167, inciso I, a alínea 23 da mesma Lei, combinado com o artigo 13 da Lei n.º 6.383/76.

Portanto, somente com a abertura da matrícula é que as terras devolutas adquirem a qualidade de propriedade pública e, portanto, ingressam no domínio público em sentido estrito. Antes disso, integram o domínio público em sentido amplo, figurando o Estado como seu possuidor para fins de proteção possessória e

⁶²⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16383.htm>.

porque compete ao mesmo Estado a função distributiva de bens públicos e a ordenação da ocupação do seu território.

Não se sabe, com precisão, qual a dimensão das terras devolutas no Brasil, pois o sistema registrário não contempla aquelas terras, razão pela qual a estimativa é de que o estoque daquelas terras seria a totalidade do território do País, menos as propriedades públicas e privadas devidamente registradas. O georeferenciamento rural, cujo manual foi lançado pela Portaria n.º 2.502, de 22 de dezembro de 2022⁶²¹, tende a oferecer dados para um conhecimento mais preciso do estoque de terras devolutas. É uma situação peculiar aos países que ainda estão com a ordenação territorial em andamento, entre os quais se inclui o Brasil.

Eis, pois, o que nos propusemos a estudar sobre a origem, o regime jurídico e a finalidade das terras devolutas no Brasil.

⁶²¹ Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.502-de-22-de-dezembro-de-2022-453124660>>.

BIBLIOGRAFIA

ABE, Nilma de Castro. *O domínio da União sobre terras devolutas*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 31, 2000, São Paulo, p. 216-223.

AGUILAREA, Thomas. *Gouverner Les Illégalismes Urbains*. Paris: Dalloz, 2017.

ALBERNAZ, Victor Hugo. *Direito administrativo*. Ribeirão Preto: [s.c.p.], 1983.

AL-AMIR, Sheik Ahmad. *Sharia(Lei) no islamismo, no cristianismo e judaísmo*. Disponível em <<https://www.islamland.com/uploads/books/Sharia-por.pdf>>. Acesso em 21.02.2020.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1978. 2 v.

_____. *Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ALEXANDRATOS; BRUINSMA, J. *World Agriculture towards 2030/2050: the 2012 revision*. Roma: FAO-2012, 2012, p. 10-12. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-ap106e.pdf>.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALFONSO-GOLDFARB, A. M. Atanadores, cimitarras, minaretes: cultura árabe como tecido do saber sob o céu “medieval”. *Revista da SBHC*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 34, jan/jun. 1991.

ALMEIDA, Cândido Mendes. *Código Philipino ou Ordenações e Leis de Portugal*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. V. VII.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Noções de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908-1910. 2 v.

ALMEIDA, Paulo Guilherme de. *Aspectos jurídicos da reforma agrária no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990.

_____. *Temas de direito agrário*. São Paulo: LTr, 1988.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Sesmarias e Terras Devolutas*. Brasília: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 40, n. 158, abr./jun, 2003.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo do Couto. *Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica*. 2.^a ed. rev. amp. Porto Alegre: SAFE, 2001.

ALVAREZ-GENDIN Y BLANCO, Sabino. *Manual de Derecho administrativo español*. Barcelona: Bosch, 1954.

_____. *El dominio publico: naturaliza jurídica*. Barcelona: Bosch, 1956.

ALVES, José Carlos Moreira. *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito do urbanismo*. Lisboa: Almedina, 1993.

_____. *A utilização do domínio público pelos particulares*. Lisboa: Coimbra editora, 1965.

_____. *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1971.

_____. Classificação das coisas públicas in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. 2.^a ed. Lisboa: scp, 1990, v. II, p. 439.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

AMARAL, Diogo Freitas do, FERNANDES, José Pedro. *Comentários à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1978.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ANAWATE, Walter. *Noções de direito administrativo*. Franca: Comércio da Franca, 1969.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDRADE, Manuel. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1960.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. Para uma noção jurídica de ambiente. *Scientia Iuridica*, tomo 41, n.º 235-237, p. 77-94, jan./jun. 1992.

_____. *Procedimento administrativo de avaliação de impacto*

ambiental. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARAÚJO, Marinella Machado, PIRES, Cristiano Tolentino. *Usucapião de terras devolutas: uma interpretação que concretiza a função social dos bens públicos*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

ARAÚJO JÚNIOR, Luiz Ricardo Santana de, OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *A área para além das jurisdições nacionais e o seu regime jurídico*. In: *Direito do mar: Reflexões, Tendências e Perspectivas* (BORGES, Orlindo Francisco – Organizador). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil reais*. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Direitos de utilização da terra*. Lisboa: FDL, sdp. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-de-Oliveira-DIREITOS-DE-UTILIZACAO-DA-TERRA.pdf>>. Acesso em 22.04.2020.

ASSIS, Jacy de. *Ação Discriminatória*. São Paulo: Forense, 1978.

ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. *Direito fundiário brasileiro: ensaio, legislação urbana e rural, parcelamento do solo, registros*. São Paulo: Edipro, 2008.

AUBY, Jean Marie, DUCOS-ADER, Robert. *Droit administratif: la fonction publique, les biens publics, les travaux publics, l'expropriation, l'aménagement du terr*. 3.^a ed. Paris: Dalloz, 1973.

_____. *Contribution à l'Etude du domaine privé de l'Administration. Etudes et documents – Conseil d'Etat*, Paris, fasc. 12, p. 35, 1958.

AUBY, Jean-Marie, BOM, Pierre. *Droit Administratif des biens*. 3.^a ed. Paris: Dalloz, 1995.

AUSTIN, John. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

AZEVEDO, Bernardo de Mascarenhas Almeida. *Servidão de direito público – Contributo para o seu estudo*. Coimbra: scp (polic.), 2002.

AZEVEDO, Pedro de. *História da Colonização Portuguesa do Brasil: A instituição do Governo Geral*. V. III. In: *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, abr./jun., 1972.

BACHOF, Otto. *Direito administrativo*. Tradução de António F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

BAILLIÈRE, Paul. *Du domaine public de l'Etat*. Paris: Arthur Rousseau, 1882.

BALLBÉ, Manuel. Las reservas dominiales (princípios). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.4, ano II, p. 75, jan./abr. 1951.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira, TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2011.

BARAK, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

BARASSI, Ludovico. *La proprietà nel nuovo codice civile*. Milano: Giuffrè, 1943.

BARBALHO, João. *Comentários à Constituição de 1891*. Rio de Janeiro: scp, 1902.

BARBOSA, José de Arimatéia. *Aquisição da propriedade rural sobre terras devolutas: um enfoque a partir de sua função social*. Campo Novo dos Parecis (Brasil): Editora RB, 2021.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São

Paulo: Saraiva, 1934.

BARKHAUSEN, H. Etude sur la Théorie Générale du Domaine Public. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, ano 9, tomo 18, p. 401, jul./dez. 1902.

BARNI, Gianluigi. *Proprietà*. In: Novissimo digesto italiano. Torino: UTET, [s.d].

BARONGENO, Domiraide de Luca. Poder de polícia. *Revista de Direito público*, São Paulo, v. 4, n. 15, p.322-323, jan./mar. 1971.

BARROCA, João Antunes. *Os Baldios Portugueses*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (dissertação), 2018.

BARROS, Henrique da Gama. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885. t.I.

_____. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia da Academia Real das Sciencias, 1896. t. II.

_____. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia Castro Irmão, 1914. t. III.

_____. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia Castro Irmão, 1922. t. IV.

_____. *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1934. t. V.

BARROSO, Lucas Abreu (org.), MIRANDA, Alcir Gursen de (org.), SOARES, Mário Lúcio Quintão (org.). *O direito agrário na Constituição*. 3.^a ed. ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BASAVILBASO, Villegas Benjamin. *Derecho administrativo*. Buenos

Aires: Argentina, 1954. v. 5.

_____. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial TEA, 1952.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 7.

BELTRÃO, Antonio F. G. *Curso de Direito Ambiental*. 2.^a ed. São Paulo: Método, 2014.

BERTHÈLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9.^a ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920.

BEZERRA, André Augusto Salvador. *Direitos dos povos indígenas*. Unidade 3: direitos políticos, autonomia e autodeterminação. Brasília: Escola Nacional de Formação de Magistrados, 2021.

BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas (SP): Servanda, 2007.

BIELSA, Rafael. *Ciencia de la administración*. 2.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955.

_____. *Derecho administrativo*. 5.^a ed. Buenos Aires: Depalma, 1965.

BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BITTAR, Eduardo C.B. *História do Direito Brasileiro*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BLACK, Campbell N. *Handbook of american constitutional law*. 3.^a ed. [s.l]: Saint Paul, 1910.

BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Tradução Emanuel Lourenço Godinho. Lisboa: Edições 70, sdp.

BRANCA, Giuseppe. *Anchora sulle 'ResPublicae Iuris Gentium'* in: Studi in onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, 1951, p. 177, v. 1.

BRAZ, Petrônio. *Direito municipal na Constituição*. Leme: Livraria de Direito, 1994.

BODDA, Pietro. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, 1949. V. 1.

BONNARD, Roger Jules-Marie. *Précis de droit administratif*. 2.^a ed. Paris: Sirey, 1935.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 5.^a ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1912.

----- . *Scritti giuridici varii: proprietà e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918.

BORDELÓN, Serafín. Jordanés y la problemática de la gética. *Memorias de Historia Antigua*, Instituto de História Antigua. Oviedo (Espanha), v. 15-16.

BOTELHO, Osmar Severino. *História da Filosofia Moderna I*. Batatais (SP): Claretiano, 2013.

BUENO, Eduardo. *A viagem do descobrimento: um olhar sobre a expedição de Cabral*. Rio de Janeiro: I Brasil, 2006.

BULRRICH, Rodolfo. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Jesus Menendez, 1932.

CABRAL, Carlos Castilho. *Terras devolutas e prescrição*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1943.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10.^a .ed.

Coimbra: Coimbra/Almedina, 1999.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 10.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. V. II.

_____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. O problema da dominialidade dos bens afectos à exploração de serviços públicos concedidos. *O Direito*, Lisboa, n. 2, ano 73, p. 34, fev. 1941.

CAETANO, Marcelo. *As sesmarias no direito luso-brasileiro*. In Revista I.H.G.B. n.º 348, 1985, julho-setembro.

CAETANO, Marcelo. *História do Direito Português (séculos XII a XVI) seguida de subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no século XVI*. Lisboa: Editora Verbo, 2000.

CALHEIROS, José Matos. Margens dos rios navegáveis. Terrenos de marinha. Terras devolutas. Servidão administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 307-314, 1946.

Calmon, Pedro. *A Primeira Constituição do Brasil: Regimento de Dom João III a Tomé de Souza*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CANASI, José. *Poder de policía y cuestiones de jurisdicción: secuestro de libretas de conductor, automóviles, etc.* Buenos Aires: Depalma, 1963.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Direito Constitucional*. 6.^a ed. rev. Coimbra: Almedina,

1993.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2.^a ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo-Coimbra: Saraiva-Almedina, 2018.

_____. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: RT e Coimbra ed., 2007.

CARAMÊS, Brenda Rocha et al. *Análise jurídica da gestão de terras devolutas localizadas na faixa de fronteira*. Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, vol. 4, n. 1, p. 262, 2017.

CARRA, Évelyn. *As Sesmarias: do Reino à Colônia* (dissertação de mestrado). Coimbra: Gráfica da Universidade de Coimbra, 2020.

CARDOSO, Baenjamin Nathan. *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CARDOSO, Clodomir. As terras devolutas, inclusive as da fronteira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 247-253, 1944.

CARPI, Leone. *Spagna e l'Italia: politica, finanze, beni dele manimorte, banche, agricultura*. Torino: Cavour, 1865.

CARVALHO, Amphilophio de, BARRADAS, Joaquim da Costa. Terras devolutas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 423-428, 1904.

CARVALHO, Daniel de. Rios públicos. Domínio dos terrenos marginais. Terrenos de marinha, reservados e devolutos. Servidão pública. Ocupação temporária de terrenos não edificados, para fins de desapropriação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 103, p. 41-49, 1945.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os bens públicos no novo Código Civil. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 54-60, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASSESE, Sabino. *I Beni Pubblici. Circolazione e Tutela*. Milano: Giuffrè, 1969.

CASETA, Elio, FRACCHIA, Fabrizio. *Giustizia Amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2018.

CASSARINO, Sebastiano. *La destinazione dei beni degli enti pubblici*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè, 1962.

CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Traducción Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2014.

CASSETARI, Christiano. *Direito agrário*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Torquato. Discriminação das terras devolutas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 246-250, 1944.

CASTRO JÚNIOR, João Batista. A descoincidência jurídico-física entre as terras de quilombos e as devolutas de particulares. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, n. 111, p. 291-298, 2003.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

_____. *Instituições de direito administrativo brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. 2 v.

_____. *Tratado de direito administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v.3.

CENINI, Marta Silvia. *La proprietá della terra inquinata*. Milano: Giuffrè, 2017.

CÉSAR, Júlio. *Comentário sobre a Guerra da Gália*. Tradução Francisco Sotero dos Reis. São Paulo: Edições Cultura, 2001.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Amministrazione pubblica e diritto privato*. Torino: Giappichelli, 2012.

_____. *Linemaneti del diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 2014.

CHORÃO, Maria José Mexia Bigotte. *Doações e forais das capitánias do Brasil: 1534 – 1536*.

CHEPPA, Roberto, GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2018.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *El derecho a la ocupación del Dominio Público y de la Propiedad Privada Necesarios para el establecimiento de Redes Públicas de Telecomunicaciones* in: CHINCHILLA MARIN (Coord), *Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 93.

CHOUQUET, Marine. *Le Domaine Privé des Personnes Publics*. Paris: LGDJ, 2017.

CHITI, Mário P. *Diritto amministrativo europeo*. 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 2018.

CORDEIRO, Antonio. *A proteção de terceiros em face de decisões*

urbanísticas. Coimbra: Almedina, 1995.

CORREIA, Fernando Alves. *Estudos de direito do urbanismo*. Coimbra: Almedina, 1998.

CORREA, Neyde Falco Pires. *Bens públicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Elisson Pereira da. *Direito administrativo III: bens públicos, licitação, contratos administrativos e intervenção do Estado na propriedade privada*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Geraldo Gonçalves da. Usucapião: descabimento de usucapião de terras públicas ou devolutas. *Revista jurídica do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 243, p. 18-22, 1998.

COSTA, Hélio Roberto Novoa da. *Discriminação de terras devolutas*. São Paulo: Leud, 2000.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5.^a ed. rev. ampl. Coimbra: Almedina, 2018.

COSTA, Sandra. *O Islão em Portugal*. In: PINTO, Maria do Céu. *O Islão na Europa*. Lisboa: Editora Prefácio, 2006. p. 155-174. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13680/15498> >. Acesso em: 03.05.2022.

COSTA, porto. *O Sistema Sesmarial no Brasil*. Brasília: Ed. UnB, s.d.p.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 2.^a ed. Bauru: Edipro, 1999.

_____. *Histoire des Institutions Politiques de l'Ancienne France. L'Invasion Germanique et la Fin de l'Empire*. 3.^a ed. Paris: Hachette, 1911.

COUTINHO, Leonardo. A vida na redoma, *Revista Veja*, n.º 16, 25 abr. 2001.

CRETELLA Júnior, José. *Comentários à lei de desapropriação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Bens públicos*. 2.^a ed. São Paulo: LEUD, 1975.

_____. *Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Direito administrativo municipal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Direito administrativo perante os tribunais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

_____. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Tratado de desapropriação: fase judicial da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 2 v.

_____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 10 v.

_____. *Tratado de domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Curso de Direito Romano*. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Direito Administrativo Comparado*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990

CRUZ, Francisco João da. *Tratado de polícia*. São Paulo: Forense, 1932.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Terras Devolutas nas Constituições Republicanas*. Disponível em <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/terras-devolutas-nas-constituicoes-republicanas>>. Acesso em 23.04.2020.

DALARI, Adilson Abreu. Servidão administrativa. *Revista de direito público, São Paulo*, n.º 59, 1981.

_____. Uso de bens públicos. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul*, Campo Grande-MS, n. 12, p. 47-51, 2001.

D'ALESSIO, Francesco. *Instituzione di diritto amministrativo italiano*. 4.ed. Torino: UTET, 1949, 2 v.

DAHAN, Ludwig Julius Sophus Felix. *Rechtsphilosophische Studien*. Berlin: Otto Fante, 1883.

DAMERON, Audrey. *L'aménagement urbain*. Paris: L'Harmattan, 2017.

D'ARCY, François. *Construção europeia e transformações dos Estados europeus*. Franca: Unesp, 1999.

DEBEYRE, Geny, DUEZ, Paul. *Traité de droit administratif*. Paris: Daloz, 1952.

DELGADO DE MIGUEL. *Derecho Agrario Ambiental (propriedade y Ecologia)*. Pamplona: Aranzadi, 1992.

DEMENTHON, Henri. *Traite du domaine de l'Etat*. Paris: La Preparation administrative, s.d.

DEWEY, John. *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Demósthene de Oliveira. *Formação Territorial do Brasil*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1956.

DIAS, Jorge. *Rio de Onor: Comunitarismo Agropastorial*. Porto: Instituto de Alta Cultura, 1953.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1969.

DI NARDO, Alceu. Auto-executoriedade do ato de polícia. *Revista de Direito público*, São Paulo, v. 4, n. 18, p.185-189, out./dez. 1971.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 4.

DIP, Ricardo Henry Marques (org.), JACOMINO, Sérgio (org.). *Direito registral: registro imobiliário, aquisição da propriedade*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, v.3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da discricionariedade administrativa*. São Paulo: Lis, 1990.

_____. *Direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Direito administrativo*. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Poder de polícia. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 24, n. 98, p.90-93, abr./jun. 1991.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia, SUNDFELD, Carlos Ari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 7 v.

DITTRICH, Regina Iara Regis. Poder de polícia do município. *Revista de Direito público*, São Paulo, v. 21, n. 86, p.206-210,

abr./jun. 1988.

D'ORS, Álvaro. *La territorialidad del derecho de los visigodos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, p. 433. V. XXXI.

DROMI, José Roberto. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea-Depalma, 1987. v.2.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea-Depalma, 1995.

DUFAU, Jean. *Le domaine public*. 4.^a ed. Paris: Le Monteur, 1993.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2.^a ed. Paris: Fontemoing, 1923. T. 2.

DUROY, Stéphane. La sortie des biens du Domaine Public: Le Declassement *Actualité Juridique – Droit Administratif*, Paris, n. 11, p. 819, nov. 1997.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENTRENA CUESTA, Rafael. El dominio público de los hidrocarburos. *Revista de Administración Pública*, n, 29, p. 329, mai./ago. 1959.

ESMEIN, A. *Cours Élémentaire D'Histoire Du Droit Français*. 11.^a ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912.

EVANGILE, Cahiers. *Lois de l'ancien Orient*. Paris: Dumas, 1986.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, t. III.

FACHIN, Luiz Edson. Terras devolutas e a questão agrária brasileira. Anotações preliminares para um ensaio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 629, p. 52-63, 1988.

FALLA, Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. Madri: Instituto

de Estudos Políticos, 1958.

_____. *Las transformaciones del regimen administrativo*. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1958.

FALCÃO, Alcino Pinto. Do direito à indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas. *Revista de Direito público*, São Paulo, v. 4, n. 18, p.48-56, out./dez. 1971.

FALCÃO, Ismael Marinho. *Direito agrário brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação e prática*. Bauru: Edipro, 1995.

_____. Poder de Polícia e Poluição Sonora. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, v. 4, n. 16, p.73-88, abr./jun. 1971.

FASSA, Odenilson Roberto Castro, OLIVEIRA, José Carlos. Os diversos regimes jurídicos da propriedade imóvel no Brasil. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Mato Grosso do Sul*, Campo Grande-MS, n. 15, p. 113-128, 2004.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Da Propriedade Horizontal e Vertical*. Campinas (SP): CS Edições, 2003.

FELONIUK, Wagner. *Direito público na origem do Brasil: Organização Administrativa tributária, Governamental e judiciária das Capitâneas Hereditárias*. In: Rev. Brasileira de História do Direito, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 23-39, Jan./Jun. 2020.

FERNANDES, Edésio. *Direito do urbanismo: entre a cidade legal e a cidade ilegal*. In: Direito Urbanístico. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERNANDEZ FARRERES, Germán, et al. *La posicion del Tribunal Constitucional Español sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos y la ejecucion de sentencias condenatórias de las administraciones publicas*. Brasília: Centro de Estudos do Conselho

da Justiça Federal, 2003, p. 13-40.

FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERNANDES, José Pedro. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Lisboa, n. 1, ano XX, p. 25, jan./mar. 1973.

_____. Domínio Privado. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. 2.^a ed. v. IV. Lisboa: scp, 1991, p. 160.

_____. Domínio Público. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. 2.^a ed. v. IV. Lisboa: scp, 1991, p. 166.

_____. Propriedade Pública. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. 2.^a ed. v. VI. Lisboa: scp, 1991, p. 650.

FERNANDES, Raimundo Nonato. *Da concessão de uso de bens públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 118, nov., 1974, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 3.

FERRAND, Frèdèrique. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, 1997.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2003

FERRAZ JÚNIOR, Ari Rocha. *Usucapião sobre bens públicos*. Sorocaba-SP: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro:

Freitas Bastos, 1951.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Direito administrativo didático*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIORILO, Celso Antonio Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2.^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIORINI, Bartolome A. *La discricionalidad en la administracion publica*. Buenos Aires: Alfa, 1952.

_____. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1968. 2 v.

_____. *Poder de policia*. Buenos Aires: Alfa, 1957.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona-Madri-Buenos Aires: Laber, 1933

_____. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*. 4.^a ed. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1919.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Ciudad de Mexico: Porrúa, 1934.

FRAGOSO, João, GOUVÊA, Maria de Fátima. *O Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2014.

FRANCH I SAGUER, Marta. Imbricación del Dominio Público y Privado. *Revista de Administración Pública*, n. 139, p. 419, jan./abr. 1996.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *A propriedade urbana na nova ordem constitucional*. In: BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, 2003.

FREITAS, Gilberto Passos. As terras devolutas e o município. *Justitia*, Procuradoria Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, n. 130, p.77-111, 1985.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Usucapião das terras devolutas e a necessária reclassificação dos bens públicos. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, n. 60, p. 11-20, 1994.

_____. Usucapião de terras devolutas em face de uma interpretação constitucional teleológica. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, n. 121, p. 49-59, 1994.

FONSECA, Célia Freire. *Dicionário da História de Portugal: Sesmarias no Brasil*. Dirigido por Joel Serrão. Porto (Portugal): Figueirinhas, sdp. V. 5.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo, MILARÉ, Édis. *Manual de Direito Público e Privado*. 17.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FULGÊNCIO, Tito. *Da Posse e das Ações Possessórias*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V.1.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 15.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

_____. *Hermenêutica da obra de arte*. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

GALATERIA, Luigi. *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950.

GANDOLFO, Orlando Carlos. Poder de Polícia – Ato Administrativo – Executoriedade – Colocação de painéis à margem das estradas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 105, p.350-358, jul./set. 1971.

GANDAVO, Pero de Magalhães. *Tratado da Terra do Brasil: História da Província de Santa Cruz, a que vulgarmente chamamos Brasil*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008.

GARCIA, Paulo. *Terras devolutas*. Belo Horizonte: Livraria Oscar Nicolai, 1958.

GARAVAZO, Juliana. *Riqueza e Escravidão no Nordeste Paulista: Batatais, 1871-1887*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

GARCIA, Paulo F. *Terras devolutas, defesa possessória, usucapião, registro torrens, ação discriminatória*. Belo Horizonte: Oscar Nicolai, 1958.

GASCÓN Y MARÍN, José. *Tratado de derecho administrativo: principios y legislación española*. Madrid: C. Bermejo, 1952. 2 v.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Bens Públicos. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 6, p. 641-649, 2008.

GASPARINI, Diógenes, LADEIRA, Adiles Lorza. Terrenos de Marinha. Terras devolutas e processo discriminatório. Tombamento. Considerações. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 80, p. 174-178, 1986.

GENDIN, Sabino Alvarez. *Manual de derecho administrativo español*. Barcelona: Bosch, 1954.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma: Antiguidade Clássica III*. 8.^a ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

_____. *História dos Reinos Bárbaros: Idade Média III*. Petrópolis: Vozes, 1971. V. 2.

GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali: parte speciale*. V.4. Firenze: Eugenio e Felippo Cammelli, 1894.

GIUSTINIANI, Agostino. *Annali della Repubblica di Genova*. Genova: scp, 1537.

GLOTZ, Gustav. *A cidade grega*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1979.

GOMES, Carla Amado. *As operações materiais administrativas e o direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL, 1999.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Direitos Reais*. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. *O Regramento Jurídico*

das Sesmarias. São Paulo: LEUD, 2014.

GONÇALVES, Luiz Cunha. *Tratado de direito civil*. 2.ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. v.11.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. Sobre la crisis de concepto de Dominio Público. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 56, p. 191, mai./ago. 1968.

GONZÁLEZ GARCIA, Julio V. *La Titularidad de los Bienes del Dominio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

GOODNOW, Frank J. *Droit administratif*. Tradução de A. et. Gaston Jèze. Paris: V. Giard & E. Brière, 1907. Original Inglês.

GORDILLO, Augustin A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1991.

GOTTFRIED, Robert. S. *The black death: natural and human disaster in Medieval Europe*. New York: The Free Press, 1983.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Usucapião sobre terras públicas e devolutas*. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2017.

_____. *A importância do Regulamento da Lei de Terras do Império (Decreto n.º 1318, de 1854) para a compreensão das origens do domínio privado absoluto sobre as terras em Goiás*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de Goiás (PGE-GO), v. 28, 2013, p. 4.

_____. *Falhas no início do reconhecimento jurídico do domínio privado absoluto sobre terras no Brasil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, v. 39, n. 1, p. 95, jan./jun., 1995.

GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e

princípio da legalidade: o chamado “Direito alternativo”. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, v. 1, p.88-103, jan./mar. 1993.

GRILO, Marta Elisabete Almeida. *A geopolítica de Turquia: Potencialidades e riscos para a segurança europeia (Dissertação de mestrado)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018.

GROSSI, Paolo. *I demani civici e le proprietà collettive*. Padova: CEDAM, 1998.

GUGLIELMI, Vito José. *As terras devolutas e seu registro*. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 29, p. 86-114, 1992.

GUICCIARDI, Enrico. *Il demanio*. Padova: CEDAM, 1934

_____. *Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione*. Padova: CEDAM, 1953.

GUIMARAIS, Marcos Toyansk Silva. *Turquia: dicotomias e ambivalências de uma possível potência regional (Dissertação de mestrado)*. São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2007.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 11.^a ed. Paris: Sirey, 1927.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil: derechos reales*. Madri: Revista de derecho privado, 1955.

HEGEL, G. W. F. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis (RJ): Vozes, 2002.

HERCULANO, Alexandre. *História de Portugal*. Lisboa: Bertrand, 1980. V. III.

HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições: Época Medieval e Moderna*. Coímbra: Almedina, 1982.

HESPANHA, António Manuel. *Direito comum e Direito Colonial* in: *Panóptica*, ano 1, n. 3, P. 102-103. Disponível em :<
http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/DireitoComume

DireitoColonial.pdf.>. Acesso em 23.04.2022.

IHERING, Rudolf von. *Der Zweck in Recht. Erster Band. Dritte durchgesehene Auflage.* Leipzig: Druck Und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1983.

HOBBS, Thomas. *Leviatã.* Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

HORNE, Bernardino C. *Reforma Agraria em America y Europa.* Buenos Aires: Claridad, 1933.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Proprietà pubblica e Diritti Collettivi.* Padova: CEDAM, 1983.

JAMBREGHI, Vincenzo Caputi. *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici.* Napoli: Jovene Napoli, 1979.

JANSSE, Lucien. *Les traits principaux du regime des biens du domaine public.* Paris: F. Loviton, 1938.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo.* Buenos Aires: Depalma, 1949. 6 v.

_____. Définition du domanine public, *Revue du Droit Public*, t. 48, ano XXXVIII, p. 763, 1931.

JOLKESKY, Marcelo Pinho de Valhery. *Estudo Arqueo-ecolinguistico das Terras Tropicais Sul-Americanas.* Brasília: Universidade de Brasília, 2016.

JOSEPH, Miriam. *O Trivium.* Tradução Henrique Paul Dmyterko. São Paulo: É Realizações Editora, 2008.

JOURNÉ, Maurice. *Précis de Droit Administratif.* 3.^a ed. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1925.

JUNQUEIRA, Messias. *As terras devolutas na reforma agrária.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. Código de Águas. Faixa reservada para servidão pública, a margem dos rios navegáveis. Desde que ponto deve ser medida. Histórico da Legislação. Distinção entre enchente ordinária e inundação. Terras devolutas. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 81, p. 98-104, 1940.

JUNQUEIRO, Messias. *O Direito: terras devolutas*. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, v. IX, sdp, smp, p. 153.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública* 1, Escola Paulista da Magistratura, Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, no 58, p. 90, Abril-Junho/2021.

JUSTO, António dos Santos. *Precário: direito romano (breve referência aos direitos contemporâneos)*. Repositório das Universidades Lusíadas. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/2814/1/LD_13_2.pdf> Acesso em 10.04.2022.

KHAN, Siegmund Ulrich. *As Capitâneas Hereditárias, o Governo Geral, o Estado do Brasil – Administração e Direito quinhentistas*. Rivista de Ciência política, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 54, abr./jun. 1972.

KRASTANOV, Stefan Vasilev. *História da Filosofia Antiga*. Batatais (SP): Claretiano, 2013.

_____. *Metafísica I*. Batatais (SP): Claretiano, 2013.

KFOURI FILHO, Abrahão José. *Caderno de direito administrativo*. São Paulo: Terra, 1995.

LADEIRA, Adiles Lorza. Terras devolutas. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 81, p. 204-205, 1987.

LAFERRIÈRE, Julien. *Le droit de propriété et le pouvoir de police*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1908.

LAGRANGE, Maurice. L'Evolution du Droit de la Domanialité Publique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, ano 90, p. 5, 1974.

LANDIS, James M. *El poder administrativo*. Tradução de Enrique E. Bledel. Buenos Aires: Depalma, 1951.

LAUBAUDÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 2.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

_____. *Traité de droit administratif*. 7.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976. 4 v.

_____. *Traité élémentaire de droit administratif*. 3.^a ed. Paris: Librairie de droit et de jurisprudence, 1963.

_____. Domanialité Publique, Propriété Administrative et Affectation. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, v. LVI, p. 5, 1950.

LAZZARINI, Álvaro. Abuso de Poder X Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 203, p.25-39, jan./mar. 1996.

_____. Limites do Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p.69-83, out./dez. 1994.

LAZZARINI, Álvaro et al. *Direito administrativo da ordem pública*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LAVIALLE, Christian. L'Occupation sans Titre du Domaine Public. *Actualité Juridique – Droit Administratif*, Paris, n. 12, p. 563, dez. 1981.

LEAL, Aurelino d'Araújo. *Policia e poder de policia*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

_____. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Universal, 1857.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Sämtliche und Brief herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*. Darmstadt: Otto Reichl Verlag, 1933.

LEICHT, Pier Silverio. *Scritti Vari di Storia del Diritto Italiano*. Milano: Giuffrè, 1999.

LEITE, Yára Muller. *Da desapropriação*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

LEVIN, Alexandre. *Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1991.

_____. *Terras devolutas: história, doutrina, legislação*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935.

LISBOA, Marcos José Alves. *Lógica I*. Batatais (SP): Claretiano, 2013.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano: história sujeito e objeto do direito – instituições jurídicas*. Brasília: Gráfica do Senado Federal – Conselho Editorial, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1962. 6 v.

LÓPEZ DE AYALA, Juan de Contreras (Marques de Lozoya).

- Historia de Espanha*. Barcelona: Salvat Editores S.A, 1967. 6 v.
- LOS MOZOS, José Luís. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madri: Derechos Reunidos, 1993.
- LOUREIRO, Lourenço de Trigo. *Instituições de Direito Civil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1870 (edição em fac símile).
- LUZ, Edberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues, AGUIAR, Renan. *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MADEIRA, Hélcio Maciel França. *Digesto Justiniano: Livro I*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- MADRUGA, Manoel. *Terrenos de marinha*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.
- MAFFINI, Rafael. A Lei 13.465/2017, lei de regularização fundiária rural e urbana, e o direito administrativo. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 83, p. 553-570, 2017.
- MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. 4.^a ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MANGUEIRA, Maurício, BONFIM, Eduardo Maurício da Silva. *Força versus representação: o legado de Gilles Deleuze*. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 130, dez., 2014, p. 619-635.
- MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando,

NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. 1.^a ed. 3.^a reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n.º 2, jan./mar. 1993.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973. 4 v.

_____. *Bienes públicos: potestade jurisdiccional para afectarlos y desafectarlos*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1944.

MAROI, Fulvio. *Dizionario pratico del diritto privato de Vittorio Scialoja*. Milano: Vallandi, [s.d]. v. 5.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 11.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, José Mauro. O problema das terras devolutas em São Paulo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 53-54, p. 173-178, 1980.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica – O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte (MG): Editora Fórum, 2014.

MARRARA, Tiago. *Uso do bem público*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico) : direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano – infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

----- . *Direito Administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Manual de Direito Administrativo: funções administrativas e bens estatais*. São Paulo: KDP, 2018.

MARTINI, Gastone. *Dei beni pubblici destinati alle comunicazioni*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè, 1969.

MARTINS, Humberto. *O regime jurídico-constitucional dos bens públicos da União: perspectiva histórica e positiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da separação dos poderes. A autonomia dos legislativos municipais. Limites da competência do Ministério Público. Preservação ambiental. Exercício do poder de polícia e concessões. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 751, p.105-121, mai. 1998.

MARTINS, Oliveira. *História de Portugal*. Braga (Portugal): Edições Vercial, 2010-2012.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MATOS, Varela de. *Conflitos fundamentais em direito constitucional e conflitos de direito em direito civil*. Porto: Almeida & Leitão, 1998.

MATTA, José Caeiro da. *O direito de propriedade e a utilidade pública das expropriações*. Coimbra: [s.c.p], 1906.

MATTOS, Liana Portilho. *Limitações urbanísticas à propriedade*. In: *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Reck. Porto Alegre: Fabris, 2001.

_____. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006

MAURÍCIO, Eliel Ramos, CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e

Vaz. Ação discriminatória. Terras devolutas. Bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. Afetação e desafetação. Aquisição do domínio. Ação de usucapião. Extinção do processo com fundamento na ausência de interesse da municipalidade para propor ação. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 174, p. 143-150, 1996.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1896.

_____. *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horácio H. Heredia e de Ernesto Krostoschim. Buenos Aires: Depalma, 1951. 3 v.

MAXIMILIANO, Carlos. Bens públicos. Terras devolutas. Usucapião. Interrupção da prescrição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 342-349, 1949.

MAXIMILIANO, Carlos. *Pareceres*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. II, p. 363, jul./1945.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Poder de Polícia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p.89-96, jan./mar. 1995.

MEDEIROS, Jarbas. O Poder de Polícia como fato gerador da cobrança de taxas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 92, p.414-442, abr./jun. 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 43.^a ed. atual. São Paulo:

Malheiros, 2018.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. O Poder de Polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 125, p.1-14 p. jul./set. 1976.

_____. Taxa – Licença de Publicidade – Poder de Polícia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 140, p.163-172, abr./jun. 1981.

MELO, Milena Barbosa de. *Direito Internacional do Mar*. Campinas (SP): Servanda, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Poder de Polícia da Economia e Princípio da Legalidade. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 16, n. 67, p.37-46, jul./set. 1983.

_____. Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e delegação. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, v. 20, p.21-28, out./dez. 1997.

_____. Terra devoluta. Imóvel particular assim qualificado em discriminatória administrativa. Inadmissibilidade. Origens e histórico da propriedade imobiliária no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 4, p. 57-71, 1979.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Humberto Haydt de Souza. Terras devolutas. *Revista de Informação Legislativa*, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, n. 11, p. 113-134, 1966.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípio gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. 2 v.

MENDOZA OLIVAN, Victor. *El deslinde de los bienes dela administracion*. Madrid: Tecnos, 1968.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MENEZES, Wagner. *O Direito do Mar*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015.

MERÊA, Paulo. *Estudos de Direito Visigótico*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1948.

MILL, John Stuart. *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MIRA, Benedito Antonio Leal de. Terras devolutas da União. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 12, p. 55-78, 1980.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Terras devolutas. Registro paroquial. Fé pública e presunção do registro imobiliário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 145, p. 91-99, 1953.

MIRANDA, João. *Estudos de Direito Administrativo dos Bens*. Lisboa: AAFDL, 2015.

_____. *Direito Administrativo dos Bens: Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2021.

MIRANDA, Jorge. Propriedade e Constituição. *O Direito*, Lisboa, anos 106-109, p. 75, 1974-1987.

MIRRA, Álvaro Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental nº 02, p. 50, abril-junho/1996.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio público – O critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito do Domínio Público* in: Tratado de Direito Administrativo Especial, v. 5. Coimbra: Almedina, 2011, p. 10-212.

MONTANARI JÚNIOR, Isaias. *Terra Indígena e a Constituição Federal: Pressupostos constitucionais para a caracterização das terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em 18.12.2022.

MONTEIRO, Yara Darcy Police. *A função social da propriedade e os instrumentos de intervenção urbanística*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 36.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6.^a ed. Paris: Montchrestien, 1999.

_____. *Cours de Droit Administratif des Biens*. 2.^a ed. Paris: Montchrestien, 2001.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito*

administrativo. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOURA, Mario de Assis. *Terras devolutas*. São Paulo: Saraiva, 1946.

NABAIS, José Casalta. *Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do 'Civil Law'* in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, *Studia Iuridica* 61, ad honorem I, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 223.

NALINI, José Renato, LEVY, Wilson. *Regularização fundiária*. 2.^a ed. ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Erivaldo Fagundes. *Sesmarias em Portugal e no Brasil*. Vitória da Conquista (BA): Politéia, v. 1., n. 1, p. 111-139, 2001.

NERVI, Pietro, CLICETI, Eugenio, IOB, Mauro. *Beni e domini collettive: La nuova disciplina degli usi civici*. Milano: Editrice Key, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 1999.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Taxa - Poder de Polícia – Selo de Controle. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 143, p.174-183, jan./mar. 1981.

NOZOE, Nelson. *Sesmarias e apossamento de terras no Brasil Colônia*. Disponível em: <<https://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf>>. Acesso em 18.04.2022.

NUNES, José de Castro. Terras devolutas de frontera. Domínio da União e dos Estados. Servidão de direito público. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 159, p. 71-81, 1955.

OLIVEIRA, José Alves de. Terras devolutas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 58, p. 393-396, 1932.

OLIVEIRA, Luís Peretrel de. *Código das expropriações anotado*. 2.^a ed. Lisboa: Almedina, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Publicidade registral imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Odilia Ferreira da Luz. Implicações da distinção entre poder de polícia e serviço público. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 18, n. 74, p.207-216, abr./jun. 1985.

_____. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Princípios Gerais do Direito Comunitário*. In: O direito internacional no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem a Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, MARÇAL, Thaís Boia. A função social e a usucapião dos bens públicos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 12, p. 1261-1275, 2013.

OPITZ, Oswaldo, OPITZ, Silvia Carlinda Barbosa. *Tratado de direito agrário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983. v.2.

----- . *Curso Completo de Direito Agrário*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ORLANDO, V. E. *Principios de derecho administrativo*. Tradução de Alvaro Rodrigues Bereijo. Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1978.

OVIEDO, Carlos G. *Derecho administrativo*. 4.ed. Madrid: E.I.S.A., 1953. 2 v.

PALMA, Giuseppe. *Trattato di diritto privato: proprietà*. V. 7, t.1. Torino: UTET, 1982.

_____. *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*. Napoli: Eugenio Jovene, 1971.

PARÁ FILHO, Tomás. *Terras devolutas I*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. V. 72.

PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. *Derecho administrativo: bienes públicos. Derecho urbanístico*. 8.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Derecho administrativo*. 6.^a ed. Madrid: Marcial Pons/Jurídicas, 1994.

PASSARELLI, Francesco Santoro. *Proprietà e lavoro in agricoltura: libertà economica e proprietà fondiaria*. Roma: [s.c.p], 1953.

PAULO MERÊA, Manuel. *Estudios de derecho privado visigótico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Ministerio de Justicia), 1945.

_____. *Estudos de Direito Hispanico Medieval*. Coimbra: Almedina, 1952. 2 tomos.

PEISER, Gustave. *Droit Administratif des Biens*. 17.^a ed. Paris: Dalloz, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 6 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. V. IV.

PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. *Terras devolutas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Campinas (SP): Russel, 2003.

PÉREZ, Jesús Gonzalez. *Los derechos reales administrativos*. Madrid: Civitas, 1975.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés. Esquema de los bienes públicos em el derecho colombiano. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, p. 29-50, 2014.

PIMENTA NETO, Marcílio Diniz. *Faixa de Fronteira e o Domínio Público: Um estudo sobre a faixa de fronteira face o domínio público e o direito à propriedade*. Disponível em: <<https://marciliooberserk.jusbrasil.com.br/artigos/169553071/faixa-defronteira-e-o-dominio-publico>>. Acesso em 28. 04.2022.

PINTO, Theresa Celina de Arruda Alvim. Terras devolutas. Titularidade do domínio. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 18, p. 195-210, 1980.

PINSK, Jaime. *A Escravidão no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 1988.

PLATÃO. *As Leis*. Tradução Edson Bini. Bauru (SP): EDIPRO, 1999.

_____. *A República*. Tradução Érico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

_____. *Diálogos: Teeteto, Sofista e Protágoras*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano Público e Privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. 60 v.

_____. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: art. 1.º a 103*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1934.

_____. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Poggetti Editores, 1938.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

PROUDHON, M. *Traite des droits d'usage, servitudes reelles, du droit de superficie et de la jouissance des biens communaux et des établissements publics*. 2.ª ed. T.8. Dijon: Lagier, 1836.

_____. *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*. 2.ª ed., t. 2 e 3. Dijon: Victor Lagier, 1843.

PROUS, André. *O Brasil antes dos brasileiros: pré-história do nosso País*. 2.ª ed. rev. Rio de Janeiro: Zahar, sdp.

PRIETO BANCES, R. *La explotación Rural del Dominio de San Vicente de Oviedo em los Siglos X al XIII*. Coimbra: Coimbra editora, 1940.

QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999.

QUEIRÓ, Affonso. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1959. V. II.

RAMOS, José Luís Bonifácio. *Direitos Reais Administrativos: Ficção ou Realidade?* Lisboa: AAFDL, 2019.

RAMINELLI, Ronald. *Nobreza e Riqueza no Antigo Regime ibérico setecentista*. Ver. Hist. (São Paulo) n. 169, São Paulo, jul/dez. 2013, p. 83-110.

RANELETTI, O. *La polizia di sicurezza*. Milão: Editrice, 1908.

RAO, Vicente. Bens públicos dominiais. Terras devolutas. Aquisição por usucapião anterior ao Código Civil. Caso da ex-colônia militar de Itapura. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.

526, p. 33-41, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICH, David, PATTERSON, Nick, RUIZ-LINARES, Andrés. *Reconstructing Native American Populacion History, Nature*, n. 488, p. 370-374, jul. 2012.

RECOEUR, Paul. *O conflito das Interpretações*. Tradução M.F. Sá Correia. Porto: Res, 1969.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Fávila. Intervenção do Estado para promover o bem-estar social: Exercício do Poder de Polícia. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 4, n. 16, p.115-116, abr./jun. 1971.

RICHTER, Paolo Stella. Proprietà collettive, usi civici e interesse pubblico. *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, ano XI, p. 183, 2003.

RISPOLI, Arturo. *Istituzioni di Diritto amministrativo*. 2.^a ed. Torino: Giappichelli, 1929.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIVERO YSERN, Enrique. *Conclusiones de las primeras jornadas de derecho urbanístico de Marbella*. Marbella: [s.c.p], 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Curso de direito agrário*. 3.^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
7 v.

_____. Usucapião das terras devolutas. *Revista jurídica do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 255, p. 5-9, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 5.

RODRIGUES JÚNIOR, Manuel. Restrições de utilidade pública ao direito de propriedade. *Boletim da Faculdade de Direito*, n. 71-80, ano VIII, p. 89, 1923-1925.

ROLAND, Samir Lola. *Sesmarias, Ocupação, Povoamento e Trajetória Social e Militar*. Curitiba: Editora CRV, 2020.

ROSELAR, Saskia Tessa. *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*. Leiden: PhD thesis Leiden University, 2008.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. 3 v.

RUSCICA, Serafino. *Giurisprudenza amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Mário Pugliese e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 198_?

RUSSEL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. Tradução Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia: um direito social*. São Paulo: s.n., 2006.

SAÍNZ MORENO, Fernando, ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Coord). *Comentarios a las Leys Politicas. Constitución Española de 1978*. Tomo X. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985.

SALDANHA, António Vascolncelos de. *As Capitanias: O Regime Senhorial na Expensão Ultramarina Portuguesa*. Funchal (Portugal):

- Secretaria Regional de Turismo, Cultura e Emigração, 1992.
- SALEILLES, Raymond. *Le domaine public a Rome et son application em matire artistique*. Paris: L. Larose et Forcel, 1889.
- SAMPAIO, Alberto. *As vilas do norte de Portugal*. Lisboa: Imprensa da Universidade de Lisboa, 2019, p. 86 e 156.
- SANCHEZ MORÓN, Miguel et al. *Los Bines Publicos*. Madrid: Tecnos, 1997.
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. 2.ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1954.
- _____. *Enciclopedia del diritto (Beni Pubblici)*. v. 5. Milano: Giuffrè, 1959, p. 277.
- SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos, REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Bens públicos patrimoniais. Terras devolutas. Escritura particular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 175, p. 488-504, 1948.
- SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. Margens dos rios navegáveis. Terrenos de marinha, acrescidos reservados. Terras devolutas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 359-370, 1945.
- SARAI, Leandro. Notas gerais e críticas sobre o regime dos bens públicos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 6, p. 664-682, 2012.
- SARDINHA, José Miguel. *Estudos de Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território*. Lisboa: SPB, 1997.
- SAYAGÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideú: Barreiros y Ramos, 1959. V. 2.

SCHELER, Max. *O Eterno no Homem*. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis-Bragança Paulista: Vozes, 2015.

SCHIMIDT, Marco. *Die Agrarkrise de römischem Republik*. München: Grin Verlag GmbH, 2013.

SECRETARIA DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS DO INTERIOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei de terras*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1945.

SERRA, Adriano Pais da Silva. *Enfiteuse do Direito Romano, Peninsular e Português*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1925.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21.^a ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, Angela. Terras devolutas. *Revista de direito imobiliário*, São Paulo, n. 14, p. 42-82, 1984.

SILVA, Carlos Medeiros. Terras habitadas pelos silvícolas. Proteção constitucional. Inalienabilidade. Terras devolutas. Acordo entre a União e o Estado do Paraná. Prescrição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 122, p. 383-392, 1975.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luciano Pereira da. O regime jurídico das terras da Fazenda Nacional de Santa Cruz. *Revista de Direito Administrativo*, Departamento Administrativo do Serviço Público, Rio de Janeiro, n. 1, p. 745-755, 1945.

SILVA, Paulo Rogério. *Filosofia das Ciências Sociais*. Batatais (SP):

Claretiano, 2020.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Coimbra, 1996.

SILVA, Vander Brusso. *Fatos históricos Sociais relevantes da década de 1930 que influenciaram na elaboração das Constituições de 1934 e 1937*. Revista dos Tribunais, ano 108, v. 1000, p. 573, fev., 2019.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. A propriedade em face da ordem constitucional brasileira. *Revista de estudos jurídicos UNESP*, Franca, v. 5, p. 12-13, jan./jul. 1998.

SILVA FILHO, Elvino. Terras devolutas. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 554, p. 55-63, 1981.

SILVEIRA, Caetano. *A Plataforma Continental como bem do domínio público: problema da titularidade no caso especial dos Açores*. In: Estudos de Direito Administrativo dos Bens (João Miranda, Coordenador). Lisboa: AAFDL, 2015.

SILVESTRI, Enzo. *Concessione amministrativa*. Enciclopedia del Diritto, 1961, p. 370. V. 8.

SOARES, Antonio Joaquim de Macedo. *Tractado jurídico-practico de medição e demarcação de terras: tanto particulares, como públicas*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

SOARES, Rogério. *Sobre os Baldios*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, n. 3-4, Sobre os Baldios, Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.os 3-4, ano XIV, 1967, p. 263, ano XIV, 1967.

SODRE, Eurico. *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 1928.

SODRE, Luiz Afonso, HABERMANN JÚNIOR, Cláudio. *Teoria e prática da propriedade imóvel*. 2.^a ed. Leme-SP: Habermann, 2010.

SORIANO NETO, Manoel. *Projeto Calha Norte*. Disponível em

<<http://www.caer.org.br/downloads/Artigos/A00048.pdf>>. Acesso em 06.01.2022.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. *A Lei da Boa Razão (agosto de 1769): uma revolução na hermenêutica e na aplicação do direito português, a partir de Pombal*. Brasília, Correio Brasiliense, 14 de outubro de 2019, p. 7.

SOUZA, Marcos Paulo Jorge de. Regime jurídico dos bens públicos e a função social da propriedade. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 7, p. 594-612 e 696, 2016.

SPINOLA, Celso. *Desapropriações por necessidade ou utilidade pública*. Bahia: Imprensa Oficial do Estado, 1922.

STRAUSS, Thiago, LEITE, Marcelo. *Direito administrativo em mapas mentais*. 2.^a ed. rev. amp. Niterói: Ímpetus, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Função social da propriedade: Temas de direito urbanístico I*. São Paulo: RT, 1987.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental n. 1080019 AGR/PI, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23.02.2018, <www.stf.jus.br>. Acesso em 06.02.2019.

_____. Recurso Extraordinário n. 7.241, Osvaldo Rudge e outros versus Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/12392/11290>>. Acesso em 07.02.2019.

SWAIN, Brian Sidney. *Empire of Hope and Tragedy: Jordanes and the*

Invention of Roman-Gothic History (Tese de doutoramento). Ohio (EUA): The Ohio State University, 2014.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. Poder de Polícia e Polícia do Poder. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, p.01-19, out./dez. 1985.

_____. Poder de Polícia e Polícia do Poder. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 18, n. 74, p.63-69, abr./jun. 1985.

_____. *Direito administrativo da ordem pública*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TARLET, Fanny. *Les Biens Publics Mobiliers*. Paris: Dalloz, 2017.

TAPAJÓS, Vicente. *Foral de Duarte Coelho*. In: A política de D. João III. Brasília: FUNCEP, 1983.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

THIEME, Hans. *Unidad y pluralidad em la historia del Derecho europeo*. Tradução de Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965. T. XLIX.

TONOLETTI, Bruno. *L'Accertamento Amministrativo*. Padova: CEDAM, 2001.

TOSI, Roberta Bianca Pereira. *Terras devolutas*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2010.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. 33.^a ed. Padova: CEDAM, 1992.

TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro: ensaio*. Rio de Janeiro: scp, 1947.

WODON, Leon. *Traite des choses publiques en general et des droit qui*

- en derivent*. Bruxelles: Bruyant-Christophe, 1870.
- VALDERRAMA NUÑES, Luis H. *Derecho de policia*. São Paulo: LAEL, 198_?
- VALERI, Néstor R. *Implicancias constitucionales del instituto de policia*. Santa Fé – Argentina: Castellví, 1958.
- VARELLA, Marcelo Dias, BORGES, Roxana Cardoso B. *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- VAROTO, Renato Luiz Mello. *Anotações de direito administrativo*. Pelotas: Mundial, 2007.
- VAUPLANE, Hubert de. Vers la création d'une taxe sur les transactions financières? Financement des biens publics mondieux. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, p. 339-345, 2012.
- VAZ JÚNIOR, Jorge Pereira. *Ação discriminatória de terras devolutas: ônus da prova*. São Paulo: Letras jurídicas, 2013.
- VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Press Universitaires, 1973.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- VERGUEIRO, Pedro Luís C. de Campos. Discriminação de terras devolutas municipais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 63, p. 213-219, 1982.
- VIANA, Hélio. *Estudos de História Colonial*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora Luiz Franco, 1949.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários à Lei Sobre Parcelamento do Solo Urbano*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- VICARIO, Vincenzo. *I beni pubblici e privati*. Piacenza: La Tribuna,

1963.

VICENTE, Carla Maria. *A urgência na expropriação, algumas questões*. Lisboa: AAFDL, 1999.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Lições de Direito Administrativo*. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

VILLAR, Aluizio Aragão. Poder de Polícia Municipal: Licença para localização. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 7, n. 31, p.198-203, set./out. 1974.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjuridica, 199_?.

_____. *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução Cláudia Berliner. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

VIRGA, Pietro. *La potestà di polizia*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1954.

_____. *L'espropriazione*. Palermo: Universitarie, 1962.

WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 5. v.

WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6.^a ed. Paris: Sirey, 1952.

_____. *Les Mutations Domaniales*. Paris: Dalloz, 1925.

WEBER, Max. *A Política como vocação*. In: *Ensaio de Sociologia*. Tradução Waltensir Dutra. Revisão Técnica Fernando Henrique Cardoso. 5.^a ed. Rios de Janeiro: LTC, 1982.

WEIL, Alex. *Droit Civil: Les biens*. Paris: Dalloz, 1970.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977.

WESTERMANN, Harry. *Código Civil Alemão: Parte Geral*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

YOLKA, Philippe. *La Propriété Publique: Eléments pour une Théorie*. Paris: LGDJ, 1997.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. *Usucapião: anotado*. Leme-SP: Anhanguera, 2016.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1950. 6 v.

_____. *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955.

ZENHA, Edmundo. *Terras devolutas*. O centenário da lei n. 601. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 191, p. 13-32, 1951.

ZIMMERMANN, Rafael. *Apontamentos sobre história do Direito no Brasil*. Direito em debate- Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, ano XXII, n. 41, p. 84, jan./jun., 2014.