SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR

A POSSE NO DIREITO BRASILEIRO DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

CURITIBA
2009

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR

A POSSE NO DIREITO BRASILEIRO DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca
Co-orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR

A POSSE NO DIREITO BRASILEIRO DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____
Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

Examinadores: _____
Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

_____
Prof. Dr. José Ramón Narváez Hernández

_____
Prof. Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender

_____
Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira

Curitiba, ____ de _____de 2009.

“Articular o passado historicamente não significa conhecê-lo ‘tal como ele propriamente foi’. Significa apoderar-se de uma lembrança tal como ela lampeja num instante de perigo.”

Walter Benjamin

SUMÁRIO

RESUMO VII

RIASSUNTO .....

VIII

ABSTRACT IX

INTRODUÇÃO

AS COISAS, AS PESSOAS E A HISTÓRIA DO DIREITO: PREMISSAS METODOLÓGICAS 1

1 A temporalidade do direito..... 1

2 O direito e sua importância na história..... 11

3 O passado do direito brasileiro: uma leitura cautelosa..... 18

CAPÍTULO 1

A CULTURA JURÍDICA EUROPÉIA OCIDENTAL E AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO..... 29

1.1 *Ius commune* e a "sapiência" jurídica medieval..... 29

1.2 Relações de pertencimento na Idade Média..... 45

1.3 Traços do moderno e prenúncios da propriedade privada..... 51

1.4 Do pré-moderno ao "absolutismo jurídico moderno"..... 62

1.5 A "forma código" e a consagração da propriedade privada..... 69

1.6 A vinculação da posse ao ideário proprietário moderno..... 76

CAPÍTULO 2

DIMENSÃO JURÍDICA E FORMAS DE APROPRIAÇÃO NO BRASIL DO SÉCULO XIX...... 81

2.1 Entre permanências e descontinuidades..... 81

2.2 A formação territorial do Brasil e o sistema pré-moderno de pertencimento..... 86

2.3 A Lei de Terras e as tentativas de instauração da propriedade moderna no Brasil..... 92

2.4 A formação da cultura jurídica brasileira do século XIX..... 103

2.5 A "herança portuguesa": o direito e as tradições do *ius commune*..... 109

2.6 Peculiaridades do direito brasileiro a partir da segunda metade do século XIX..... 117

CAPÍTULO 3

A POSSE E OS JURISTAS BRASILEIROS EM TEMPOS DE TRANSIÇÃO..... 123

3.1 A doutrina jurídica brasileira: início da teoria possessória..... 123

3.2 O indefinido lugar da posse no direito brasileiro..... 133

3.3 A Teoria Subjetiva na "primeira geração" e suas contradições..... 139

3.4 A "segunda geração", posse de direitos pessoais e a Teoria Objetiva..... 151

3.5 A influência portuguesa na elaboração da teoria possessória brasileira..... 158

3.6 O Código Civil de 1916 e a consagração do vínculo entre posse e propriedade..... 163

CONCLUSÃO..... 170

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 174

ANEXOS..... 186

ANEXO I – Tabelas contendo dados sobre a posse na revista "O Direito"..... 186

ANEXO II – Relação dos julgados encontrados e analisados da revista "O Direito"..... 192

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a conformação histórica da posse no direito brasileiro, da segunda metade do século XIX até o início do século XX com o advento do Código Civil de 1916, demonstrando as vicissitudes e peculiaridades no processo de elaboração teórica desse instituto jurídico. Trata-se de estudar alguns dos principais discursos sobre a teoria possessória constituídos na doutrina, na legislação e em parte dos julgados brasileiros do período, sem desconsiderar o momento de transição do Brasil e de sua cultura jurídica. Observa-se, inicialmente, que o direito não pode ser compreendido distanciado do seu tempo e lugar. Considerando a relevância da dimensão jurídica para a compreensão de uma determinada realidade, procura-se destacar a tipicidade da cultura jurídica brasileira do século XIX que a difere, em muito, da cultura jurídica européia. Verifica-se, no estudo realizado, que a teoria possessória desenvolvida em um momento de mudanças do Brasil foi constituída a partir de tradições antigas herdadas do direito europeu medieval, especialmente o português. No processo de elaboração da concepção de posse no direito pátrio, encontra-se a expressiva influência do chamado *ius commune*. No entanto, essa forma de compreender o direito sofreu alterações e adaptações importantes ao longo da conformação do direito brasileiro e de sua cultura jurídica. Especialmente a partir da segunda metade do século XIX, observam-se tentativas de modernização do direito civil pátrio e, conseqüentemente, da idéia de posse. Ocorre que essa passagem acontece lentamente e, muitas vezes, de forma contraditória. O universo jurídico brasileiro está inserido em um tempo complexo de transformações e permanências. A teoria possessória desenvolvida no período estudado tanto compõe esse cenário de tensões como ajuda a compreendê-lo. Assim, buscou-se investigar a importância da doutrina brasileira e as "influências estrangeiras" na elaboração da teoria possessória, bem como as fontes normativas formais e doutrinárias utilizadas por parte dos magistrados da época e a relevância dessas fontes. Procurou-se, ainda, identificar e analisar as fases do ideário jurídico brasileiro acerca da posse e a sua configuração no Código Civil de 1916. Nesse movimento histórico, é consagrada uma forma muito específica de entender a posse intensamente vinculada ao direito de propriedade individual privada.

Palavras-chave: história do direito, direito brasileiro, século XIX, *ius commune*, posse, propriedade.

RIASSUNTO

Il presente lavoro ha come obiettivo analizzare la conformazione storica del possesso nel diritto brasiliano, dalla seconda metà del secolo XIX fino all'inizio del secolo XX, con l'avvento del Codice Civile del 1916, dimostrando le vicissitudini e peculiarità nel processo di elaborazione teorica di quell'istituto giuridico. Si tratta qui di studiare alcuni dei principali discorsi sulla teoria possessoria costituiti nella dottrina, nella legislazione e in parte dei giudicati brasiliani del periodo, senza sconsiderare il momento di transizione del Brasile e della sua cultura giuridica. Si osserva, inizialmente, che il diritto non può essere compreso staccato dal suo tempo e luogo. Considerando la rilevanza della dimensione giuridica per la comprensione di una determinata realtà, si cerca di dare rilievo alla tipicità della cultura giuridica brasiliana del secolo XIX che la differenzia molto dalla cultura giuridica europea. Si verifica, nello studio realizzato, che la teoria possessoria sviluppata in un momento di cambiamenti del Brasile fu costituita a partire da tradizioni antiche ereditate dal diritto europeo medievale, specialmente quello portoghese. Nel processo di elaborazione della concezione di possesso nel diritto patrio, si riscontra l'espressiva influenza del cosiddetto *ius commune*. Tuttavia, questa forma di comprendere il diritto soffrì alterazioni e adattamenti importanti lungo la conformazione del diritto brasiliano e della sua cultura giuridica. Specialmente a partire dalla seconda metà del secolo XIX, si osservano tentativi di modernizzazione del diritto civile patrio e, di conseguenza, dell'idea di possesso. Succede che questo passaggio avviene lentamente e, molte volte, in modo contraddittorio. L'universo giuridico brasiliano è inserito in un tempo complesso di trasformazioni e permanenze. La teoria possessoria sviluppata nel periodo studiato tanto compone questo scenario di tensioni quanto aiuta a capirlo. Quindi si è cercato di investigare l'importanza della dottrina brasiliana e le "influenze straniere" nell'elaborazione della teoria possessoria, nonché le fonti normative formali e dottrinarie utilizzate da parte dei magistrati dell'epoca e la rilevanza di tali fonti. Si è cercato ancora di identificare e analizzare le fasi dell'ideario giuridico brasiliano sul possesso e la sua configurazione nel Codice Civile del 1916. In questo movimento storico si è consacrata una forma molto specifica di capire il possesso, intensamente vincolata al diritto di proprietà individuale privata.

Parole-chiavi: storia del diritto, diritto brasiliano, secolo XIX, *ius commune*, possesso, proprietà.

ABSTRACT

The goal of this research was to analyze the historical conformation of possession in Brazilian law, from the second half of 19th century up to the beginning of 20th century, with the advent of 1916 Civil Code, which demonstrates the vicissitudes and peculiarities in the process of theoretical elaboration of such juridical institute. The focus was drawn to some of the main discourses about the theory of possession as constituted in doctrine, in legislation and in part of the Brazilian courts decisions of that time, without disregarding the moment of transition which Brazil and its juridical culture were undergoing. It was initially pointed out that the law cannot be understood far from its time and place. Considering the relevance of the juridical dimension for the comprehension of a determined reality, there has been an attempt to evidence that the typical characteristics of 19th century Brazilian juridical culture differs very much from European juridical culture. It was verified, in the course of study, that the theory of possession, developed in a moment of changes in Brazil, has been constituted from ancient traditions inherited from medieval European law, especially from Portugal. There was a strong influence of the so-called *ius commune* in the process of elaboration of the conception of possession in Brazilian law. However, this way of understanding the law underwent important alterations and adaptations throughout the period of conformation of the Brazilian law and its juridical culture. Especially from the second half of 19th century there have been attempts of modernization of Brazilian civil law and, in consequence, of the very idea of possession. But it happened slowly and, many times, in contradictory ways. The Brazilian juridical universe was placed in a complex time of transformations and permanences. The theory of possession developed in the studied period contributed to that scenario of tensions as much as it helped its understanding. Thus, the importance of the Brazilian doctrine and the "foreign influences" in the elaboration of the theory of possession was investigated, as well as the formal and doctrinal normative sources used by some magistrates of that time, and the relevance of those sources. Identifying and analyzing the phases of the Brazilian juridical thought about possession, and its configuration in the 1916 Civil Code, have also been a subject of this research. In that historical movement a very specific way of understanding possession was established, intensely linked to the private individual right to property.

Key-words: history of law, Brazilian Law, 19th century, *ius commune*, possession, property.

INTRODUÇÃO

AS COISAS, AS PESSOAS E A HISTÓRIA DO DIREITO: PREMISSAS METODOLÓGICAS

1 A TEMPORALIDADE DO DIREITO

A posse é um dos assuntos mais cativantes e polêmicos no âmbito do direito privado. Como dizia Teixeira de Freitas, "tantas vantagens ou commodos se tem atribuido a posse, tanto se tem escripto, e tão vivo tem sido o debate, que ha sobre esta materia uma prevenção desfavoravel, como se ella envolvesse uma difficuldade invencivel."[1] A relevância, as controvérsias e a complexidade da posse no direito talvez possam ser atribuídas ao fato de o tema remeter a um questionamento fundamental da vida, que é a relação das pessoas com as coisas.

Ao se trabalhar com as relações envolvendo pessoas e bens, bem como ao analisar as diversas formas de regulamentação jurídica que caracterizam estas situações, é necessário observar que "por trás de uma mesma morfologia geralmente há, em perspectiva histórica, uma muito diversa semântica."[2] Deve-se orientar o objeto da pesquisa para além da mera semelhança terminológica das construções jurídicas, pois, apesar de as palavras serem as mesmas, os significados podem ser bastante diversos se analisados sob uma perspectiva historiográfica crítica.[3]

---

[1] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. CLI. Para Clóvis Beviláqua, "Não ha, certamente, assumpto, em todo o direito privado, que tenha, mais irresistivelmente, captivado a imaginação dos juristas do que o da posse; mas também, difficilmente, se encontrará outro, que mais tenazmente, haja resistido á penetração da analyse, ás elucidações da doutrina." (BEVILÁQUA, Clóvis. Em defesa do projecto de Código Civil brazileiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 107).

[2] FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005, p. 98.

[3] O presente trabalho compartilha das "estratégias científicas e vias metodológicas" elencadas por António Manuel Hespanha para uma história crítica do direito; são elas: i) "A primeira estratégia deve ser a de *instigar uma forte consciência metodológica* nos historiadores, problematizando a concepção ingénua segundo a qual a narrativa histórica não é senão o relato daquilo que 'realmente aconteceu'. É que, de facto, os acontecimentos históricos não

A explicação para isso se dá pelo fato de o direito ser fundamentalmente um produto histórico[4] e, por isso, a compreensão das categorias e dos institutos jurídicos, bem como das suas implicações na realidade, não pode estar distanciada do estudo e da reflexão a respeito das diferentes temporalidades e localidades em que foram pensados e idealizados os diferentes direitos.[5] Como ensina Adriano Cavanna, *"il diritto è storia in quanto si muove e cresce nella storia."*[6] Assim, a reflexão sobre a posse no direito deve estar atenta à realidade e consciente do ambiente econômico, social, político e cultural em que foi idealizada e construída.[7]

---

estão aí, independentes do olhar do historiador, disponíveis para serem descritos. Pelo contrário, eles são criados pelo trabalho do historiador" (p. 33-34) (...) "Os historiadores devem estar cientes (i) deste artificialismo da 'realidade' historiográfica por eles criada, (ii) da forma como os seus processos mentais modelam a 'realidade' histórica, ou seja, do caráter 'poiético' (criador) da sua actividade intelectual e (iii) das raízes social e culturalmente embebidas deste processo de criação." (p. 34) ii) "A segunda estratégia é a de eleger como objecto da história jurídica o direito em sociedade." (p. 35) "A terceira estratégia de uma história crítica do direito é a de insistir no facto de que a história jurídica (como a história em geral) não constitui um desenvolvimento linear, necessário, progressivo, escatológico." (p. 41) (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005).

[4] Nas palavras de António Manoel Hespanha, "A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre 'em sociedade' (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São, neste sentido, sempre *locais*." (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 21).

[5] Conforme Ricardo Marcelo Fonseca, "O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal, tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente." (FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 05).

[6] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico. v.1, Milano; Giuffrè editore, 1982, p. 09. [Tradução livre: o direito é história enquanto se move e cresce na história.] Ainda, segundo Cavanna, *"Chi conoscesse unicamente i razionali meccanismi di funzionamento pratico e le strutture astratte del diritto positivo sarebbe certo, per la forma mentis coerente che gliene deriverebbe e l'allenamento casistico, un buon tecnico, un buon meccanico del sistema normativo in vigore (come indubbiamente buon meccanico è chi sa smontare e rimontare un motore elettrico anche se poi non conosce le teorie di Picinotti). Sarebbe però un giurista decapitato: una molla fra tante nel meccanismo del sistema giuridico, strumento del diritto, non consapevole utilizzatore del diritto come strumento."* (p. 8). [Tradução livre: Quem conhecesse unicamente os mecanismos racionais de funcionamento prático e as estruturas abstratas do direito positivo seria certamente, pela *forma mentis* coerente que disso lhe derivaria e pelo treinamento casuístico, um bom técnico, um bom mecânico do sistema normativo em vigor (como sem dúvida bom mecânico é quem sabe desmontar e montar um motor elétrico embora não conheça as teorias de Picinotti). Seria porém um jurista decapitado: uma mola entre tantas no mecanismo do sistema jurídico, instrumento do direito, usuário não consciente do direito como instrumento.]

[7] Nessa linha, conforme explica Ricardo Marcelo Fonseca, deve-se entender "a história não apenas como uma

Essa concepção metodológica depende, entretanto, do que se entende por história e qual o papel da história do direito no desenvolvimento da pesquisa e da reflexão acadêmica, pois "abordar o passado em geral ou mesmo abordar historicamente um instituto em particular não é tarefa simples nem isenta de conseqüências profundas. A maneira como o resgate histórico é feito acaba por atribuir um outro sentido tanto ao passado que se busca reconstruir quanto ao presente que se busca explicar numa pesquisa."[8] Os resultados dependem, em larga medida, das escolhas metodológicas realizadas ao longo do estudo.

Orientação importante, que pautou o presente trabalho, é dada por Paolo Grossi ao alertar que "um dos papéis, e certamente não o último, do historiador do direito junto ao operador do direito positivo seja o de servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo as suas convicções acríticas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural."[9] Não é possível repensar criticamente o direito presente e projetar um outro futuro sem levar seriamente em consideração o passado.

Nesse sentido, parece ser importante relativizar e problematizar algumas "aparentes certezas" que envolvem as relações jurídicas entre os homens e as coisas no Brasil da segunda metade do século XIX ao início do século XX. Procura-se,

---

'introdução' ao estudo ou à análise que, após ser utilizada sem critério, não será retomada em nenhum outro momento da pesquisa: a história pode (e deve) atravessar o próprio estudo, constituindo o seu cerne metodológico." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. Genesis, Curitiba, nº 17, p. 570-585, jul./set. 2000, p. 574).

[8] FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001, p. 25.

[9] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 11. A compreensão da História do Direito, no presente trabalho, também parte do entendimento de que a função dessa disciplina, ou como quer Hespanha, "a missão da História do Direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo." (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia …, p. 21). Para uma ampla e interessante discussão metodológica sobre a História do Direito, ver a monografia de Mestrado de FONSECA, Ricardo Marcelo. Direito e história: relações entre concepção de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

assim, realizar um trabalho de desmitificação[10] por meio da história, perspectiva que "retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmitifica o presente, garante que sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estipulando o caminho para a construção do futuro".[11] O conhecimento do passado pode libertar o presente da sua aparente naturalidade e proporcionar, no âmbito do direito, uma consciência da relatividade histórica daquilo que é familiar.[12]

Na perspectiva adotada, a história do direito não pode ser utilizada para justificar e legitimar[13] as manifestações jurídicas atuais observadas em relação à posse e à propriedade. Entender as relações jurídicas entre os homens e as coisas na sua profunda historicidade tem uma relevante função de dessacralizar e desmitificar o direito "natural" de propriedade privada, pensado na modernidade, e compreender que "aquela" concepção corresponde a "uma" forma de regulação das relações de pertencimento[14] e

---

[10] Segundo Paolo Grossi, "O historiador, que por profissão é um relativizador e, conseqüentemente, um desmitificador, sente-se no dever de advertir o jurista que um nó como esse pode e deve ser desfeito, e que seu olhar deve ser liberado da lente vinculante colocada diante de seus olhos por duzentos anos de habilíssima propaganda." (GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ..., p. 12).

[11] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ..., p. 26.

[12] Nas palavras de Paolo Grossi, "adquirir plena consciência da historicidade e relatividade de um ideário jurídico que se assenta sobre nossas costas é tão elementar quanto liberatório (...)" (GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno repensamento epistemológico. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 40, p. 05-25, 2004, p. 8).

[13] Antônio Carlos WOLKMER, criticando a historiografia tradicional justificadora do direito presente, afirma: "A História expressa a complexa manifestação da experiência humana, interagida no bojo dos fatos, acontecimentos e instituições. O caráter mutável, imperfeito e relativo da experiência humana permite proceder múltiplas interpretações desta historicidade. Daí a formulação, ora de uma História oficial, descritiva e personalizada do passado, e que serve para justificar a totalidade do presente, ora da elaboração de uma história subjacente, alternativa e problematizante que serve para modificar/recriar a realidade vigente." (WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 28, p. 55-67, 1994/95, p. 56).

[14] A expressão "pertencimento" é utilizada, neste trabalho, em sentido amplo, com o intuito de significar genericamente as relações envolvendo homens e bens, e não apenas no sentido individual que o significante (pertencimento) geralmente indica.

não "a" única maneira de entender e regular juridicamente as relações entre os homens e as coisas.[15]

A referência ao termo propriedade (especialmente privada) carrega, e não é de hoje, um significado muito específico na história, limitado a uma concepção individualista e potestativa da relação entre os homens e os bens, perspectiva que adquiriu uma posição hegemônica quase absoluta na modernidade.[16]

Analisando algumas linhas gerais da ordem jurídica medieval européia[17] e as diversas maneiras como se configuravam as relações entre homens e bens, observa-se que a noção moderna de propriedade, presa ao ideário de um sujeito titular de poderes sobre a coisa, não tinha nenhuma possibilidade de existir, pois a "figura do sujeito proprietário – dependendo de uma visão individualista e antropocêntrica – ainda não encontra lugar".[18] O primado é do todo sobre o individual;[19] é o local e o tempo da

[15] As reflexões de Paolo Grossi sobre a história do direito de propriedade e demais formas de pertencimento (ou das relações entre as pessoas e as coisas) são fundamentais e serviram como um "norte' ao desenvolvimento da pesquisa. Isso se justifica porque Paolo Grossi é especialmente reconhecido por suas reflexões sobre a história do direito de propriedade e das propriedades. Como afirmou o jurista espanhol Francisco Tomás y Valiente: *"Grossi es el gran historiador de la propiedad."* (TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Laudatio a Paolo Grossi. In: CAPPELLINI, Paolo et alii. De la ilustración al liberalismo: symposium en honor al profesor Paolo Grossi. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1995, p. 34). [Tradução livre: Grossi é o grande historiador da propriedade.] Como explica Grossi, a "propriedade não consistirá jamais em uma regrinha técnica mas em uma resposta ao eterno problema da relação entre o homem e coisas, da fricção entre mundo dos sujeitos e mundo dos fenômenos" e, nesse caminho, "aquele que se propõe a reconstruir sua história, longe de ceder a tentações isolacionistas, deverá, ao contrário, tentar colocá-la sempre no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa." (GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16).

[16] Conforme explica Carlos Frederico Marés, todas as sociedades humanas se preocuparam, em alguma medida, com a utilização e o gozo da terra, pois sempre retiraram o seu sustento dela; entretanto, parece ser "muito recente e localizada a prática de concentrar a produção num espaço de terra, e ainda mais recente transformar essa concentração em proveito de uma única pessoa e chamar isso direito de propriedade." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13).

[17] Estudo muito interessante sobre a ordem jurídica medieval é encontrado no livro de GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale. 11ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004. Veja-se também a obra de CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico. v.1; e de CALASSO, Francesco. Medio Evo del diritto. Milano: Giuffrè, 1954.

[18] FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 102 - 103.

[19] Sobre a civilização medieval, explica Grossi que *"A livello sociale non emerge l'individuo, creatura che sarebbe condannata a morte nella sua solitudine in modo non dissimile dalla formica avulsa dal suo formicaio"*. (GROSSI, Paolo. Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medievo ed età moderna. Napoli: Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, s/d., p. 14). [Tradução livre: No âmbito social não emerge o indivíduo, criatura que seria condenada à morte na sua solidão de modo não diferente da formiga separada do seu formigueiro].

"perfezione della comunità e imperfezione del singolo."[20] Só foi possível o nascimento e o desenvolvimento de uma visão individualista e potestativa de propriedade em um momento em que o indivíduo é a medida e o fundamento de todas as coisas.[21]

Especificamente em matéria de relações jurídicas envolvendo homens e bens, verifica-se no mundo medieval uma civilização profundamente possessória, com um número muito amplo e aberto de ordens jurídicas atípicas, em que prevalece o primado do todo sobre o individual, numa ordem "profundamente ligada às coisas, no interior das quais se insere o indivíduo operante, em meio a uma visão de mundo profundamente reicêntrica e claramente objetiva da ordem natural e social."[22]

É o reino da efetividade, da prevalência de situações efetivas de utilização, gozo e exercício de acordo com as múltiplas possibilidades e potencialidades das coisas. Não existe, ainda, uma relação de dependência ou de domínio do sujeito sobre a coisa. O direito de propriedade moderno na sua simplicidade e abstração é muito diverso das formas jurídicas complexas que regulam as relações de pertencimento na civilização medieval.

Assim, parece ser necessário e muito importante historicizar os vínculos jurídicos e sociais envolvendo os homens e os bens, sem naturalizá-los.[23] Em outras palavras, ficar atento ao pesado "condicionamento monocultural" que a expressão propriedade adquiriu na modernidade.[24]

---

[20] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale..., p. 196. [Tradução livre: perfeição da comunidade e imperfeição do indivíduo.]

[21] BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. In: NOVAES, Adauto. Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 248 - 251.

[22] FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 101-102.

[23] Deve-se estar atento à "naturalização" do habitual. Na esteira de Natalino IRTI, pode-se afirmar que a atual ordem jurídica proprietária não é uma ordem natural e sim artificial. Conforme explica Natalino Irti, *"Si scopre così che il naturalismo è assai poco 'naturale', e piuttosto ascrive alla natura, e protegge con predicati di assolutezza e immutabilità, il contingente risultato di un periodo storico e di una volontà politica."* (IRTI, Natalino. L'ordine giuridico del mercato. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. VI). [Tradução livre: Descobre-se assim que o naturalismo é muito pouco 'natural', e preferencialmente atribui à natureza, e protege com predicados de caráter absoluto e imutabilidade, o resultado contingente de um período histórico e de uma vontade política.]

[24] GROSSI, Paolo. Il dominio e le cose: percezioni medievali e moderne dei diritti reali. Milano: Giuffrè, 1992, p.

A idéia de descontinuidade e ruptura nas relações sociais e jurídicas de pertencimento, envolvendo as pessoas e as coisas, deve ser destacada no âmbito deste trabalho. Isso porque existe toda uma literatura jurídica (dogmática e histórica) que apresenta a posse e a propriedade como frutos de uma linha histórica contínua que, no máximo, está em constante evolução.

Conforme esclarece Ricardo Marcelo Fonseca, a propriedade, tema historiográfico-jurídico fundamental, é apresentada geralmente "como se fosse um diamante que desde sempre foi valioso, e que o tempo, no máximo, teve a função de lapidar com capricho e sabedoria, de modo a transformar a pedra numa jóia cada vez mais preciosa."[25] A noção de propriedade privada, que adquire hegemonia nas relações de pertencimento na modernidade, é identificada pelo discurso historicista[26] como sendo um direito natural imune ao tempo e ao espaço.

Ao apresentar institutos históricos como a posse e a propriedade como naturais e, por isso, atemporais, esse tipo de discurso, que se apropria de uma fundamentação historiográfica, acaba produzindo um poderoso discurso de legitimação do direito presente, desconsiderando absolutamente o fato de o direito depender de seu contexto. O passado é utilizado como uma justificativa do tempo presente. São

---

603 - 609. É preciso tomar cuidado ainda que o termo propriedade seja utilizado no plural, como esclarece Grossi, "O primeiro risco é o de um pesado condicionamento monocultural; o nosso título [a propriedade e as propriedades], mesmo com todas as suas pluralizações, leva impresso o apelo embaraçante a um universo 'proprietário', e propriedade é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica. Falar somente de propriedade, mesmo que no plural, significa ficar bem fechado no nicho de uma cultura do pertencimento individual. E esse é um horizonte demasiado estreito." (GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios ..., p. 06).

[25] FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 97.

[26] Sobre o historicismo jurídico (história tradicional), como método de abordagem da História do direito, cabe a síntese de Ricardo Marcelo Fonseca: "Em suma, este discurso histórico do direito (que aqui eu chamaria de historicismo jurídico) acaba desempenhando a função de justificar e legitimar o direito de hoje, contribuindo, em certa medida, para imunizá-lo de críticas em prol de uma suposta 'tradição histórica'." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault ..., p. 573.) Como demonstra Ricardo Marcelo Fonseca, do ponto de vista metodológico, o historicismo (história tradicional) é uma história positivista. (FONSECA, Ricardo Marcelo. Direito e história: relações entre concepção de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha ..., p. 16-40).

estabelecidas conexões diretas entre presente e passado em relações lineares de causa e efeito que não permitem visualizar as descontinuidades do tempo histórico.[27]

Elaborações teóricas realizadas em outros espaços e em outros momentos, como em Roma antiga ou mesmo na Idade Média, são identificadas e confundidas com conceitos ou institutos modernos que, apesar de possuírem a mesma denominação, não são dotados dos mesmos significados.[28] O passado serve simplesmente como um "enfeite teórico", que o "historiador" utiliza para os "precedentes" daquilo que procura explicar, justificar e legitimar.[29] O que se está indicando tem ocorrência freqüente, no direito brasileiro, em trabalhos sobre institutos jurídicos como a posse e a propriedade.[30]

---

[27] Concorda-se com a advertência de Franz Wieacker que "Hoje, já não constitui tarefa do historiador fundamentar historicamente os direitos actuais, como, outrora, na Idade Média e até à época barroca; ou tornar possível a interpretação histórica do direito vigente, como ainda se pretendia na ciência jurídica do séc. XIX." (WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 03).

[28] Conforme observa HESPANHA, "Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente relacional ou local." (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 26-27).

[29] Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, "Não é incomum, efetivamente, notarmos nossos 'historiadores' do direito buscando os 'precedentes' de inúmeras instituições jurídicas atuais em épocas em que tais instituições pouco ou nada tinham em comum com o modo como elas são encaradas no presente, numa verdadeira subversão de sentido que somente se presta para poder legitimar, pelo procedimento histórico, uma visão do mundo presente." (FONSECA, Ricardo Marcelo. Do sujeito de direito à sujeição jurídica: uma leitura arqueogenealógica do contrato de trabalho. 258f. Tese (Doutorado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001, p. 17). Exemplo emblemático dessa equivocada "necessidade" (com intenção legitimadora) de vinculação entre o passado e o presente em matéria de propriedade é descrita por António Manuel Hespanha, segundo o autor, "quando elaborava o borrão da encíclica *Quadragesimo anno*, o Cardeal De Gasperi, preocupado em encontrar uma fundamentação histórica e tradicional para a doutrina da Igreja de defesa da propriedade privada contra os erros do comunismo, saudara com uma entusiástica anotação 'Ecco il diritto di proprietà!' um passo de S. Tomás onde se falava de *dominium* no sentido não exclusivista e não individualista que o termo então tinha. [Este] É um exemplo de como as preocupações contextuais agem sobre a leitura. Mas, geralmente, os processos de contextualização social da leitura são menos directos." (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 71, nota de rodapé nº 71).

[30] Um exemplo do que se está afirmando é claramente observado nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira sobre a posse: "Embora o romano nunca fosse propenso às abstrações e por isso não tivesse elaborado uma teoria pura da posse, aquele Direito foi particularmente minucioso ao disciplinar este instituto. Tão cuidadoso, que quase todos os sistemas jurídicos vigentes adotam-no por modelo." (p. 15) Sobre a propriedade, escreve o autor: "A raiz histórica do nosso instituto da propriedade vai-se prender no Direito Romano, onde foi ela individual desde os primeiros monumentos." (p. 82) (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – v. IV – direitos reais. 18ª ed.

Deve-se evitar o grave equívoco de identificar nas relações de pertencimento do passado, especialmente aquelas reguladas pelo direito romano, ou em qualquer outro período histórico anterior à modernidade, o simples reflexo do presente.[31] Além disso, destaca-se que a propriedade privada da forma como foi constituída pelo pensamento jurídico moderno, especialmente pelas suas características de simplicidade e abstração, é uma novidade do ponto de vista historiográfico. Não é possível esquecer, também, as inúmeras relações de pertencimento existentes na civilização medieval ordenadas pelo direito.

Outra estratégia justificadora e legitimadora do direito atual, um pouco diversa da acima relatada, mas que também é observada em muitas das introduções históricas dos manuais de direito em geral e de direito civil em matéria de posse e propriedade, é apresentar o presente como resultado de muitos anos de evolução.[32] Este modelo progressista-evolucionista de pensamento concebe "a história como uma acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade."[33]

São Paulo: Forense, 2004). Outro exemplo desse tipo de discurso historicista é encontrado no curso de direito das coisas de Maria Helena Diniz; segundo a autora, "é no direito romano que vamos encontrar a raiz histórica da propriedade. Na era romana preponderava um sentido individualista de propriedade (...)". (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – 4º v. – direito das coisas. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99).

[31] Como explica José Reinaldo de Lima Lopes, a "visão geral do direito antigo, incluindo o direito romano, serve para marcar as essenciais diferenças entre o que hoje chamamos direito e o que foi o direito de civilizações já desaparecidas. De fato, de alguma forma, inseridos que estamos na órbita da civilização ocidental, é claro que a herança romana nos chegou, assim como algo da herança grega. Apesar disso é bom lembrar que o direito romano só nos chega porque foi 'redescoberto' e verdadeiramente 'reinventado' duas vezes na Europa ocidental: a primeira vez nos séculos XII a XV e a segunda vez no século XIX, respectivamente pelos juristas da universidade medieval, glosadores e comentadores, e pelos professores alemães que tentavam a unificação nacional." (...) "Nestes termos, a redescoberta do direito romano nunca veio acompanhada das mesmas instituições ou ambiente cultural originais e aqui será bom marcar estas diferenças." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 29-30). Uma análise interessante sobre as particularidades das idéias de propriedade no direito romano em relação ao direito moderno é verificada na obra de MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil: para a crítica histórica do 'paradigma civilístico'. Coimbra: Almedina, 1990.

[32] Apenas como exemplo desse discurso evolucionista, vale a transcrição de um pequeno trecho sobre a proteção possessória de Orlando Gomes: "A proteção que o Direito dispensa à posse, na atualidade, é uma derivação do sistema de defesa possessória do Direito Romano. Mas, no curso dos séculos, a ordenação romana foi enxertada com elementos novos, provenientes, principalmente, do Direito germânico, do Direito consuetudinário francês e do Direito Canônico. Deste modo, para melhor conhecimento dos meios de tutela da posse no direito moderno, é interessante proceder a uma resenha histórica de sua evolução; verificando, numa palavra, como surgiram e se desenvolveram." (GOMES, Orlando. Direitos reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 92-93).

[33] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 28. No mesmo sentido, afirma Hespanha que "Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que

Nessa outra linha historicista, a "distorção se dá justamente na medida em que neste discurso a experiência jurídica é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocarão de modo natural e lógico no presente, demonstrando os institutos jurídicos atuais como resultado conseqüente da experiência histórica"[34]. O direito passa a ser compreendido como algo em constante evolução, o que se tem hoje é fruto do "progresso" do que se tinha antes.

Nesses termos, "baseado numa noção de progresso que lhe serve de substrato, a história do direito seria capaz de demonstrar como o evolver da dogmática e das leis no tempo culminou naquele que seria o direito mais evoluído, mais racional, mais moderno e mais científico e que, por tudo isto, seria também aquele que está mais isento de quaisquer críticas: o direito atual"[35]. O passado apresenta uma relação direta e harmônica com o presente e procura justificá-lo. Com isso, "a história progressiva promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana (...)"[36]. A linha histórica arbitrária, instituída por esse jogo de causas e conseqüências, estabelece uma empatia entre o passado e o presente, como já havia denunciado Walter Benjamin.[37]

Institutos jurídicos localizados temporalmente, como é o caso da propriedade privada e da posse no direito moderno, são apresentados como frutos de uma

---

acabou por acontecer. Deste ponto de vista, é sempre possível encontrar prenúncios e antecipações para o que se veio a verificar." (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 29).

[34] FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito ..., p. 572-573.

[35] FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito ..., p. 573.

[36] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 29.

[37] BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: LÖWY, Michael. Walter Benjamin: aviso de incêndio – uma leitura das teses "sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005. Conforme explica Benjamin, "O Historicismo contenta-se em estabelecer um nexo causal entre os diversos momentos da história. Mas nenhum fato, por ser causa, já é, só por isso, um fato histórico." (Apêndice A). Em outra parte da obra, Benjamin pergunta "com quem, afinal, propriamente o historiador do Historicismo se identifica afetivamente? A resposta é inegavelmente: com o vencedor. Ora, os dominantes de turno são os herdeiros de todos os que, algum dia, venceram. A identificação afetiva com o vencedor ocorre, portanto, sempre, em proveito dos vencedores de turno." (Tese VII).

progressão linear no tempo, são o resultado de mais de dois mil anos de evolução, acúmulo e aperfeiçoamento de conhecimentos.

Em ambos os discursos historicistas acima indicados, a lógica do presente passa a presidir toda a investigação do passado. Ocorre que a história das relações jurídicas entre os homens e os bens é marcada por diferentes experiências constituídas em variados contextos e culturas. Identificar as diferenças, peculiaridades e rupturas dos diversos vínculos jurídicos envolvendo as pessoas e os bens é tarefa do historiador do direito.

Todavia, ao estudar as diversas noções de pertencimento na história, muito pouco familiares, deve-se ter claro que o percurso a ser realizado não é simples e contínuo. Como ensina Pietro Costa, a viagem ao passado é uma complexa aproximação em direção ao desconhecido e de descoberta do diferente.[38]

2 O DIREITO E SUA IMPORTÂNCIA NA HISTÓRIA

Estudar a dimensão histórica do direito é algo fundamental para bem compreendê-lo. Conforme anteriormente observado, não há como conceber o direito sem entender o seu aspecto profundamente humano e social; é produto dos homens, manifesta-se nas diversas relações humanas e encontra validade no seio e nos valores de

[38] Pietro Costa ensina que "A historiografia é uma viagem no tempo: uma frágil e arriscada *peregrinatio* em mundos distantes e estranhos. Para que serve uma viagem historiográfica no tempo? São possíveis diversas respostas. Para o historicista, viajar no tempo significa traçar uma linha reta e segura entre o passado e o presente, imergir o presente no passado para entender as raízes do primeiro e a direção de sentido do segundo. Para o historicista, a história é útil para entender o presente. Viajar é útil. Porém, é possível também uma atitude diferente: a atitude do viajante distraído e curioso. Para esse viajante, não existe uma linha segura e reta que ligue o passado e o presente. O passado é uma realidade complicada e confusa: não se pode reconstruí-la em sua totalidade; ela é feita somente por conjecturas e aproximações; não parece revelar uma direção unívoca e segura; não mostra o sinal de uma linha ou de várias linhas contínuas e claras; apresenta-se muito mais como um emaranhado de segmentos que se entrecruzam, perdem-se, recomeçam, interrompem-se; não é uma linha e nem um círculo, muito mais um labirinto. Para este viajante o sentido da viagem não está na ligação com o presente, mas sim na experiência do estranhamento. O sentido da viagem não é a pesquisa do familiar, mas o confronto com o diferente." (COSTA, Pietro. O conhecimento do passado: dilemas e instrumentos da historiografia. Curitiba: Juruá, 2007, p. 16-17).

uma determinada comunidade.[39] O direito está enraizado em sociedade e a reflexão sobre as diferentes relações de pertencimento, envolvendo as pessoas e as coisas, não pode deixar de considerar esse dado fundamental.

Justamente por isso, é importante ressaltar outro aspecto algumas vezes esquecido ou ignorado por alguns historiadores: o direito é um elemento constitutivo e fundamental de uma determinada sociedade, "é talvez o modo mais significativo que uma comunidade tem de viver a sua história"[40]. Isso significa dizer que também não é possível compreender uma determinada realidade social sem levar em consideração o fenômeno jurídico. O direito "participa" concretamente da vida das pessoas, pode ser considerado como imanente à sociedade e, por isso, os fenômenos jurídicos são dados históricos importantíssimos.

O historiador do direito, por um lado, não pode se restringir unicamente a descrições formais e lineares do direito oficial e letrado, mas, por outro, não deve abandonar as especificidades do direito e aquilo que o direito tem de essencial para a compreensão de uma determinada sociedade e de sua história. Na síntese de Paolo Grossi, *"il diritto è strumento prezioso per la comprensione d'una determinata civiltà, perché sta al cuore di quella civiltà."*[41]

Nessa perspectiva, o direito (assim como a sua história) não pode ser reduzido a mero reflexo de práticas econômicas e sociais sem qualquer densidade e autonomia, ou seja, não se deve desprezar o fenômeno jurídico nas suas profundas singularidades e o papel fundamental desempenhado pelo direito na ordenação e constituição da realidade.

---

[39] Conforme Paolo Grossi, "Se o direito é vocacionado a ordenar a história humana, é certo que tenha em si uma determinada vocação a encarnar-se na experiência histórica, transformando-se numa dimensão insuprimível de tal experiência. E como trama da experiência o direito vive a sua vida, bem inserido no tecido social, econômico e político." (GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35).

[40] GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito ..., p. 18.

[41] GROSSI, Paolo. Storia sociale e dimensione giuridica. In: GROSSI, Paolo (org.). Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro – atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 05. [Tradução livre: o direito é instrumento precioso para a compreensão de uma determinada civilização, porque está no coração daquela civilização.]

Ainda, segundo Grossi, o problema é antes de tudo epistemológico, pois, ao considerar a autonomia da dimensão jurídica, embora constituinte da complexa realidade social, não se deve dissolver a história do direito na história social; e, por isso, é importante se preocupar em definir o objeto e os conteúdos específicos da história do direito, bem como os instrumentos necessários para identificá-los, analisá-los e compreendê-los.[42] Valorizar o direito significa conceber a complexidade do real e as múltiplas formas de compreender a história, não desprezá-las. De acordo com Paolo Grossi, o que se busca é "reivindicar uma inabdicável identidade ao historiador do direito, ao seu ofício, ao seu conhecimento científico; uma identidade sobre a qual somente se funda a cidadania intelectual e a sua utilidade social. Ele tem o dever – já o dissemos antes – de não esquecer que o jurídico está imerso no social, mas tem também o dever – de igual intensidade – de reconstruir aquele jurídico na sua especificidade."[43]

Ao analisar as diversas formas de ordenação das relações de pertencimento em sociedade ao longo da história, em especial a posse, o historiador do direito não pode ficar preso a uma visão formalista da dimensão jurídica que compreende

---

[42] De acordo com Paolo Grossi, *"Il problema è, cioè, anzitutto, epistemologico. Se noi crediamo – e io lo credo fermamente – che il giuridico sia una dimensione autonoma della sfaccettata e complessa realtà sociale; se crediamo – e io lo credo fermamente – che non si debba spegnere la storia del diritto in una vaga e fumosa storia sociale; se teniamo – e io ci tengo fermamente – a segnare con precisione confini e contenuti del nostro oggetto conoscitivo, allora è semplicemente un atto di coerenza elementare la conoscenza degli strumenti di analisi scientifica appropriati a percepirlo, valorizzarlo, definirlo. Né si dica che insistere su questa valenza 'tecnica'significhi indulgere a una visione formalistica e riduttiva della ricchezza storica, e risecchisca lo storico del diritto in un analista di forme avulse dall`incandescenza complessa del reale. Che lo storico del diritto, da giurista qual è, maneggi gli strumenti tecnici del giurista, vuol dir soltanto che egli deve maneggiar strumenti specifici e adeguati a valorizzare soprattutto una dimensione del sociale."* (GROSSI, Paolo. Parole introduttive. In: GROSSI, Paolo (org.). L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno: strumenti, destinatari, prospettive – atti dell'incontro di studio, Firenze, 6-7 novembre, 1992. Milano: Giuffrè, 1993, p. 08-09). [Tradução livre: Ou seja, o problema é, antes de tudo, epistemológico. Se nós cremos – e eu creio firmemente – que o jurídico seja uma dimensão autônoma da multifacetada e complexa realidade social; se cremos – e eu creio firmemente – que não se deva diluir a história do direito em uma vaga e nebulosa história social; se fazemos questão – e eu faço plenamente – de assinalar com precisão fronteiras e conteúdos do nosso objeto cognitivo, então é simplesmente um ato de coerência elementar o conhecimento dos instrumentos de análise científica apropriados a percebê-lo, valorizá-lo, defini-lo. Não se diga tampouco que insistir nessa valência 'técnica' signifique condescender a uma visão formalista e redutiva da riqueza histórica, e reduza o historiador do direito a um analista de formas avulsas da incandescência complexa do real. O fato que o historiador do direito, de jurista que é, maneje os instrumentos técnicos do jurista, quer dizer somente que ele deve manejar instrumentos específicos e adequados a valorizar sobretudo *uma* dimensão do social.]

[43] GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios ..., p. 25.

o direito como um simples conjunto de fontes formais. Todavia, conforme observado, o mesmo historiador deve evitar o equívoco oposto, ou seja, não pode ignorar o fenômeno jurídico e o seu papel nuclear na constituição de uma determinada comunidade.

Reconhecer a autonomia e a dignidade do direito, sem evidentemente desconsiderar as suas diversas relações com os demais aspectos da realidade humana, implica também considerar que existem ferramentas específicas que podem e devem ser manejadas pelo historiador do direito, ou por todo aquele que quer levar o direito a sério.[44]

Talvez, essa seja uma crítica que possa ser feita a muitos dos historiadores que ainda permanecem presos a certo preconceito, em relação ao direito, que pode ser observado na primeira geração da Escola dos *Annales.*[45] Como explica António Manuel Hespanha, a primeira geração da Escola dos *Annales*, procurando romper com a chamada história dos vencedores (dos grandes personagens e dos grandes acontecimentos) e com o formalismo da historiografia jurídica tradicional (que se preocupava apenas com a evolução do direito oficial, formal e letrado) acabou

---

[44] Conforme Paolo Grossi, *"Non si abbia un infondato timore della tecnità del nostro sapere, giacché 'tecnico' qui vale semplicemente per specifico, è l'occhiale appopriato per mettere a fuoco l'aspetto della realtà che ci interessa, un aspetto – il giuridico – che non imponiamo artificiosamente a quella realtà ma che è ad essa squisitamente ontico."* (GROSSI, Paolo. Parole introduttive ..., p. 09). [Tradução livre: Não se tenha um infundado temor da tecnicidade do nosso saber, já que 'técnico' aqui vale simplesmente como específico, é a lente apropriada para colocar em foco o aspecto da realidade que nos interessa, um aspecto – o jurídico – que não impomos artificialmente àquela realidade mas que é para ela deliciosamente ôntico.] Ainda segundo Grossi, "*il sapere tecnico è una sorta di sapere confessorio per i giuristi, è cioè espressivo al massimo grado di cultura, ideologie, idealità dei giuristi stessi."* (GROSSI, Paolo. Scienza giuridica italiana: un profilo storico 1860-1950. Milano: Giuffrè, 2000, p. XVI). [Tradução livre: o saber técnico é uma espécie de saber confessional para os juristas, ou seja, é expressivo, ao máximo grau, de cultura, ideologias, idealidades dos próprios juristas.]

[45] Sobre a Escola dos *Annales* a bibliografia é vastíssima, indicam-se apenas para uma aproximação inicial com as principais idéias dessa escola os seguintes livros: BURKE, Peter. A Escola dos *Annales* (1929 – 1989): a revolução francesa da historiografia. 4ª reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1997; LE GOFF, Jacques. A história nova. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Segundo Peter Burke, "Da produção intelectual, no campo da historiografia, no século XX, uma importante parcela do que existe de mais inovador, notável e significativo, origina-se da França. La *nouvelle histoire*, como é freqüentemente chamada, é pelo menos tão conhecida como francesa e tão controvertida quanto *la nouvelle cuisine* (Le Goff, 1978). Uma boa parte dessa nova história é o produto de um pequeno grupo associado à revista *Annales*, criada em 1929. Embora esse grupo seja chamado geralmente de a 'Escola dos *Annales*', por se enfatizar o que possuem em comum, seus membros, muitas vezes, negam sua existência ao realçarem as diferentes contribuições individuais no interior do grupo. (...) O núcleo central do grupo é formado por Lucien Febvre, Marc Bloch, Fernand Braudel, Georges Duby, Jacques Le Goff e Emmanuel Le Roy Ladurie." (BURKE, Peter. A Escola dos *Annales* ..., p. 11).

desprezando em alguma medida o direito, a sua história e, principalmente, a importância da história do direito para a compreensão de uma dada sociedade e de seu percurso histórico.[46]

Sem desconsiderar que hoje não é possível "fazer história" sem sopesar toda a contribuição da Escola dos *Annales* e também a sua importância para a história do direito,[47] o que se procura advertir, na esteira de António Manuel Hespanha, é que não foi dada muita atenção ao direito e à sua história na primeira geração dessa escola de historiadores, e esse estranhamento ainda permanece em parte do discurso historiográfico atual.[48]

---

[46] Segundo Hespanha, a crítica realizada pela primeira geração da Escola dos *Annales* foi dirigida aos "historiadores do direito, que dominavam as faculdades jurídicas e que faziam uma história 'estritamente jurídica', dirigida unicamente para a descrição da evolução do direito oficial e letrado, dos seus aspectos legislativos e conceituais (ou 'dogmáticos') (*Dogmengeschichte*), não considerando, nem o contexto social destes, nem as múltiplas formas de organização e de constrangimento que não têm origem no poder oficial, nem abrigo no discurso letrado sobre o direito." (...) "A crítica da Escola dos *Annales* era justa, se dirigida apenas contra quem a merecia. Mas acabou por ter efeitos excessivos e prejudiciais. Excessivos, por atingir, indistintamente, toda a historiografia do poder e das instituições, mesmo aquela que nunca tinha perdido de vista que, como instituição social, o direito não podia deixar de manter relações multifacetadas com a realidade social envolvente. Prejudiciais, porque levou os historiadores a deixarem, inconsideradamente, fora do seu campo de análise os fenómenos institucionais e jurídicos, como se estes não fossem senão consequências directas e imediatas dos fenómenos sociais." (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 18-19).

[47] Algumas contribuições da Escola dos *Annales* para a história do direito podem ser aqui listadas, de forma meramente exemplificativa, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto: i) primeiramente, a Escola dos *Annales* rompe e supera a historiografia positivista e a pretensão do historicismo em estabelecer "a" verdade; ii) além disso, a preocupação com uma história total ou global e não apenas com a história política (ainda que a dimensão jurídica tenha sido desprezada, conforme observado, pela primeira geração); iii) destaca-se também a desconfiança da Escola dos *Annales* com o episódio e a atenção para a longa duração, noção que parece ser fundamental para compreender o direito que, como diria Grossi, é antes de tudo "mentalidade"; iv) a idéia de ruptura na história e o desprezo com as continuidades e com o "mito das origens" (especialmente, no direito, o de que tudo começou em Roma); v) uma historiografia crítica, vista de baixo, que se preocupa com outras fontes que não apenas as fontes oficiais e escritas. Ainda, sobre o papel e a contribuição da Escola dos *Annales* para a história do direito, ver a Dissertação de Mestrado de: FONSECA, Ricardo Marcelo. Direito e história: relações entre concepção de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha. Ver também: PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Discurso histórico e direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Direito e discurso: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 131-137; WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno ..., p. 55-67; LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 17-28; GROSSI, Paolo. Storia sociale e dimensione giuridica ..., p. 05-19; HESPANHA, António Manuel. Une "nouvelle histoire" du droit?. In: GROSSI, Paolo (org.). Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro – atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 315-340.

[48] Essa questão é amplamente discutida no congresso internacional ocorrido no "Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno", em Firenze, nos dias 26 e 27 de abril de 1985, organizado por Paolo Grossi e, posteriormente publicado na obra já citada: GROSSI, Paolo (org.). Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. No congresso, o próprio Jacques Le Goff reconhece a dificuldade dos historiadores em geral, especialmente na França, e da própria Escolas dos *Annales*, em trabalhar com a história do direito. (LE GOFF,

Ao criticar a historiografia jurídica tradicional (chamada de historicismo), a primeira geração do "movimento"[49] dos *Annales* não se preocupou com a elaboração de uma "nova história do direito"[50] e, conseqüentemente, com muitos aspectos específicos e relevantes da dimensão jurídica. A história das instituições acabou sendo ignorada e "as formas jurídicas, institucionais e políticas [foram] reduzidas a um 'mero reflexo' da prática económico-social ('economicismo'), desprovidos de espessura e autonomia."[51]

A posição da primeira geração da Escola dos *Annales* em relação à história das instituições, apesar da sua importância, teve alguns efeitos negativos; a dimensão jurídica não foi levada muito em consideração e a história do direito foi mantida em silêncio.[52] Em virtude disso, como "disciplina histórica, a história jurídica e institucional está hoje a [se] recuperar do ostracismo a que tinha sido condenada pela primeira geração da *École des Annales*."[53]

Jacques. Histoire medievale et histoire du droit: un dialogue difficile. In: GROSSI, Paolo (org.). Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro – atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 23-63.

[49] Em virtude da pluralidade de temáticas, objetos e métodos de análise, "Talvez seja preferível falar num movimento dos *Annales*, não numa 'escola'." (BURKE, Peter. A Escola dos *Annales* ..., p. 12).

[50] Sobre o tema, veja-se o trabalho, acima citado, de HESPANHA, António Manuel. Une "nouvelle histoire" du droit?.

[51] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 19.

[52] Paolo Grossi também critica os historiadores da Escola dos *Annales* que condenam a dimensão jurídica ao silêncio; segundo ele, *"Ciò che invece non riusciamo sinceramente a comprendere è la diffidenza programmatica e generale per il giuridico, la sua espunzione dal novero delle scienze sociali, la sua condanna all`esorcismo più umiliante: quello del silenzio. Soprattutto quando si constata che da parte della 'nouvelle histoire' si maneggiano strumenti che sono intrinsecamente giuridici, realtà a più dimensioni di cui si pretende di valorizzare una sola."* (GROSSI, Paolo. Storia sociale e dimensione giuridica ..., p. 10-11). [Tradução livre: Aquilo que sinceramente não conseguimos compreender é a desconfiança programática e geral pelo jurídico, a sua supressão do rol das ciências sociais, a sua condenação ao exorcismo mais humilhante: o do silêncio. Sobretudo quando se constata que por parte da 'nouvelle histoire' manejam-se instrumentos que são intrinsecamente jurídicos, realidades com várias dimensões, das quais se pretende valorizar apenas uma.] A crítica não se aplica, no entanto, a um dos fundadores da Escola dos *Annales,* o historiador Marc Bloch, pelo fato deste autor se preocupar efetivamente com o direito. Para verificar isso, vide BLOCH, Marc. A sociedade feudal. 2ª ed. Lisboa: Edições 70, 2001.

[53] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 45

Crítica similar pode ser feita a uma perspectiva historiográfica marxista-determinista que elimina a autonomia do direito ao compreender a superestrutura como um simples reflexo da infraestrutura. Na interpretação "marxista vulgar"[54] e equivocada da história, contrária a uma leitura dialética do pensamento de Marx, o fator econômico é o componente determinante dos demais aspectos sociais, ou seja, a economia teria o poder de condicionar todas as demais dimensões da realidade que seriam, por isso, meramente passivas.

Na explicação de Eric Hobsbawm, a "'interpretação econômica da história', ou seja, a crença de que o fator econômico é o fator fundamental do qual dependem os demais"[55], pressupõe o modelo "da 'base e superestrutura' (utilizado mais amplamente para explicar a história das idéias). A despeito das próprias advertências de Marx e Engels (...), esse modelo era usualmente interpretado como uma simples relação de dominância e dependência entre a 'base econômica" e a 'superestrutura', na maioria das vezes mediada pelo 'Interesse de classe e a luta de classes."[56] Ainda segundo Hobsbawm, "Tem-se a impressão de que diversos historiadores marxistas vulgares não liam muito além da primeira página do Manifesto Comunista, e da frase: 'a história [escrita] de todas as sociedades até agora existentes é a história das lutas de classes'."[57] Nessa maneira equivocada de compreender a temporalidade, a importância do direito para compreender a história de uma determinada comunidade é anulada. Além disso, nessa mesma perspectiva, a história do direito seria apenas um apêndice ou uma representação mecânica de uma história econômica.

---

[54] O historiador Eric Hobsbawm faz um levantamento de características do chamado "marxismo vulgar" e seu impacto na historiografia marxista na sua obra: HOBSBAWM, Eric. Sobre história. 7ª. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 159-160.

[55] HOBSBAWM, Eric. Sobre história ..., p. 159.

[56] HOBSBAWM, Eric. Sobre história ..., p. 159.

[57] HOBSBAWM, Eric. Sobre história ..., p. 159-160.

Não se deve abandonar o direito ou ignorar a sua temporalidade, mas também não é possível reduzir o devir humano a uma única lógica.[58] O historiador do direito, sem deixar de considerar a complexidade da realidade e compreender que o direito está inserido nesse contexto, deve estar atento às especificidades do seu ofício, tomando o cuidado para não identificar o direito e o seu papel na sociedade apenas como um reflexo de uma determinada situação econômica ou de uma infra-estrutura. Cabe ao historiador do direito considerar o seu espaço e a sua gramática,[59] sem evidentemente fechar os olhos para o todo. Em relação ao estudo da história da regulamentação das relações jurídicas abarcando as pessoas e as coisas, deve-se ter um cuidado especial com as particularidades do direito e de sua importância na história.

3 O PASSADO DO DIREITO BRASILEIRO: UMA LEITURA CAUTELOSA

Ao trabalhar com a formação da posse no âmbito jurídico brasileiro a partir da segunda metade do século XIX, outra preocupação metodológica que o historiador do direito deve observar para não cometer graves equívocos é considerar seriamente que "a experiência histórica brasileira é muito diversa daquela européia e por isso devemos tomar cuidado ao importar à realidade luso-americana as categorias utilizadas pelos historiadores que se voltam ao velho mundo."[60] São planetas jurídicos

[58] Ricardo Marcelo Fonseca, explicando a contribuição do marxismo para a história do direito no pensamento de António Manuel Hespanha, afirma: "Como não há uma única lógica no devir humano, mas lógicas diferentes dos vários comportamentos, pode-se notar diferentes evoluções nas esferas econômica, social, política, religiosa, jurídica, etc, cada uma delas ligada a um motor e um ritmo próprios. A partir daí, então, não é mais legítima uma postura teórica que reduza a radical complexidade do real a uma prática (ainda que a economia) como sendo fundante de todos os outros níveis." (FONSECA, Ricardo Marcelo. Direito e história: relações entre concepção de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha ..., p. 62).

[59] Na síntese proposta por Grossi, "Sem esquecer todo o resto, é necessário fundar e centrar o discurso histórico-jurídico em um observatório autônomo que exalte essa gramática e sobretudo naquelas fontes que estejam em condições de exprimir completamente a particular abordagem cognoscitiva da realidade e dela construtiva que é o direito." (GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios ..., p. 26-27).

[60] FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 98. Um bom

muito diferentes com histórias bastante diversas, principalmente em se tratando das relações dos homens com as coisas.

Parece não ser possível investigar o passado de um instituto jurídico, como a posse, sem considerar o fato que o processo histórico brasileiro de construção de sua cultura jurídica possui inúmeras peculiaridades, características próprias que fazem com que a utilização de instrumentais teóricos de análise, principalmente da história do direito europeu, tenham de passar por significativas mediações.

O nascimento e o desenvolvimento de uma cultura jurídica brasileira,[61] após a Independência do Brasil, ocorreram em um ambiente histórico complexo e de grandes tensões. Conforme explicam Ricardo Marcelo Fonseca e Airton

---

exemplo é o conceito de feudalismo, nas palavras de Ricardo Fonseca, no mesmo texto citado, "O conceito de feudalismo, por exemplo, é problemático e não funcional quando voltado à realidade colonial brasileira, já que todo o projeto de colonização fazia parte de um processo de expansão comercial que era próprio do início do capitalismo." (p. 98). Nessa perspectiva, afirma Andrei Koerner que "Não se trata de nacionalismo jurídico ou acadêmico, ou de uma especial predileção por singularidades locais. Mas, simplesmente, de que não devemos tomar ao pé da letra teses e interpretações que só adquirem pleno sentido se considerados os debates intelectuais e contextos históricos a que elas se referem, em boa parte implicitamente. Ao tratar a produção já consolidada no campo da história do direito em outros países, a atenção prioritária deve ser nos modelos teóricos, nos métodos, e na maneira pela qual eles tratam as técnicas e fontes de pesquisa." (KOERNER, Andrei. Nômades, provincianos, fronteiriços: reflexos sobre a institucionalização acadêmica da história do direito no Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 445-446).

[61] Sem desconsiderar a existência de um direito colonial brasileiro, em relação ao início e à formação da cultura jurídica brasileira, adota-se aqui o posicionamento de Ricardo Marcelo Fonseca ao expor que "a análise da formação de uma cultura jurídica brasileira deve ter seu ponto de partida no momento da independência política, quando a vida jurídica do Brasil começa a ganhar autonomia com relação àquela de Portugal." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, p. 97-116, 2005 , p. 98). Sobre a ordem jurídica colonial brasileira e suas particularidades, vide a obra de HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n. XXXV, Milano: Giuffrè, p. 59-81, 2006. A noção de cultura jurídica brasileira adotada no presente trabalho é baseada no entendimento de Ricardo Marcelo Fonseca, ao afirmar que "A 'cultura jurídica brasileira', aqui, não pode ser aferida consoante critérios de 'melhor' ou 'pior', de 'mais' ou 'menos' refinamento intelectual, mas sim como o conjunto de padrões e significados que circulavam e prevaleciam nas instituições jurídicas brasileiras do Império (faculdades, institutos profissionais de advogados e magistrados, o foro, e, em alguns casos, no parlamento), e que atribuíam uma tipicidade ao direito brasileiro. A cultura jurídica brasileira é um fato histórico antropológico que se dá a partir dos elementos (humanos, doutrinais, sociais, econômicos, etc.) presentes na sociedade brasileira desta época e dentro de aparatos institucionais localizáveis dentro das vicissitudes históricas brasileiras. Emprestando a terminologia de Michel Foucault, ela constitui uma configuração discursiva (cheia de mecanismos de controle, de seleção, de organização, como também de procedimentos de interdição e de estabelecimentos de privilégios) que só pode ser compreendida dentro de um tempo-espaço determinado, e nunca a partir de uma referência meta-histórica, dotada de uma universalidade que invoca uma 'soberania do significante' sobre as experiências concretas." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 114-115).

Cerqueira Leite Seelaender, "no século XIX o Brasil teve que confrontar o seu passado colonial com o desejo de ingressar, como Estado independente, na modernidade política e jurídica liberal. Foi um momento de transição e de contradições – mas também de definições que marcariam de maneira profunda o modo de ser do direito e da ciência jurídica brasileira."[62] O "desejo de modernização jurídica", verificada no contexto brasileiro do período, acaba se chocando com tradições muito remotas herdadas da antiga metrópole e incorporadas ao direito nacional.

Verificam-se, assim, inúmeras permanências de um direito comum (*ius commune*[63]), próprio da Idade Média européia, como, por exemplo, a manutenção no Brasil mesmo após a Independência de toda a legislação portuguesa, especialmente as Ordenações Filipinas. Pode-se dizer que "estão presentes as sombras do velho mundo do antigo regime"[64] no cenário jurídico brasileiro do século XIX. Parece ser interessante e necessário refletir sobre essas peculiaridades[65] no âmbito da posse.

No entanto, significativas rupturas com o passado jurídico podem ser constatadas, "num convívio nada harmônico, percebe-se um conjunto de idéias novas, provenientes dos lugares em que ocorrem revoluções liberais, que tentam colocar o jovem Estado brasileiro entre as nações modernas".[66] A Lei da Boa Razão[67] (ainda no período

---

[62] FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 08.

[63] A definição do *ius commune* e a análise das suas características principais serão realizadas no desenvolvimento desse trabalho (capítulo 1). Duas obras, anteriormente citadas, importantíssimas sobre o tema são: CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico. v. 1 ..., p. 21-318; CALASSO, Francesco. Medio Evo del diritto ..., p. 345 - 629.

[64] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 99.

[65] Deve ser destacado, conforme explica Ricardo Marcelo Fonseca, que "Essas tipicidades, todavia, ao nosso ver não podem levar à conclusão de que ainda no início do século XX o direito brasileiro era idêntico àquele direito dos séculos XVII e XVIII, quando então Portugal, a metrópole, trouxe à sua colônia na América todo o aparato jurídico vigente – então consubstanciado sobretudo nas já citadas Ordenações de Felipe II. Existem alguns fatores de descontinuidade, somados às peculiaridades da formação histórica brasileira, que denotam um desenrolar da cultura jurídica muito particular." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 44, p. 61-76, 2006, p. 62).

[66] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 99.

colonial), a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, as intervenções legislativas "modernizadoras" do império (como exemplo, o Código Criminal de 1830 e a Lei de Terras de 1850), as tentativas frustradas de codificação[68], entre outros fatores[69], sugerem um "outro momento" do direito brasileiro.

Essas transformações ou indícios de mudanças caminham em direção a um "estatalismo jurídico"[70] próprio da modernidade ocidental européia, mas os passos são lentos e aparentemente não são dados todos no Brasil do século XIX em matéria de posse. Trata-se de mais um aspecto da complexidade desse tempo do direito brasileiro que merece ser conhecido e explorado.

Os argumentos, acima elencados e que serão desenvolvidos ao longo do trabalho, são exemplos relevantes que alertam para a tipicidade da cultura jurídica brasileira do período e evidenciam a necessidade de se ter cautela com a valorização do papel da lei como fonte formal de direito na segunda metade do século XIX. Questão interessante que deve ser investigada e debatida ao longo do trabalho

---

[67] Sobre a legislação pombalina, verificar a obra de MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A Legislação Pombalina: alguns aspectos fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

[68] Sobre a dificuldade brasileira no processo de codificação civil, verificar: FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 61-76.

[69] Em relação a outros elementos de análise desse complexo contexto brasileiro, um exemplo interessante é dado por Samuel Rodrigues Barbosa ao destacar a relevância histórica da edição de Cândido Mendes das Ordenações Filipinas; segundo o historiador do direito "A edição de Cândido Mendes das Ordenações Filipinas merece ser investigada na sua forma e no seu desempenho como meio de difusão. Perdem-se informações valiosas ao tomá-la apenas como mais uma edição das Ordenações ou como uma fonte primária sem mais. Na introdução, a edição é justificada como 'um remédio provisório', enquanto não se completa positivamente a esperada codificação do direito civil". (BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 366).

[70] Esse processo, verificado na modernidade ocidental européia, em que o direito cada vez mais passa a ser um produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo progressivamente com isso a sua dimensão plural e social, segundo Paolo Grossi, pode ser chamado de "Absolutismo Jurídico" (GROSSI, Paolo. Assolutismo giuridico e diritto privato. Milano: Giuffrè, 1988). Em sentido um pouco diverso, mas que aponta igualmente para esse estatalismo típico da modernidade jurídica, António Manuel Hespanha em seu livro de introdução ao estudo do direito, intitulado "O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje", destaca que muito do que se afirma atualmente acerca do universo jurídico é "resultado de um modelo de pensar o direito e os saberes jurídicos que se estabeleceu, há cerca de 200 anos, quando a generalidade dos juristas pensava que o *direito tinha que ser uma criação do Estado*, um *reflexo da sua soberania*, um *resultado da sua vontade*." (HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19).

envolve a possibilidade e pertinência de se trabalhar com a idéia de "absolutismo jurídico", aos moldes "grossianos", no Brasil do século XIX. Notadamente em matéria de relações de pertencimento parece ser equivocado atribuir um papel muito relevante às legislações modernizadoras do período.[71]

Analisar o direito oficial e suas fontes é importante para se compreender melhor a formação da idéia de posse no âmbito da cultura jurídica brasileira, mas não é o suficiente. Investigar outras manifestações de pertencimento que transcendem o "espaço" do Estado é necessário para demonstrar a contingência histórica de algumas "soluções jurídicas" encontradas na construção da teoria possessória do direito brasileiro.

Nesse contexto bastante interessante, complexo e típico, que será analisado com mais vagar na seqüência do trabalho, de forma cautelosa e considerando as inúmeras possibilidades de se dedicar ao tema proposto, surgem alguns questionamentos que pautaram boa parte das preocupações teóricas da presente pesquisa e estão a seguir elencados:

i) Como o direito comum europeu e, principalmente, a "herança portuguesa" influenciaram o direito brasileiro em matéria possessória e quais aspectos mais acentuados dessa "tradição jurídica" foram recepcionados, adaptados e utilizados na construção histórica desse instituto?

ii) Qual a influência do direito romano e do direito canônico para a elaboração da teoria possessória no direito brasileiro, ou melhor, como esses discursos foram lidos e apropriados pela doutrina e são observados em parte dos julgados da época?

iii) Considerando a ausência de um texto normativo que sintetizasse ou tivesse a pretensão de regulamentar toda a teoria possessória, quais eram as fontes normativas formais utilizadas e qual a importância dessas fontes para a teoria possessória

[71] Um exemplo desse equívoco em matéria de propriedade é verificado no livro de VARELA, Laura Beck. Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. O que se verifica, na obra citada, é a atribuição de um papel exagerado às legislações modernizadoras em matéria de propriedade (especialmente a Lei de Terras de 1850 e a reforma hipotecária de 1864), desconsiderando em certa medida a importância e a existência de outras fontes formais, bem como o papel da jurisprudência e da doutrina do período analisado. Ou seja, a autora, ao descrever o processo de construção histórica da propriedade privada no Brasil do século XIX e início do século XX, atribui um peso desmesurado à legislação, desconsiderando outros aspectos que constituem o direito e a tipicidade da cultura jurídica brasileira da época.

no direito brasileiro do período estudado? Em última análise, o que se questiona é a relação entre a doutrina e a legislação, bem como a relação destas com os costumes e a praxe.

iv) Qual o papel desempenhado pela doutrina na difícil tarefa de "dizer o direito" em matéria de questões possessórias e se esta doutrina encontrava alguma ressonância ao menos em parte dos julgados da época?

v) Qual a influência do direito estrangeiro no percurso histórico de elaboração da teoria possessória brasileira? Especialmente, nessa mesma perspectiva, quais as fontes doutrinárias e legislativas de outros países que foram mais utilizadas e qual a importância das mesmas fontes no direito brasileiro? Quais autores e quais legislações exerceram mais influência na doutrina, em parte dos julgados e na elaboração da legislação nacionais em matéria de posse?

vi) Qual o ressonância desse processo histórico em relação à idéia de posse e sua regulamentação no direito brasileiro? E, por fim, qual o papel exercido por essa forma de compreender a posse nas relações entre as pessoas e os bens no Brasil do período analisado?

Esses parecem ser questionamentos relevantes que auxiliam na reflexão histórica sobre a formação de uma determinada concepção de posse no direito brasileiro. Conforme observado, a preocupação com esses questionamentos deve levar em consideração o cenário acima esboçado, mas também pode contribuir com a sua construção. As opções existentes e as escolhas realizadas em relação ao regime jurídico da posse e muitos dos seus efeitos recepcionados, reelaborados e adotados no direito brasileiro podem revelar aspectos interessantes da complexa realidade brasileira e possivelmente auxiliar na compreensão do presente.

Considerando a prudente observação de Robert Darnton que "Evidentemente é mais fácil sugerir como a história deve ser escrita do que escrevê-la"[72],

---

[72] DARNTON, Robert. O iluminismo como negócio: história da publicação da 'Enciclopédia' 1775-1800. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 14.

estes são alguns cuidados metodológicos que se procurou seguir no desenvolvimento do presente trabalho.

O propósito da pesquisa é analisar a construção histórica da posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao início do século XX, considerando as preocupações e nuanças teóricas antes referidas. O que se pretende é, assim, realizar um estudo específico sobre a elaboração, no direito, da idéia de posse e suas relações com a propriedade privada no Brasil. Refletir, por conseguinte, sobre os principais discursos jurídicos sobre a posse (e alguns dos seus efeitos) encontrados na legislação, na doutrina e em parte dos julgados brasileiros a partir da segunda metade do século XIX até a aprovação do Código Civil brasileiro de 1916.

O recorte temporal escolhido para a realização da pesquisa (a formação da posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao início do século XX, mais propriamente até o advento do Código Civil de 1916) se deve basicamente a três grandes motivos. Primeiro, é a partir da segunda metade do século XIX que começam a surgir algumas obras específicas sobre os direitos reais e sobre a posse no direito brasileiro; são trabalhos que procuram definir um regime jurídico específico para o instituto. O segundo motivo é que a cultura jurídica brasileira, com características próprias e específicas, desenvolveu-se especialmente nesse período.[73] E, por último, o fato de ser esse um momento muito rico e interessante do direito brasileiro, um tempo de mudanças e rupturas, mas também de permanências e resistências.

O que se procurou realizar foi uma espécie de arqueologia da posse, inventariando, mas também analisando e refletindo sobre o papel e a relevância das fontes formais e doutrinárias existentes na época que procuravam dar contornos normativos ao instituto. Um estudo que se preocupou com os instrumentos mais específicos dos

[73] Conforme explica Ricardo Marcelo Fonseca, "sobretudo a partir dos anos cinqüenta do século XIX que podem ser evidenciadas características mais claras e específicas no sentido de ser possível definir contornos de uma genuína cultura jurídica brasileira." (FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n. 35, Milano: Giuffrè, p. 339-369, 1972, p. 351).

discursos jurídicos sobre a posse e que teve, ao menos, a intenção de valorizá-los como dados históricos fundamentais para a compreensão dessa determinada realidade.

Para isso, além de pesquisar as fontes formais mais relevantes em matéria de relações de pertencimento, analisando-as criticamente, foram investigadas as principais obras jurídicas doutrinárias produzidas no Brasil do período em matéria de direitos reais, propriedade e posse. Inicialmente, foi realizado um levantamento das obras relacionadas ao tema que foram publicadas no Brasil da segunda metade do século XIX até a aprovação do Código Civil de 1916. A idéia foi elaborar um inventário, o mais completo possível, de tudo o que foi publicado nomeadamente sobre a posse na doutrina jurídica brasileira da época.

A partir disso, foram verificadas as fontes formais que eram habitualmente utilizadas pela doutrina brasileira, quais fontes e autores estrangeiros exerciam maior influência na doutrina nacional e como os autores brasileiros compreendiam e trabalhavam com esses discursos. Também foram analisadas as concepções adotadas acerca da posse e, em alguma medida, a noção que esses doutrinadores tinham do que era o próprio direito da época.

Além disso, o trabalho de pesquisa se preocupou com a ressonância em parte dos julgados brasileiros dos principais discursos normativos sobre a posse no direito nacional do período. O que se buscou fazer foi uma leitura sobre a teoria possessória encontrada em pequena parcela das decisões judiciais da época, sem qualquer pretensão de dar conta de toda a jurisprudência e esgotar o assunto. O objetivo principal dessa análise foi verificar quais eram as fontes formais e doutrinárias utilizadas e a relação de pertinência, ou não, entre os discursos doutrinários e os julgados analisados. Utilizou-se, para isso, a revista jurídica intitulada "O Direito", periódico importante e de grande circulação, iniciada em 1873 e publicada até 1913.[74]

[74] Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, até o início da década de 1870, "não havia publicação regular e estável de periódico jurídico relevante no Brasil. As leis eram publicadas remetendo-se cópias para as câmaras, guardado original na Coleção de Leis. As câmaras ficavam encarregadas de dar publicidade. A jurisprudência é limitada." (...) "De forma continuada, particular e não oficialmente, publica-se *O Direito* a partir de 1873. Contém legislação, doutrina e jurisprudência e seus editores são magistrados, um advogado do Conselho de Estado e um advogado. Sua apresentação, porém, é muito cautelosa e representativa do pensamento da época (...)" (LOPES, José Reinaldo de

Foi feito um trabalho de catalogação e análise dos julgados sobre a posse, publicados na revista jurídica "O Direito", de modo a ter uma espécie de panorama, ainda que de forma indiciária, daquilo que parte da jurisprudência brasileira do período compreendia sobre a posse no direito, quais as fontes formais e doutrinárias mais empregadas e de que forma eram utilizadas estas fontes. Foram realizadas algumas verificações, sintetizadas em tabelas (anexas), que procuram indicar os autores nacionais e estrangeiros mais influentes nesses julgados em matéria possessória, as principais fontes formais aplicadas e os assuntos e conteúdos mais recorrentes envolvendo o tema. As noções de posse que podem ser extraídas desses julgados também constituíram preocupação relevante do presente trabalho.

Apesar de analisar muitos dos "discursos jurídicos oficiais" sobre a posse no Brasil da segunda metade do século XIX até o início do século XX, o trabalho realizado procurou caminhar em sentido contrário ao que Hespanha denuncia e denomina de uma "história estritamente jurídica".[75] A intenção da presente pesquisa, nessa perspectiva, foi realizar um estudo sobre a posse que respeite a história, valorize o direito e a sua dimensão temporal.[76]

O que se buscou demonstrar igualmente é que a despeito de a realidade ser bastante complexa em matéria de relações de pertencimento, o direito estatal selecionou, regulamentou e consagrou alguns discursos, sobre o tema da posse,

---

Lima. O direito na história ..., p. 333). Haroldo Valladão entende que a revista "O direito" constitui-se na revista jurídica mais relevante do século XIX. (VALLADÃO, Haroldo. História do direito especialmente do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, p. 88). Um interessante trabalho, em que a autora se utiliza da revista "O Direito" como fonte primária de pesquisa, é a dissertação de mestrado de FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

[75] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 18.

[76] Deve ser ressaltado que existe uma escassez de trabalhos teóricos sobre a posse no direito brasileiro que realizem uma releitura das relações jurídicas envolvendo os homens e as coisas passando necessariamente pelo filtro da história. Pode-se afirmar também que são poucos os trabalhos de história do direito que, sem recair em uma historiografia jurídica tradicional (historicismo jurídico), se preocupam em analisar criticamente os instrumentos típicos dos discursos jurídicos, como a doutrina e a jurisprudência, bem como o seu funcionamento e o seu papel em uma dada sociedade. Em matéria de posse, no direito nacional, isso é praticamente inexistente.

profundamente redutores da complexidade social, condicionando as relações sociais envolvendo pessoas e bens a algumas poucas manifestações jurídicas.

Tudo isso, além de contribuir para a compreensão da teoria possessória elaborada no Brasil a partir da segunda metade do século XIX, revela muito do que era o direito brasileiro e a cultura jurídica nacional do período estudado, sobretudo em matéria de direito privado.

Diante de todo o anteriormente exposto, o presente trabalho foi estruturado em três partes. Alguns aspectos do itinerário histórico da cultura jurídica européia ocidental e as suas relações de pertencimento foram objeto de reflexão no primeiro capítulo. Nessa parte do estudo procurou-se estabelecer algumas diferenças fundamentais entre a ordem jurídica medieval e a ordem jurídica moderna em relação aos vínculos jurídicos envolvendo os indivíduos e as coisas. Da sociedade medieval possessória e reicêntrica para a sociedade moderna proprietária e antropocêntrica, de uma civilização coletivista para uma profundamente individualista, das inúmeras relações de pertencimento da Idade Média para o modelo inventado da propriedade simples e abstrata da modernidade. Nesse movimento histórico complexo, é consagrada uma forma muito específica de compreender a posse, no direito moderno, intensamente vinculada ao ideário da propriedade individual privada.

No segundo capítulo, a cultura jurídica brasileira e algumas das principais formas de apropriação existentes no Brasil da segunda metade do século XIX, foi objeto de reflexão. Procurou-se analisar as peculiaridades e as vicissitudes da cultura jurídica brasileira e sua influência na construção da teoria possessória nacional do período estudado. Um contexto bastante complexo, pois, se de um lado existe um projeto de modernização jurídica, por outro lado as mudanças ocorrem de forma lenta, e muitas "permanências" podem ser constatadas no direito brasileiro do período analisado.

Tendo como "pano de fundo" as elaborações teóricas dos dois primeiros capítulos, buscou-se realizar, na parte final do trabalho, um estudo específico sobre a história da posse no direito brasileiro, da segunda metade do século XIX até o surgimento do Código Civil de 1916, questionando o papel da lei no período, a

importância da doutrina brasileira e as "influências estrangeiras" na elaboração da teoria possessória, assim como as fontes formais e doutrinárias verificadas em parte dos julgados da época e a relevância dessas fontes. Constituiu, também, preocupação desse terceiro capítulo a investigação das etapas ou fases da doutrina jurídica e de parte da jurisprudência brasileiras acerca da posse e, ainda, a sua conformação no Código Civil de 1916 (resultado, em parte, desse percurso histórico) e sua intensa conexão com a idéia de propriedade privada.

CAPÍTULO 1
A CULTURA JURÍDICA EUROPÉIA OCIDENTAL E AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO

1.1 *IUS COMMUNE* E A "SAPIÊNCIA" JURÍDICA MEDIEVAL

O sentido dessa parte do trabalho não é descrever de forma pormenorizada todas as características da civilização medieval e de sua ordem jurídica. A intenção é realizar uma espécie de panorama, com as linhas muito gerais ou com os elementos mais típicos do direito na Idade Média européia ocidental, destacando alguns aspectos essenciais do *ius commune* da chamada baixa ou segunda Idade Média.

Essa análise se justifica por dois fatores. Primeiramente, é na sociedade medieval que nascem e se desenvolvem relações muito interessantes envolvendo pessoas e coisas profundamente diversas das noções de apropriação observadas na modernidade. O segundo motivo se dá pelo fato que o direito no Brasil do século XIX, apesar de suas diferenças, estava marcado intensamente por essa forma de compreender a dimensão jurídica, ou seja, carregava traços de *ius commune*. Como será demonstrado na seqüência do trabalho, identificam-se na tradição jurídica do antigo regime português, herdada pelo Brasil, elementos muito típicos da forma de se pensar o direito no medievo. Para melhor compreender o direito brasileiro e a teoria possessória desenvolvida no Brasil do século XIX, parece ser necessário examinar alguns aspectos fundamentais da sociedade medieval e de sua ordem jurídica.

A experiência jurídica do ocidente europeu medieval, que nasce e se desenvolve a partir do esfacelamento do império romano,[77] constitui-se em uma

[77] De acordo com Jacques Le Goff, "O Ocidente medieval nasceu das ruínas do mundo romano. Nelas encontrou ao mesmo tempo apoios e desvantagens. Roma foi seu alimento e sua paralisia." (LE GOFF, Jacques. A civilização do ocidente medieval. Bauru: Edusc, 2005, p. 19). Sobre o desenvolvimento do direito medieval a partir da crise do mundo antigo e do fim do Império Romano do Ocidente verificar a obra de CALASSO, Francesco. Medio Evo del

manifestação complexa e original. Apesar de surgir e se alimentar das ruínas do edifício político-jurídico romano, a ordem jurídica medieval não pode ser entendida como uma simples continuidade da experiência jurídica clássica.[78] Além disso, conceitos ou vocábulos (como Estado e soberania) adequados à modernidade jurídica podem atrapalhar o estudo e a compreensão dessa maneira típica de pensar o direito.

Outro cuidado relevante que se deve ter ao analisar o medievo, assim como a sua ordem jurídica, é evitar o preconceito de considerá-lo como um tempo de transição, um momento intermediário, a *media aetas* (idade do meio), com o conseqüente desprezo ou desvalorização por sua dimensão jurídica.[79]

A sociedade medieval européia ocidental, em linhas muito gerais, é identificada como uma sociedade de ordens em que cada integrante de uma comunidade possui o seu papel dentro da estrutura social, como um órgão desempenhando uma função em um corpo.[80] Conforme explica António Manuel Hespanha, o "pensamento social e político medieval é dominado pela idéia da existência de uma ordem universal (*cosmos*), abrangendo os homens e as coisas, que orientava todas as criaturas para um objetivo

---

diritto ..., p. 37-341.

[78] Grossi afirma que *"Il primo marchio di tipicità dell`esperienza giuridica, nella quale iniziamo ora ad addentrarci, sta nella profonda discontinuità con la esperienza precedente. Il medievo giuridico comincia lentamente a disegnari negli espedienti e nelle invenzioni con i quali la società dei secoli IV e soprattudo V d. C. tenta di ordinarsi all'interno dei vuoti generati dal crollo dell'edificio politico romano e della cultura in esso circolante."* (GROSSI, Paolo. L'Europa del diritto. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 11). [Tradução livre: A primeira marca de tipicidade da experiência jurídica, na qual iniciamos agora a adentrar, está na profunda descontinuidade com a experiência precedente. O medievo jurídico começa lentamente a desenhar-se nos expedientes e nas invenções com os quais a sociedade dos séculos IV e sobretudo V d. C. tenta ordenar-se no interior dos vazios gerados pela queda do edifício político romano e da cultura nele circulante.]

[79] Sobre as razões históricas do preconceito envolvendo o período medieval e do conceito "desvalorizante" de Idade Média verificar o verbete "Idade Média", de autoria de AMALVI, Christian. Idade Média. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. Dicionário temático do ocidente medieval. v.1, São Paulo: EDUSC, 2002, p. 537-551.

[80] COSTA, Pietro. Civitas: storia della cittadinaza in Europa – 1. dalla civiltà comunale al settecento. Roma-Bari: Laterza, 1999, p. 09-13. Segundo José Ramón Narváez Hernández, *"La metáfora con el cuerpo no puede ser más afortunada, cada parte del cuerpo tiene un objetivo: los ojos mirar; las manos el tacto; los piedes el desplazamiento, etc. Pero un pie, o un brazo desunidos del cuerpo no sirven de nada."* (HERNÁNDEZ, José Ramón Narváez. La persona en el derecho civil (historia de un concepto jurídico). México: Editorial Porrúa, 2005, p. 12). [Tradução livre: A metáfora com o corpo não pode ser mais afortunada, cada parte do corpo tem um objetivo: os olhos enxergar; as mãos o tato; os pés o deslocamento, etc. Entretanto um pé, ou um braço desprendidos do corpo não servem para nada.]

último que o pensamento cristão identificava com o próprio Criador."[81] Nesse tempo e espaço, cada indivíduo ocupava um lugar indispensável e específico na sociedade, contribuindo para a manutenção da ordem e para a realização dos seus fins últimos.[82]

O que se verifica é uma forma de organização social que valoriza o coletivo e que, por isso, atribui o sentido ao todo e não ao individual.[83] Inexiste a figura do indivíduo livre e autônomo, construtor e senhor do seu mundo. No imaginário medieval domina a idéia de ordem[84] e, conforme observado, cada qual deve cumprir com a sua função na comunidade, e esta função está determinada pela posição ou condição (*status*) de cada entidade na ordem do mundo.[85]

---

[81] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 101.

[82] Verifica-se que as funções de cada indivíduo, na sociedade medieval, não eram as mesmas. Como explica Hespanha, "a unidade dos objectivos da criação não exigia que as funções de cada uma das partes do todo na consecução desses objetivos fossem idênticas. Pelo contrário, o pensamento medieval sempre se manteve firmemente agarrado à idéia de que cada parte cooperava de forma diferente na realização do destino cósmico. Por outras palavras, a unidade da criação era uma 'unidade de ordenação' (*unitas ordinis, totum universale ordinatum*) – ou seja, uma unidade em virtude do arranjo das partes em vista dum fim comum –, que não comprometia, antes pressupunha, a especificidade e irredutibilidade dos objectivos de cada uma das ordens da criação e, dentro da espécie humana, de cada grupo ou corpo social." (HESPANHA, António Manuel. As vésperas do Leviathan: instituições e poder político – Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994, p. 299-300).

[83] Segundo José Ramón Narváez Hernández, *"El viejo orden preveía no la persona al singular sino el plural de personas. Se habla de cuerpo místico de Cristo, cada individuo forma parte de este cuerpo, de aquí la idea de corporaciones, agrupaciones orgánicas que prevén la existencia de 'diversos' justamente porque las tareas de cada 'parte' son diversas. El individuo nace con una misión, con una posición social, dentro de una determinada familia; y todo esto determinará desde el nacimiento su futuro. En este orden, la comunidad no es más importante que el individuo, es simplesmente que este se encuentra formando parte de aquella y como no puede pensarse entonces a una comunidad sin individuos por eso no se plantea, al menos teóricamente, la autonomía del individuo."* (HERNÁNDEZ, José Ramón Narváez. La persona en el derecho civil ..., p. 12). [A velha ordem previa não a pessoa no singular e sim o plural de pessoas. Fala-se de corpo místico de Cristo, cada indivíduo forma parte deste corpo, daqui a idéia de corporações, agrupações orgânicas que prevêem a existência de 'diversos' justamente porque as tarefas de cada 'parte' são diversas. O indivíduo nasce com uma missão, com uma posição social, dentro de uma determinada família; e tudo isso determinará desde o nascimento o seu futuro. Nesta ordem, a comunidade não é mais importante que o indivíduo, observa-se simplesmente que este encontra-se formando parte daquela, e como não é possível imaginar uma comunidade sem indivíduos por isso não se coloca, ao menos teoricamente, a autonomia do indivíduo.]

[84] Como explica Hespanha, "Ao criar o mundo, Deus criara a Ordem. E a Ordem consiste justamente numa unidade simbiótica; numa trama articulada de relações múltiplas entre entidades, pelas quais umas dependem, de diversos modos reciprocamente, de outras" (...) "todas têm direitos e deveres umas em relação às outras. A natureza desses deveres e obrigações depende da posição de cada entidade (*status*) na ordem do mundo." (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 43).

[85] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 43.

Essa maneira de perceber a realidade consagra uma estrutura social profundamente estratificada[86] e hierarquizada[87], desigual por natureza, mas auto-organizada e ordenada em virtude das diferentes e específicas funções aceitas e desenvolvidas por cada órgão social.[88] Os papéis não eram os mesmos, as posições sociais não eram idênticas e, por isso, cada corpo social possuía a autonomia necessária para desempenhar adequadamente as suas funções.[89]

Em virtude das diferentes funções desempenhadas pelos diversos atores da sociedade medieval e da autonomia desses corpos sociais, existe uma divisão natural do poder no mundo medieval.[90] É absolutamente impensável a imagem do poder político (e jurídico) concentrado em um único ente ou soberano, ou seja, "a idéia de um comando social legítimo e unificado, que fosse fonte de todo o poder e de toda autoridade social, era completamente estranha ao mundo tradicional – intrinsecamente fragmentado e

[86] LE GOFF, Jacques. A civilização do ocidente medieval..., p. 35.

[87] Conforme explicação de Pietro Costa, *"Il tipo di ordine che la cultura medievale immagina è descrivibile attraverso la metafora della verticalità: nell'ordine cosmico, e nell'ordine politico-sociale, gli enti si dispongono secondo la logica del 'basso' e dell''alto'. L'ordine è composizione delle diseguaglianze: presuppone la disparità dei suoi elementi, la loro diversità ontologica, la necessità della loro disposizione gerarchica."* (COSTA, Pietro. Civitas: storia della cittadinaza in Europa – 1. dalla cività comunale al settecento ..., p. 06-07). [Tradução livre: O tipo de ordem que a cultura medieval imagina é descritível por meio da metáfora da verticalidade: na ordem cósmica, e na ordem político-social, os entes se dispõem segundo a lógica do "alto" e do "baixo". A ordem é composição das desigualdades: pressupõe a disparidade de seus elementos, a sua diversidade ontológica, a necessidade de sua disposição hierárquica.]

[88] FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho..., p. 32.

[89] Sobre a idéia da "autonomia dos corpos sociais", António Manuel Hespanha afirma que "cada corpo social, como cada órgão corporal, tem a sua própria função (officium), de modo que cada corpo deve ser conferida a autonomia necessária para que a possa desempenhar. A esta ideia de autonomia funcional dos corpos anda ligada, como se vê, a ideia de autogoverno que o pensamento jurídico medieval designou por *iurisdictio* e na qual englobou o poder de fazer leis e estatutos (*potestas lex ac statuta condendi*), de constituir magistrados (*potestas magistratus constituendi*) e, de um modo mais geral, de julgar os conflitos (*potestas ius dicendi*) e de emitir comandos (*potestas praeceptiva*). (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 31-32).

[90] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 30. Outro motivo para essa divisão do poder é dado por José Reinaldo de Lima Lopes; segundo o autor, "A disputa entre papa e imperador, ou entre clero e nobreza, tem como resultado a impossibilidade fática de qualquer poder secular ou eclesiástico impor-se hegemonicamente ou de modo incontrastável aos outros: nunca um deles isoladamente foi capaz de submeter toda a cristandade." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 73).

descentrado."[91] No medievo, não existe a presença de um ente centralizador e monopolizador de todo o poder político "legítimo".

O Estado soberano é uma invenção moderna e, como demonstra Paolo Grossi, a ordem jurídica medieval se caracteriza, notadamente, por um "vazio político relativo", um direito sem Estado (no sentido moderno do termo) [92], o que permite que o direito surja e se desenvolva no coração da sociedade. Conforme o autor citado, a tipicidade da ordem jurídica medieval reside, sobretudo, em um vazio relativo, naquela

> *"incompiutezza del potere político medievale; intendendo per incompiutezza la carenza di ogni vocazione totalizzante del potere político, la sua incapacità di porsi come fatto globale e assorbente di tutte le manifestazioni sociali, il suo realizzarsi nella vicenda storica medievale coprendo solo certe zone dei rapporti intersoggettivi e consentendo su altre – e amplissime – la possibilità di ingerenza di poteri concorrenti (...)."*[93]

Em uma sociedade como essa é absolutamente impossível pensar em uma única fonte de direito e, conseqüentemente, sequer imaginar um Código unificador de toda a regulação jurídica "legítima" de uma sociedade.[94] A ordem jurídica

---

[91] FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho ... p. 33.

[92] GROSSI, Paolo. Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridico medievale). Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n. XXV, Milano: Giuffrè, p. 267-284, 1996. Como explica Grossi, na obra citada, *"Stato è nozione che ha una sua precisa nicchia storica, dalla quale non può essere distaccato se non con rischiosa disinvoltura. Infatti il terreno temporale proprio a questo soggetto è senza dubbio il moderno, del quale è il frutto forse più vistoso e corposo, e anche il più espressivo."* (p. 271). [Tradução livre: Estado é uma noção que tem um seu preciso nicho histórico, do qual não pode ser destacado senão com arriscada desenvoltura. De fato, o terreno temporal próprio para esse sujeito é sem dúvida o moderno, do qual é o fruto talvez mais vistoso e encorpado, e também o mais expressivo.]

[93] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 41. [Tradução livre: "incompletude do poder político medieval; entendendo-se por incompletude a falta de qualquer vocação totalizante do poder político, a sua incapacidade de pôr-se como fato global e absorvente de todas as manifestações sociais, a sua realização no processo histórico medieval cobrindo apenas certas zonas das relações intersubjetivas e consentindo em outras – amplíssimas – a possibilidade de ingerência de poderes concorrentes.]

[94] Conforme Adriano Cavanna, *"il concetto di codificazione è completamente estraneo al Medievo, che pure è l'epoca la quale ha vissuto nel mondo più integrale la dimensione giuridica dell'esistenza associata. (...) È naturale: nel pensiero dell'uomo medievale non c'è posto né per il concetto di unità né per quello di statualità del diritto. Ancor meno vi trova spazio un'idea politico-costituzionale di sovranità (sia questa di un principe o di una nazione) da cui consegua che unico produttore del diritto sia lo Stato."* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 35). [Tradução livre: o conceito de codificação é completamente estranho ao Medievo, que no entanto é a época que viveu no mundo mais integral a dimensão jurídica da existência associada. (...) É natural: no pensamento do homem medieval não há lugar nem para o conceito de unidade nem para o de *estatalidade* do direito. Ainda menos espaço encontra uma idéia político-constitucional de *soberania* (seja esta de um príncipe ou de uma

medieval nunca possuiu a pretensão moderna de dar conta de toda a normatização de determinada realidade com um sistema legislativo de regras e, muito menos, concebeu a possibilidade de centralizar a produção do direito em uma única fonte, como a estatal.

No medievo, as condições ainda não são favoráveis ao aparecimento de uma forma muito específica de compreender o direito como aquela observada na França pós-revolucionária. Como esclarece Paolo Grossi, "a ausência do Estado (...) tira do direito a sua ligação com o poder e a sua função de controle social, torna-o livre para se reaproximar dos fatos primordiais – naturais, sociais e econômicos –, para tentar ordená-los num pleno respeito à sua natureza."[95] A dimensão jurídica no medievo, considerando o tempo histórico na sua longa duração, não é colonizada por um poder político único e monopolizador. A ordem jurídica medieval guarda um alto grau de autonomia em relação a contingências políticas de uma dada coletividade.

Nessa sociedade de poderes fragmentados, o que se verifica é um direito plural por natureza que se desenvolve no seio da sociedade, muito além dos poderes políticos instituídos. Esse pluralismo efetivo permitiu, por exemplo, que na Idade Média diversas formas de regulação social tivessem uma convivência relativamente pacífica, uma certa compatibilização ou harmonização.

O direito, na ordem jurídica medieval, está enraizado nos estratos mais profundos dessa sociedade e é aceito por ela como algo natural. A sociedade medieval pode ser considerada jurídica *"perché si compie e si salva nel diritto, giuridica è la sua costituzione più profonda, e sta lì il suo volto essenziale, sta lì la sua cifra ultima."*[96] O fenômeno jurídico não é fruto da vontade individual de um governante ou produto de deliberações e escolhas de uma assembléia constituída para tal finalidade. A dimensão jurídica era tida muito mais como auto-organização do que coerção.[97]

---

nação) da qual decorra que único produtor do direito seja o Estado.]

[95] GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito ..., p.43.

[96] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 15. [Tradução livre: porque se completa e se salva no direito, jurídica é a sua constituição mais profunda, e ali está a sua face essencial, ali está a sua marca última.]

[97] Segundo Paolo Grossi, *"Questo diritto ha un carattere assai più ordinativo che potestativo."* (GROSSI, Paolo.

O personagem principal na ordem jurídica medieval é o intérprete e não o legislador. Observa-se um direito que, por estar enraizado no social, se manifesta muito mais como produto da atividade interpretativa do que ato voluntário.[98] Enfatiza-se que durante muito tempo o direito foi concebido de maneira bastante diversa da forma como é conhecido comumente na época presente.[99]

A ausência do Estado e a conseqüente desvinculação relativa do poder político com o direito são verificadas em todo o medievo, da alta ou primeira Idade Média (aproximadamente do século V ao século XI) à baixa ou segunda Idade Média (a partir do final do século XI). Apesar de constituir uma experiência jurídica única, a ordem jurídica medieval pode ser lida de dois ângulos relativamente diversos.

Segundo a terminologia sugerida e adotada por Paolo Grossi, na primeira Idade Média encontra-se a "fundação"[100] da experiência jurídica medieval, caracterizada como "oficina da praxe"[101], ou seja, por um direito fortemente marcado pela valorização da praxe consuetudinária (usos, tradições e costumes). Direitos especiais, materializados em práticas costumeiras, ligados a comunidades e grupos específicos portadores de valores similares.

L'Europa del diritto ..., p. 15). [Tradução livre: este direito tem um caráter bem mais *ordenador* do que *potestativo*].

[98] De acordo com Paolo Grossi, *"Nella civiltà medievale, libera da occhiali e pre-giudizi positivistici, l'attenzione è tutta per l'interprete e per la sua fertile attività, perché è l'unica capace di tradurre i valori della costituzione nascosta, dell'ordine giuridico fondamentale, in regole vive ed efficaci di vita."* (GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 15). [Tradução livre: Na civilização medieval, livre de lentes e pré-conceitos positivistas, a atenção é toda para o intérprete e para a sua fértil atividade, porque é a única capaz de traduzir os valores da constituição escondida, da ordem jurídica fundamental, em regras vivas e eficazes de vida.]

[99] António Manuel Hespanha, ao explicar como o direito era compreendido no Antigo Regime português, assevera "que o direito é considerado como muito mais do que o produto da vontade, momentânea e aleatória, dos detentores do poder político; que é considerado como uma 'razão escrita' (*ratio scripta*), objectiva, ligada à natureza das coisas, não instrumentalizável pelo poder, que se manifestava numa longa tradição intelectual e textual." (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 111-112).

[100] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 28.

[101] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ... p. 28. Uma síntese interessante contendo as principais características do direito nesse período de "fundação" da experiência jurídica medieval, denominada pelo autor citado como "oficina da praxe", é também encontrada na seguinte obra: GROSSI, Paolo. L'Europa del diritto ..., p. 11 - 36.

Em uma sociedade que surge e se desenvolve após a queda do edifício político-jurídico romano, bastante fragmentada, intensamente agrária, comunitária e reicêntrica, todo o complexo consuetudinário passa a ser a grande fonte de normatividade social, conformando uma verdadeira "constituição do primeiro medievo."[102]

Nesse momento, o direito romano também é apropriado e exerce um papel relevante na regulamentação do social. Contudo, não é o direito romano culto e científico trabalhado e cultivado no segundo medievo, mas sim um direito romano "vulgarizado". Como demonstra Adriano Cavanna, *"Senza possibilità di essere capito, il corpus iuris giustinianeo era destinato a rimanere sino all'alba del secondo millennio un immenso capitale immobilizzato: grande libro della giustizia, mitizzato dalla fantasia altomedievale quale prodotto di una lontana età dell'oro del diritto."*[103] No primeiro medievo, ainda segundo Cavanna, *"Fu il diritto pregiustinianeo che essi conobbero. E lo conobbero, per di più, in quella deformata e facilitata veste di diritto romano volgare, in cui lo praticavano, quale grossolana consuetudine orale, gli impoveriti latini."*[104] O

[102] Na explicação de Paolo Grossi, *"Non è arrischiato affermare che la consuetudine appartiene allo strato più profondo, più 'radicale' del diritto, inerisce alle strutture più intime dell'assetto socio-politico assicurando una fondazione salda e stabile alle fragilità e incertezze di un quotidiano straordinariamente turbolento; non è arrischiato cogliere in essa la costituzione dell'ordine stesso (...)."* (GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 91 - 92). [Tradução livre: Não é arriscado afirmar que o costume pertence ao extrato mais profundo, mais "radical" do direito, é inerente às estruturas mais íntimas da ordem socio-política, assegurando uma fundação sólida e estável às fragilidades e incertezas de um cotidiano extraordinariamente turbulento; não é arriscado perceber nele a constituição da própria ordem (...).] Análise muito interessante sobre a idéia de "Constituição medieval" é encontrada na obra de FIORAVANTI, Maurizio. Costituzione. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 29-70.

[103] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 17. [Tradução livre: Sem possibilidade de ser entendido, o *corpus iuris* justinianeu estava destinado a permanecer até os albores do segundo milênio um imenso capital imobilizado: grande livro da justiça, mitificado pela fantasia altomedieval como produto de uma distante idade do ouro do direito.]

[104] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 18. [Tradução livre: Foi o direito pré-justinianeu que eles conheceram. E o conheceram, além do mais, naquelas deformadas e facilitadas vestes de direito romano vulgar, nas quais o praticavam, como primitiva norma consuetudinária oral, os empobrecidos latinos.]. É interessante a figura de linguagem utilizada por Cavanna, na obra citada, quando define a sociedade do primeiro medievo, nos seguintes termos: *"La società dell'alto Medievo è un bambino, che lascia in un angolo il giocattolo smisuratamente sofisticato regalatogli dal nonno."* (p. 18). [Tradução livre: A sociedade do alto Medievo é uma criança, que deixa em um canto o brinquedo demasiadamente sofisticado com que o avô o presenteara.]

direito romano justinianeu, uma das fontes fundamentais do *ius commune*, ainda era muito sofisticado para aquela época.

Contudo, é no segundo medievo que se verifica o desenvolvimento de uma fase muito rica da história do pensamento jurídico que dominou, durante muito tempo, o cenário jurídico europeu ocidental a partir do final do século XI. Essa segunda etapa pode ser compreendida como um período de "edificação"[105] da experiência jurídica medieval e se caracteriza sobretudo por constituir um rico "laboratório sapiencial"[106].

Inúmeros aspectos contribuíram para esse tempo mais maduro da sociedade medieval e de construção científica da sua dimensão jurídica. O crescimento populacional, mudanças na paisagem agrária de boa parte da Europa em virtude de um aumento significativo na produção agrícola, desenvolvimento econômico, certa melhora nas condições de vida das pessoas[107], aparecimento da figura do mercador profissional e sua importância nessa sociedade, o surgimento de escolas e uma maior circulação de idéias são alguns dos fatores que fizeram com que a paisagem estática do primeiro medievo passasse a ser substituída por outra cada vez mais dinâmica.[108]

No âmbito específico do direito é com o trabalho dos glosadores e posteriormente dos comentadores que a ordem jurídica medieval encontra o seu momento de "maturidade"[109] e o *ius commune* passa a ser construído.

---

[105] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 28.

[106] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale... p. 28. Sobre as principais características do direito nessa etapa de "edificação" da experiência jurídica medieval, batizada por Paolo Grossi como "laboratório sapiencial", verificar a obra de GROSSI, Paolo. L'Europa del diritto ..., p. 37-64.

[107] Nesse período, com o aumento dos campos cultiváveis e da produção de alimentos *"il risultato elementare ma rilevantissimo di una assai maggior quantità di prodotti agrari disponibili e di una attenuazione notevole dell`antico incubo della fame e della sopravvivenza quotidiana. Si produce di più, si mangia di più, si nasce di più."* (GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 127-128). [Tradução livre: o resultado elementar mas relevantíssimo de uma quantidade bem maior de produtos agrários disponíveis e de uma atenuação notável do antigo pesadelo da fome e da sobrevivência quotidiana. Produz-se mais, come-se mais, nasce-se mais.]

[108] Estes fatores são encontrados e explicados em GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 127-130.

[109] Na explicação de Grossi, *"Per lo storico della civiltà medievale e, in particulare, per lo storico del diritto, il secolo XI – e soprattutto la seconda metà del secolo XI – appare piuttosto come uno straordinario momento di maturità; i tempi sono maturi per raccogliere i frutti di tante seminagioni altomedievali lente ma costanti."* (GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 127). [Tradução livre: Para o historiador da civilização medieval e, em particular, para o historiador do direito, o século XI - e sobretudo a segunda metade do século XI -

No final do século XI, na cidade italiana de Bolonha, o *corpus iuris civilis*[110] é "redescoberto"[111] por Irnerius (Irnério) e começa a ser novamente compreendido e ensinado, originando uma corrente do pensamento jurídico que ficou conhecida como "escola dos glosadores"[112].

Para os glosadores aquele direito materializado no *corpus iuris* não era considerado "um" direito, era "o" direito por excelência. Como explica Adriano Cavanna, *"I glossatori si accostano al testo giustinianeo con la riverenza di chi si trovi di*

---

aparece antes de mais nada como um extraordinário momento de maturidade; os tempos estão maduros para colher os frutos de tantas semeaduras altomedievais lentas mas constantes]. Não é incomum encontrar a expressão "renascimento jurídico" para indicar esse momento de "redescoberta" do *Corpus Iuris* justinianeu, em 1088, na cidade italiana de Bolonha, pela escola dos glosadores. Adriano Cavanna (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 1 ..., p. 105-136) e Francesco Calasso (CALASSO, Francesco. Medio Evo del diritto ..., p. 345-365) adotam a expressão "renascimento jurídico". Paolo Grossi apesar de ter utilizado a mesma palavra no seu livro sobre as situações reais na experiência jurídica medieval (GROSSI, Paolo. Le situazioni reali nell`esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto. Padova: CEDAM, 1968) atualmente prefere utilizar as expressões "fundação", para o primeiro medievo, e "edificação", para o segundo medievo, reforçando o caráter unitário da experiência jurídica medieval. Para Grossi, a partir da redescoberta do *Corpus Iuris* e do trabalho dos glosadores e posteriormente dos comentadores verifica-se um momento de maturidade da ordem jurídica medieval e não de ruptura com o período anterior.

[110] Sobre o *corpus iuris civilis*, ensina Hespanha que "nos meados do século VI, o Imperador Justiniano, um apaixonado pela cultura clássica e um nostálgico das antigas grandezas de Roma, empreende uma tarefa de recolha de textos jurídicos da tradição literária romana, desde as obras dos juristas romanos clássicos, que mandou reunir numa compilação a que chamou *Digesto* (*i. e*., resumo, selecção) ou *Pandectas* (*i. e*., obra enciclopédica), 533 d.C., até à legislação imperial dos seus antecessores, que foi recolhida no *Código* (*i. e*., livro), 529 d.C. A sua obra foi completada por um manual de introdução, as *Instituições*, 530 d.C., e por uma compilação póstuma, as *Novelas*, 565 d.C., as 'constituições novas' promulgadas pelo próprio Justiniano depois da saída do *Código*." (...) "É este conjunto de livros – a que, a partir do século XVI, se dá o nome de *Corpus iuris civilis* – que vai constituir a memória medieval e moderna do direito romano (...)." (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 126-127).

[111] Sobre a "redescoberta" do *Corpus Iuris Civilis*, afirma Adriano Cavanna que *"Lo scopritore è Irnerio. Il merito della grande impennata è suo. Era un oscuro maestro d'arti liberali, Irnerio, dedito a fornire un po'd'alfabetizzazione in qualche modesta scuola del tempo. Ora maneggia il corpus iuris. È in grado di leggerlo, di conoscerne i segreti. E di revelarli ad altri. Sul sacro testo cominciano a depositarsi le sue glosse."* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 19). [Tradução livre: o descobridor é Irnério. O mérito do grande salto é seu. Era um obscuro mestre de artes liberais, Irnerio afeito a fornecer um pouco de alfabetização em alguma modesta escola do seu tempo. Agora maneja o *corpus iuris*. Está em posição de lê-lo, de conhecer os seus segredos. E de revelá-los aos outros. Sobre o sacro texto começam a se depositar as suas glosas.] José Reinaldo de Lima Lopes alerta, entretanto, para o fato de que as "atividades dos legistas em Bolonha é certamente anterior a ele [Irnério], mas com a constituição do Studium em 1088 tem-se uma data certa da vida universitária. A Irnério se atribui uma nova edição do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, a *littera bononiensis*: assim, ele não o descobriu, mas o consolidou." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 133).

[112] Sobre a "escola dos glosadores" verificar CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 1 ..., p. 105-136; CALASSO, Francesco. Medio Evo del diritto ..., p. 521-555; WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno ..., p. 38 -67; HESPANHA, António Manuel.Cultura jurídica européia ..., p. 197-209; LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história..., p. 132-137.

fronte a un livro caduto dal cielo. Ne hanno un culto fideistico, lo stesso dei Padri della Chiesa di fronte alla Bibbia."[113] Em virtude dessa postura perante o texto romano, as "características mais salientes e originárias do método bolonhês são a fidelidade ao texto justinianeu e o carácter analítico e, em geral, não sistemático."[114]

Essa escola ficou conhecida como "escola dos glosadores" porque os seus representantes realizavam breves explicações dos textos jurídicos (especialmente do *corpus iuris*) denominadas glosas. O modelo básico de trabalho da escola constituía no esclarecimento cuidadoso do sentido das palavras de cada texto jurídico. A explicação era materializada em glosas interlineares ou marginais realizadas durante a leitura.[115] Acúrsio (1180 – 1260), um importante representante dessa escola, reuniu boa parte da elaboração doutrinal produzida pelos glosadores em uma espécie de compilação denominada "Magna Glosa, Glosa Ordinária ou, simplesmente, Glosa."[116]

Deve ser sublinhado que os glosadores tiveram o mérito de recriar na Europa ocidental uma linguagem técnica e refinada para o universo jurídico. Conforme explicação de Hespanha, "Não se trata mais de descrever ou reproduzir algumas normas ou fórmulas do direito romano, com intuitos exclusivamente práticos, como tinha sido relativamente comum nos estudos de arte notarial usuais em algumas chancelarias eclesiásticas ou seculares."[117] A partir desse momento, procura-se elaborar e estabelecer "uma terminologia técnica e um conjunto de categorias e conceitos específicos de um novo saber especializado – a jurisprudência."[118]

---

[113] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 20. [Tradução livre: Os glosadores se aproximam ao texto justinianeu com a reverência de quem se encontre diante de um livro caído do céu. Têm dele um culto fideísta, o mesmo dos Pais da Igreja diante da Bíblia.]

[114] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 198.

[115] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 199.

[116] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 198.

[117] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 200.

[118] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 200. A palavra "jurisprudência" é aqui utilizada, por Hespanha, no sentido de ciência do direito.

Se o século XII foi o tempo dos glosadores, os "pioneiros do *corpus iuris*"[119], a partir do final do século XIII, e sobretudo no século XIV, o cenário jurídico europeu ocidental começa a ser dominado pelos chamados "comentadores"[120].

A fundação da "escola dos comentadores" é atribuída a Cino de Pistóia (1270 – 1336), mas os autores mais consagrados foram Bártolo de Sassoferrato (1314 – 1357), jurista que produziu uma obra monumental e que influenciou a tradição jurídica européia até o século XVIII, e Baldo de Ubaldis (1327 – 1400), outro personagem famoso e habitualmente citado ao lado de Bártolo de Sassoferrato.[121]

Sobre a "escola dos comentadores", António Manuel Hespanha explica que são "estes juristas que, debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canónico, direito feudal, estatutos das cidades) e orientados por finalidades marcadamente práticas, vão procurar unificá-lo e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média."[122]

Essa escola do pensamento jurídico se difere da "escola dos glosadores" especialmente por se preocupar com a elaboração de uma "dogmática" jurídica com aplicação eminentemente prática e voltada a responder às necessidades da época.[123] Foi um momento fundamental na construção do *ius commune*.[124]

---

[119] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 19.

[120] Sobre a "escola dos comentadores", também chamados de "post-glosadores, consiliadores ou práticos", verificar CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 1 ..., p. 137-145; CALASSO, Francesco. Medio Evo del diritto ..., p. 563-596; WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno ..., p. 78-94; HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 209-220; LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 132-137.

[121] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 211. Sobre Bártolo de Sassoferrato, afirma Lima Lopes que "Bártolo é o grande jurista medieval, o jurista por antonomásia. Escreveu sobre tudo, direito público e privado, respondeu a consultas, compôs comentários, tratados. Redigiu um tratado sobre o regime de governo das cidades (Tractatus de Regimine Civitatum, entre 1355 – 1357), e até antecipa questões de direito internacional." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 134).

[122] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 211.

[123] Conforme esclarece Adriano Cavanna, *"I Commentatori sono dunque gli insuperabili costruttori di una dogmatica giuridica eminentemente volta a esiti pratici: le loro categorie logiche hanno soprattutto valore in quanto appaiono funzionali in una concreta realtà di rapporti giuridici nuovi e in continua crescita piuttosto che nello sclerotizzato contesto giustinianeo."* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 1 ..., p. 137). [Tradução livre: Os Comentadores são, portanto, os insuperáveis construtores de uma dogmática jurídica eminentemente voltada a êxitos práticos: as suas categorias lógicas têm sobretudo valor enquanto eles forem

Entretanto, o *ius commune* não é formado tão-somente pelo direito romano. Paolo Grossi explica que essa ordem jurídica é denominada direito comum "seja porque a sua projeção geográfica era comum a todas as terras civilizadas, realizando uma espécie de unidade jurídica européia, seja porque constituía a absorção da sapiência jurídica romana e canônica."[125]

Durante todo o medievo europeu ocidental, a Igreja Católica exerceu uma enorme influência nas diversas dimensões da vida das pessoas. Conforme expõe Franz Wiecker, "A igreja era a força espiritual de longe mais importante; era, ao mesmo tempo, a mais coerente e a mais extensa organização social da Idade Média; finalmente, a sua ordem jurídica interna era a mais poderosa da Idade Média, em termos gerais."[126] Vive-se um tempo em que praticamente não é possível imaginar o mundo sem a presença da Igreja.[127]

Outro "universo jurídico" fundamental, sem o qual não é possível compreender o *ius commune*, que convivia com os textos "civis" romanos, é encontrado no direito canônico, compilado inicialmente por Graciano no *corpus iuris canonici*[128]. O

---

funcionais em uma concreta realidade de relações jurídicas novas e em contínuo crescimento mais do que no esclerosado contexto justinianeu.]

[124] Segundo Franz Wieacker, "A partir da actividade teórica, os comentadores caminharam cada vez mais para uma atividade de consulta, de cuja experiência resultou em geral uma impregnação e aperfeiçoamento científicos dos direitos estatutários, e mesmo das ordens jurídicas italiana e européia. Ao converterem o seu próprio mundo cotidiano – e não apenas o da Itália e França do sul, mas também logo em seguida, o mundo, com este estreitamento aparentado, da Europa central e ocidental – em objecto da sua ciência, os comentadores converteram o direito justinianeu, pela primeira vez, num direito comum de toda a Europa (*jus commune*)." (WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno ..., p. 80).

[125] GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito ..., p. 45-46.

[126] WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno ..., p. 67.

[127] Nas palavras de Adriano Cavanna, a sociedade medieval é *"una società totalmente e idealisticamente integrata nella dimensione del religioso: una cultura che crede nella natura cristiana degli ordinamenti temporali e non conosce l'idea, squisitamente moderna, della laicità della società civile."* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 23). [Tradução livre: uma sociedade totalmente e idealisticamente integrada na dimensão do religioso: uma cultura que crê na natureza cristã dos ordenamentos temporais e não conhece a idéia, requintadamente moderna, da laicidade da sociedade civil.]

[128] Conforme a síntese elaborada por Hespanha, "No século XII, um monge professor de teologia em Bolonha, Graciano, elabora uma compilação que se iria impor a todas as anteriores e permanecer como um grande repositório de direito canónico praticamente até a atualidade – a *Concordantia discordantium canonum* [concórdia dos cânones discordantes, c. 1140], mas conhecida por *Decretum Gratiani* [Decreto de Graciano]. Aí reúne cerca de 4000 textos

corpus iuris civilis juntamente com *o corpus iuris canonici* constituíram as fontes principais do *ius commune*.[129]

Analisando o direito comum constituído na baixa ou segunda Idade Média, com base no trabalho dos glosadores e posteriormente dos comentadores, é possível identificar algumas características fundamentais dessa doutrina jurídica, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto.

A marca inicial do *ius commune* é encontrada nas suas fontes principais. Verifica-se a utilização do direito romano justinianeu (reinterpretado) combinado com o direito canônico e com certa influência dos direitos locais. Conforme observado, os textos fundamentais do direito comum, de altíssima autoridade, estão depositados no *corpus iuris civilis* e n*o corpus iuris canonici,* mas este é apenas o primeiro momento dessa experiência jurídica.

O direito comum, como demonstra Paolo Grossi, articula-se em dois momentos incindíveis. Um momento de "validade"[130] que é representado pelos textos legislativos fundamentais (*corpus iuris civilis e corpus iuris cononici*) e pelo seu momento de "efetividade"[131] formado por toda a construção doutrinal (e, de forma secundária, judicial e notarial) realizada durante o percurso histórico dessa experiência jurídica.

---

de relevância jurídica, desde passos de Padres da Igreja até cânones conciliares, organizados por matérias e brevemente comentados ou apenas sintetizados (*num dictum*). (...) Com o contínuo desenvolvimento do direito da Igreja, o *Decreto* foi-se desactualizando, tornando necessárias compilações complementares. Em 1234, Gregório IX encarregava o dominicano espanhol Raimundo de Penhaforte, também professor em Bolonha, de completar a compilação de Graciano. O resultado foram as *Decretales extra Decretum Gratiani vacantes* [Decretais que extravasam o Decreto de Graciano], divididas em cinco livros. Em 1298, Bonifácio VIII completa-as com mais um livro, o chamado Liber sextum (ou simplesmente Sextum). Clemente V acrescenta-lhes as Clementinas (1314). João XXII, as Extravagantes de João XXII (1324). E, nos finais do século XV, aparece ainda uma outra coleção oficial, as Extravagantes comuns. Ao conjunto destas colecções passou a chamar-se *Corpus iuris canonici*, à semelhança do nome dado à compilação justinianeia de direito civil." (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 150).

[129] Segundo Adriano Cavanna, foram os comentadores os responsáveis por uma conclusa sistematização teórica das relações entre direito civil e direito canônico. (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 1 ..., p. 139).

[130] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 227.

[131] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 227.

Não se deve pensar no direito comum como um direito legislativo. É um direito que se constitui e se identifica antes de tudo na "*interpretatio*"[132], ou seja, é a partir do trabalho científico-doutrinal de inúmeros juristas espalhados por boa parte da Europa que este direito nasce, é construído e passa a ter uma dimensão universal para aquela sociedade.[133]

Esse é o outro momento da experiência jurídica medieval, o momento da "efetividade", constituído pela intermediação realizada por inúmeros intérpretes entre os textos antigos e os novos fatos daquele novo tempo. O papel desempenhado pelo jurista douto na relevante tarefa de "dizer o direito" era fundamental.[134]

---

[132] Na explicação de Paolo Grossi, *"Il diritto comune si incarna e si identifica nella* interpretatio*."* [Tradução livre: O direito comum se encarna e se identifica na *interpretatio*.] E, ainda, de acordo com Grossi, *"Non dimentichiamoci che la* interpretatio *è dichiarazione ma anche integrazione, correzione, modificazione del testo, che essa ha due oggetti di fronte, formalmente il testo, sostanzialmente i fatti; che essa è mediatrice fra questi e quello. In tal veste è creatrice e costruttrice di diritto."* (GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 227). [Tradução livre: Não nos esqueçamos que a *interpretatio* é declaração mas também integração, correção, modificação do texto, que ela tem dois objetos diante de si, formalmente o texto, substancialmente os fatos; que ela é mediadora entre estes e aquele. Em tal veste é criadora e construtora de direito.]

[133] Uma das características mais importantes do *ius commune* é a sua intensa "construção científica". Conforme destaca Paolo Grossi, *"Un diritto prodotto dai giuristi, da coloro che sanno di diritto, giudici, notai, avvocati, ma soprattutto scienziati, soprattutto maestri; maestri che insegnavano nelle università di tutta Europa ma che, ben immersi nella carnalità dell'esperienza giuridica, non si peritavano a farsi consiglieri dei detentori del potere, consulenti nei tribunali delle parti in causa e del giudice, a esercitare con successo l'avvocatura e il notariato."* (GROSSI, Paolo. L'Europa del diritto ..., p. 52). [Tradução livre: Um direito produzido pelos juristas, por aqueles que entendem de direito, juízes, tabeliães, advogados, mas sobretudo cientistas, sobretudo mestres; mestres que ensinavam nas universidades de toda a Europa mas que, bem imersos na carnalidade das experiências jurídicas, não hesitavam em tornar-se conselheiros dos detentores do poder, consultores nos tribunais das partes em causa e do juiz, em exercer com sucesso a advocacia e o tabelionato.]

[134] Adriano Cavanna observa que *"Il corpus iuris, lo si è detto, era tecnicamente complesso. Esso non poteva essere usato con immediatezza e facilità nella prassi. E d'altra parte doveva essere applicato. Occorreva dunque la* ***mediazione tecnica****, ad alto livello scientifico, di un ceto di dotti che approntasse il testo per il suo uso pratico." (...) "Insomma, per la prima volta diventava chiaro che il diritto era affare dei giuristi, che per conoscere il diritto era necessario un lungo studio (in quanto si doveva giungere a dominare il corpus iuris civilis e il corpus iuris canonici, anche questo oggetto di insegnamento universitario), che infine per praticare il diritto a livello forense era indispensabile ricorrere alla guida di un giurista dotto."* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 25). [Tradução livre: O *corpus iuris*, já foi dito, era tecnicamente complexo. Ele não podia ser usado com imediatismo e facilidade na práxis. E, por outro lado, devia ser aplicado. Era necessária então a **mediação técnica**, de alto nível científico, de uma ordem de doutos que preparassem o texto para o seu uso prático. (...) Em suma, pela primeira vez tornava-se claro que o direito era um afazer dos juristas, que para conhecer o direito era necessário um longo estudo (em quanto se devia chegar a dominar o *corpus iuris civilis* e o *corpus iuris canonici*, também este objeto de ensino universitário), que enfim para praticar o direito em nível forense era indispensável recorrer à guia de um jurista douto.]

Outra característica importante do *ius commune* decorre do fato de esse direito vigorar em praticamente toda a Europa (ocidental), difundido no espaço universitário pelos mesmos métodos de ensino, planos e conteúdos didáticos.[135] Ou seja, um direito trabalhado com instrumentos e formas de raciocinar comuns, ensinados de forma bastante parecida em boa parte da Europa (ocidental) e disseminado por meio de uma língua, na época, universal: o latim.[136]

Essas são, em linhas muito gerais, algumas das principais características desse importante momento do direito na sua história, conhecido como *ius commune*, que faz parte da experiência jurídica medieval.

Ressalta-se que é exatamente durante todo o medievo, tanto no seu período fundacional quanto no seu período sapiencial, que emergem e se desenvolvem formas muito ricas de compreender as relações dos sujeitos com as coisas. Essas situações devem ser estudadas para se entender melhor a historicidade das relações de pertencimento e perceber a contingência das soluções jurídicas para a posse na modernidade.

---

[135] Nos termos de Adriano Cavanna, *"la circostanza decisiva nel fenomeno di diffusione del diritto romano-canonico in Europa è questa: ovunque sorga un'Università essa si organizza secondo il modelo italiano, cioè bolognese. Piano di studio, metodo di insegnamento, contenuti didatticci: tutto è identico." (...) "In un certo senso si può dire que l'Europa medievale è l'area di diffusione di un sapere libero, alto, senza frontiere, insegnato nelle Università."* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 26). [Tradução livre: a circunstância decisiva no fenômeno de difusão do direito romano-canônico na Europa é esta: onde quer que surja uma Universidade, ela se organiza segundo o modelo italiano, ou seja, bolonhês. Plano de estudos, método de ensino, conteúdos didáticos: tudo é idêntico. (...) Em um certo sentido pode-se dizer que a Europa medieval é a área de difusão de um saber livre, alto, sem fronteiras, ensinado nas Universidades.]

[136] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 121. Conforme Adriano Cavanna, o latim poderia ser considerado "l'esperanto del mondo giuridico." (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 26).

1.2 RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NA IDADE MÉDIA

Na experiência jurídica européia ocidental da Idade Média prosperaram diversos modos de conceber o lugar das coisas e dos indivíduos na ordem do mundo, muito diversas das formas jurídicas modernas.[137] Conforme foi anteriormente observado, duas características importantes que marcam a sociedade e a dimensão jurídica no medievo são o comunitarismo e o reicentrismo, ou seja, uma compreensão acerca do fenômeno jurídico baseada na idéia de perfeição da comunidade e não na perfeição do indivíduo, um direito que decorre muito mais da natureza das coisas do que da vontade de uma pessoa.

Especialmente no primeiro medievo, tempo em que se contempla uma sociedade fundamentalmente agrária, as relações homem-terra e a sua regulamentação no plano jurídico são centrais. Todavia, não é nas formas (modernas) abstratas e simplificadas da posse, da propriedade e dos demais direitos reais que se encontram as respostas do direito medieval para essas realidades. Como demonstra Paolo Grossi, na alta Idade Média o melhor é falar em "situações reais", evitando expressões como propriedade e direitos reais.[138]

---

[137] Explicando o caráter histórico e cultural da idéia de coisa no antigo regime português, afirma António Manuel Hespanha que "Se a qualidade de pessoa e o seu estatuto civil e político eram o produto de uma certa forma de imaginar o mundo humano, também o mundo das coisas (*res*) e suas relações com o mundo dos homens (as situações reais) o eram." (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 69). Essa afirmação parece ser válida, do mesmo modo, para todo o medievo.

[138] GROSSI, Paolo. Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto ..., p. 07. Nas palavras de Grossi, *"L'esperienza giuridica medievale" (...) "mal si presta ad una interpretazione che parta dai consueti punti obbligati del diritto soggettivo e del dogma della volontà, ed è per questo che lo schema latissimo e, per così dire, agnostico della 'situazione reale', proprio perché assume a suo unico contenudo l'inserimento d'una problematica 'umana' nella realtà esteriore e ne coglie le reazioni dall'angolo visuale giuridico senza implicare necessariamente una scelta a favore del soggetto nel gioco di forze fra uomo e* 'rerum natura'*, è l'unico schema storicamente valido per il momento che si vuole indagare."* (p. 07-08). [Tradução livre: A experiência medieval (...) mal se presta a uma interpretação que parta dos consuetudinários pontos obrigatórios do direito subjetivo e do dogma da vontade, e é por isso que o esquema latíssimo e, por assim dizer, agnóstico da "situação real", justamente porque assume como seu único conteúdo a inserção de uma problemática "humana" na realidade exterior e dela colhe as reações a partir do ângulo visual jurídico sem implicar necessariamente uma escolha a favor do sujeito no jogo de forças entre homem e *"rerum natura"*, é o único esquema historicamente válido para o momento que se quer investigar.]

Isso se justifica porque a experiência jurídica medieval não pode ser lida a partir das idéias de sujeito de direito, de direito subjetivo e do dogma da vontade; e, como demonstra o historiador do direito citado, *"Parlar di 'proprietà' e anche di 'diritto reale' significa inevitabilmente mettersi dalla parte del soggetto e misurare il mondo giuridico dall'alto della sua testa"*[139]. É imprescindível, nessa perspectiva, que as lentes utilizadas para captar as relações de pertencimento e sua regulamentação jurídica no medievo sejam outras.

Falar, portanto, de "situações reais" parece ser mais adequado. Os vínculos ou as relações envolvendo homens e coisas não partem de um poder da vontade, garantido e tutelado por um Estado e materializados em modelos (tipos) preestabelecidos em textos legislativos. Em uma ordem baseada, sobretudo, em costumes, os modelos abstratos e formais não são encontrados com muita freqüência, além de não se encaixarem muito bem. O universo das "situações reais", na alta Idade Média, é observado nas inúmeras *"situazioni fattuali – contatto, familiarità, uso, godimento – che implicano 'partecipazione' fra uomo e terra."*[140] O tempo ainda não é o dos indivíduos, a protagonista principal dessa época é a coisa.

Nesse sentido, o que se contempla na sociedade medieval é o "primato dell'oggettivo e dell'effettivo", ou seja, são os vários exercícios efetivos ou as múltiplas utilidades sociais e econômicas que decorrem das coisas que caracterizam os vínculos entre as pessoas e os bens. Não é típica do medievo a relação de pertencimento individual ou de dependência da coisa a um sujeito titular de todos os poderes de usar, gozar e dispor desse bem, "o ordenamento assume como próprias forças promotoras a aparência, o gozo, o exercício, isto é as presenças vivas no âmbito da dimensão factual; recusa-se – ou é incapaz – a inventar cânones artificiosos de qualificação e registra com

[139] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 99. [Tradução livre: Falar de "propriedade" e também de "direito real" significa inevitavelmente colocar-se do lado do sujeito e medir o mundo jurídico do alto de sua cabeça.]

[140] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 100. [Tradução livre: situações factuais - contato, familiaridade, uso, gozo - que implicam "participação" entre homem e terra.]

humildade a carga normativa de todos estes fatos."[141] Das coisas decorrem inumeráveis utilidades, usos e poderes autônomos, independentemente da vontade e do arbítrio dos sujeitos, que são fonte e substância de incontáveis arranjos jurídicos atípicos.[142]

Trata-se de uma "civilização possessória"[143] caso seja utilizado o termo possessório em sentido muito amplo e pouco técnico, ou seja, desvinculado dos seus significados clássico e moderno. Uma expressão (civilização possessória) que procura indicar e realçar a importância dos fatos, do efetivo, das experiências concretas na construção do universo jurídico e que se afasta dos esquemas formais, rigorosos e bem definidos.[144]

No segundo medievo, muitas das noções sobre as relações de pertencimento, acima descritas, também são observadas. As relações envolvendo os homens e a terra continuam sendo vitais para aquela sociedade e para o direito, o primado permanece sendo do todo em detrimento do individual; constata-se a permanência de uma noção intensamente reicêntrica do direito e conserva-se todo o ideário sobre o papel desempenhado pelas coisas (e suas inumeráveis utilidades) na ordem do mundo.[145] A principal diferença, segundo Paolo Grossi, está em certa sistematização e cientificização dessas realidades fluidas e abertas de pertencimento.

---

[141] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 44-45.

[142] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 103.

[143] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 45.

[144] Conforme Paolo Grossi, "Serão uma, dez, cem, inúmeras figuras que emergem do vivo da experiência, mais intuídas que pensadas, mal esboçadas ao invés de desenhadas com cuidado, fatos normativos repletos de conteúdos econômicos que dessa economicidade prepotente retiram a própria normatividade. Uso, exercício, gozo: situações que exprimem com vivacidade, com a sua carnalidade, a familiaridade do homem com as coisas, o seu mesclar-se e o seu viver com elas. E o ordenamento leva essa impressão, de maneira talvez desfocada mas com uma aderência total, sem construções rigorosas e definidas." (GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 46).

[145] Ainda, segundo Grossi, *"Il campo dei diritti reali è un segno palese della perfetta continuità fra i due momenti di una esperienza giuridica unitaria. La grande tensione del primo medievo a 'realizzare' le più varie situazioni di effettività su un bene continua; e continua la grossa rilevanza dell'uso, del godimento, dell'esercizio; continua la loro valorizzazzione da parte dell'ordine giuridico a tutto discapito delle titolarità formali."* (GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 237). [Tradução livre: O campo dos direitos reais é um sinal evidente da perfeita continuidade entre os dois momentos de uma experiência jurídica unitária. A grande tensão do primeiro medievo em "realizar" as mais variadas situações de efetividade sobre um bem continua; e continua a grande relevância do uso, do gozo, do exercício; continua a sua valorização por parte da ordem jurídica em prejuízo das titularidades formais.]

Na fase de "edificação" da ordem jurídica moderna, com os glosadores e posteriormente com os comentadores, verifica-se um trabalho de elaboração científica de esquemas teóricos mais rigorosos. A novidade está na preocupação desses pensadores com a elaboração de uma base jurídica de validade para as inúmeras relações efetivas envolvendo as pessoas e as coisas.[146]

Nesse momento sapiencial da ordem jurídica medieval, é a partir da plataforma do direito romano que as construções jurídico-teóricas sobre as relações de pertencimento são realizadas. O que é realmente utilizado é a linguagem materializada no *corpus iuris civilis* e não propriamente o conteúdo das elaborações romanas. Muito do que foi criado pelo trabalho técnico dos glosadores e dos comentadores parte da expressão "*dominium*".[147] Uma denominação (*dominium*) que, apesar de ser romana, carrega na sua substância os conteúdos medievais dos vínculos sociais e jurídicos entre os indivíduos e as coisas.[148]

De acordo com Paolo Grossi, o fruto mais notável da reflexão medieval sobre as relações homens e bens é encontrado na doutrina do "domínio dividido". Nessa elaboração teórica verifica-se um domínio chamado de *"dominium directum"* ligado à *substantia* da coisa e que ressalta a titularidade do bem. Outro domínio denominado *dominium utile* evidencia a *utilitas* das coisas e realça, assim, as utilidades que decorrem delas e as inúmeras atividades exercidas sobre os bens.[149]

Com a expressão *dominium*, qualificada com o adjetivo *utile*, os glosadores e os comentadores procuravam indicar e caracterizar a enorme gama de utilidades (*utilitas*[150]) que provinham da coisa. Emanada da teoria do "domínio dividido",

---

[146] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 237.

[147] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 238.

[148] GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale ..., p. 239.

[149] GROSSI, Paolo. L'inaugurazione della proprietà moderna. Napoli: Guida Editori, 1980, p. 28-31.

[150] Como explica Ricardo Marcelo Fonseca, a noção de *utilitas*, "que provém da forte noção de *dominium utile*", caracteriza "as várias e inumeráveis utilidades que provém da coisa" (FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 101).

a expressão *dominium utile* apresenta uma contradição, é composta por um substantivo (*dominium*) e um adjetivo (*utile*) que não estão em perfeita sintonia.[151] O que se percebe é que "o domínio útil é o fruto dessa já indispensável contaminação entre o plano da efetividade e o da validade, é o conjunto das certezas altomedievais repensado 'romanisticamente' em termos de *dominium*."[152] A palavra "domínio", retirada do acervo técnico-conceitual do direito romano justinianeu, funciona como a plataforma de validade para várias construções jurídicas que procuravam dar conta das relações de pertencimento no segundo medievo. Já o adjetivo "útil" realça aquilo que era típico das situações reais na alta Idade Média, ou seja, as características da objetividade e da efetividade dessas realidades.[153] Isso significa que toda a elaboração teórica e prática envolvendo o "domínio útil é, antes de tudo, a tradução em termos jurídicos de uma mentalidade. É a mentalidade do primado do efetivo, é a mentalidade 'possessória' do alto medievo que domina ainda como imperiosa constituição material do mundo dos Glosadores e dos Comentadores."[154]

Existia, portanto, uma pluralidade de domínios (*dominia* medievais), com conteúdos bastante diversos das impressões modernas da propriedade privada e dos direitos reais limitados, intimamente ligados à concepção reicêntrica de todo o medievo.

António Manuel Hespanha, ao analisar o pensamento jurídico produzido por grandes mestres do *ius commune*, como Baldo de Ubaldis, explica que esta maneira de compreender o direito estava marcada pela idéia de uma grande ordem universal e pelo respeito a esta ordem. Nessa forma de perceber a dimensão jurídica, e o próprio mundo, todas as pessoas e as coisas tinham as suas funções ou utilidades, mas também as suas correspondentes necessidades.

---

[151] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 49.

[152] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 50-51.

[153] Nessa linha, ainda conforme Paolo Grossi, "É por isso que a noção de domínio útil tem uma sua história e pré-história: formalmente nasce como responsável invenção da ciência jurídica dos Glosadores, substancialmente vive já nas intuições da práxis altomedieval mesmo que pensada e vivida em um universo cultural em que ao *dominium* certamente não dizia respeito o papel de esquema interpretativo prevalente da realidade. (GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 51).

Em virtude disso, no universo ordenado das utilidades e necessidades, não havia uma diferenciação essencial entre as pessoas e as coisas. Observa-se que o próprio conceito de coisa durante toda a Idade Média e mesmo em tempos modernos é bastante diverso de noções atuais de coisa pensadas com base na idéia da separação entre sujeito e objeto. Afirma Hespanha que "Pessoas, animais, plantas e seres inanimados eram, em certo sentido, todos criaturas, comandadas por uma ordem natural da criação. Só a hipervalorização da capacidade humana de entender e de se autodeterminar, típica do racionalismo e voluntarismo modernos, é que traçará fronteiras decisivas entre o mundo dos homens e o mundo dos brutos."[155] Não havia uma distinção tão evidente entre as coisas e as pessoas e, por isso, o próprio conceito de domínio acabava sendo bastante abrangente.[156]

Dentro desse grande panorama, o ideário medieval em relação à posse também é inserido e compreendido. Não é típica do medievo a idéia de posse pensada a partir de esquemas simples e formais e, muito menos, vinculada a uma noção profundamente subjetiva e individual de pertencimento.

Com noções muito abrangentes sobre o que eram as coisas e com a ampliação do conceito de domínio, a própria idéia de posse e daquilo que poderia ser possuído é ampliada. O que se contempla é a "pluralità di *dominia* e pluralità di

---

[154] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 53 - 54.

[155] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 74.

[156] Para António Manuel Hespanha existia uma pluralidade de domínios na literatura do direito comum clássico, "Daí que o conceito de domínio, como faculdade de uso, fosse muito geral, abrangendo tanto vários direitos de gozo sobre coisas (propriedade, usufruto, hipoteca, servidões, etc.), como direitos sobre pessoas (nomeadamente a jurisdição). O próprio poder de Deus sobre o mundo podia ser configurado como domínio: ou Deus não fosse o *Dominus mundi*." (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 78). Paolo Grossi também destaca a multiplicidade de domínios, mas faz uma "distinção essencial: nem todo *ius in re* é elevado a *dominium*, mas sim somente aqueles que incidem diretamente ou sobre a globalidade da coisa (como a propriedade), ou sobre dimensões particulares da coisa (como a enfiteuse, a superfície, as concessões fundiárias a longo prazo, a própria locação a longo prazo); por outro lado é ensinamento recebido dos doutores do direito comum não elevar a *dominium* uma servidão predial ou uma servidão pessoal, já que estas serão confináveis no rol dos *iura in re aliena*." E é por isso, segundo Grossi, que o "Usufrutuário e titular de uma servidão predial são domínios mas somente do próprio *ius*, não conseguindo incidir sobre a crosta dura e resistente da coisa". (GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 58-59).

possessiones"[157]. Destaca-se, ainda, que o direito comum transformou em coisas várias entidades que não compõem realidades empíricas materiais e estendeu a proteção possessória para elas, alargando a idéia de posse e de proteção possessória.[158]

Essa "civilização possessória" começa a ruir com o nascimento de uma forma muito diversa de compreender a sociedade, a dimensão jurídica e o lugar das pessoas no mundo. A mudança é no sentido de uma civilização, cada vez mais, individualista e proprietária.

1.3 TRAÇOS DO MODERNO E PRENÚNCIOS DA PROPRIEDADE PRIVADA

O percurso histórico do conceito moderno de propriedade é bastante longo, alguns de seus alicerces são encontrados em momentos históricos muito distantes, apesar de adquirir toda a sua força apenas no século XIX.[159] Pode-se afirmar que a

[157] VOLANTE, Raffaele. Fatto normativo e interpretatio iuris: la definizione del possesso nel diritto comune. In: ORDO IURIS: storia e forme dell'esperienza giuridica. Milano: Giuffrè, 2003, p. 18. [Tradução livre: pluralidade de *dominia* e pluralidade de *possessiones*]. Raffaele Volante, no artigo citado, procura elucidar o conceito de posse no direito comum. O autor trabalha com algumas definições importantes de posse na cultura jurídica do segundo medievo e demonstra a pluralidade de posses, assim como existia a pluralidade de domínios. Nas palavras de Raffaele Volante, *"Il possesso è sempre frutto di un atto materiale unito ad un momento di legittimazione da parte del diritto, ma questi due elementi possono combinarsi in modo diverso nelle singole fattispecie concrete."* (p. 18). [Tradução livre: "A posse é sempre fruto de um ato material unido a um momento de legitimação por parte do direito, mas esses dois elementos podem combinar-se de modo diferente nos casos concretos individuais.]

[158] Conforme António Manuel Hespanha, "o direito comum alargou muito esta possibilidade de defesa de direitos. Atribuiu-a, como já o fazia o direito romano, aos proprietários e usufrutuários. Mas autorizou também titulares de outros direitos a usarem da reivindicação e a protegerem provisoriamente as suas posses com os remédios possessórios (*restitutiones e interdicta*)" (...) "Assim, considerou como coisas, susceptíveis, portanto, de ser objecto de um direito real: (i) os direitos políticos (ou iurisdictio, regalia, direitos feudais, direitos tributários); (ii) os benefícios e ofícios; (iii) o direito de eleger, nomear ou apresentar (um magistrado, um beneficiado ou um oficial). Tudo isto equivaleu a conceber, ao lado de direitos reais sobre coisas (como na propriedade ou no usufruto), direitos reais sobre direitos (como, por exemplo, no caso de um direito banal)." (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 75-76).

[159] A formação da propriedade privada "É um processo de renovação que leva cinco séculos, do XIV ao XIX, e que somente em seu êxito final obtém a inversão de um sentido, a reviravolta da mentalidade: somente na metade do século XIX o fruto, já maduro, destaca-se do ramo, mas a progressiva maturação teve uma duração plurissecular." (GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 62).

construção dessa noção de pertencimento individual, que permite ao seu titular excluir todas as outras pessoas do uso e gozo de um bem, está intimamente ligada às pretensões da modernidade de liberalização dos sujeitos de todos os vínculos tradicionais e condicionamentos existentes na sociedade medieval. Ocorre que a mudança não se dá de forma repentina.

O extenso caminho percorrido configura-se bastante irregular e permeado de conflitos e contradições. As sementes do novo modelo são encontradas no próprio medievo,[160] momento em que surgem os primeiros traços de uma nova mentalidade social e jurídica, produto de uma mudança antropológica muito intensa, que vai se desenvolver ao longo de toda a modernidade.

A configuração da "propriedade, que renega as soluções medievais do pertencimento e que podemos convencionalmente qualificar como moderna, é desenhada a partir do observatório privilegiado de um sujeito presunçoso e dominador, é emanação das suas potencialidades, é instrumento da sua soberania"[161]. Isso significa que a nova compreensão jurídica sobre as relações entre as pessoas e as coisas começa a ser pensada a partir do ângulo do indivíduo e da sua vontade, e não mais partindo das coisas e das suas utilidades.

Como ensina Grossi, para entender a construção da idéia moderna de propriedade e a sua regulamentação jurídica é interessante revisitar alguns momentos históricos importantes do seu percurso, como a teologia voluntarista dos séculos XIV e XV,[162] o pensamento sobre a propriedade da Segunda Escolástica,[163] o individualismo

---

[160] Nas palavras de Paolo Grossi, *"Assistiamo al nascere e al progredire, all'interno dell'organismo medievale, di una cellula intrinsecamente autonoma che non tarderà a divenire cancerosa, e perciò corrosiva e demolitrice, di quell'organismo; ma, nel tempo stesso, cellula inaugurale e costitutiva d'una visione del mondo che sentiamo ancora premere sulla nostra coscienza attuale."* (GROSSI, Paolo. *Usus facti*: la nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n. 1, Milano: Giuffrè, p. 287-355,1972, p. 293). [Tradução livre: Assistimos ao nascer e ao progredir, no interior do organismo medieval, de uma célula intrinsecamente autônoma que não tardará a tornar-se cancerosa, e por isso corrosiva e demolidora, daquele organismo; mas, ao mesmo tempo, célula inaugural e constitutiva de uma visão de mundo que sentimos ainda premer sobre a nossa consciência atual.]

[161] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 67.

[162] Especificamente sobre a teologia voluntarista dos séculos XIV e XV e a sua importância na construção do ideário moderno de propriedade, vide GROSSI, Paolo. *Usus facti*: la nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova.

possessivo dos séculos XVII e XVIII,[164] para se chegar então às cartas constitucionais do século XVIII e dos códigos do século XIX, não desprezando as renitências e contradições existentes durante todo o percurso. É necessário compreender, também, que a propriedade é antes de tudo mentalidade.

Sem qualquer pretensão de esgotar o itinerário histórico da propriedade, parece ser interessante evidenciar alguns dos elementos e dos momentos relevantes que contribuíram para o resultado.

Na transição do medieval para o moderno é, especialmente, com Guilherme de Ockham, no século XIV, que a noção de direito subjetivo, tão importante para a configuração moderna da propriedade, começa a ser esboçada.[165] Segundo o pensador franciscano, que fez parte do movimento filosófico conhecido como "nominalismo"[166], a realidade é formada apenas por seres particulares e não por universais. Ockham, de forma contrária aos realistas da Alta Escolástica, que acolhiam a idéia da existência real de modelos ideais, compreende que a realidade é constituída apenas por seres singulares, ou seja, por indivíduos.

Na explicação de Michel Villey sobre a "querela dos universais"[167], "Ockham levou ao extremo o movimento apenas esboçado por Aristóteles contra Platão, desprezando o geral em benefício do singular. Na interpretação de Ockham, só os

---

[163] Em relação ao papel da segunda escolástica, vide GROSSI, Paolo. La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica, In: GROSSI, Paolo (a cura di). La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Milano: Giuffè, 1973, p. 117 e segs. Verificar também VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[164] Sobre o individualismo possessivo dos séculos XVII e XVIII, vide MACPHERSON, C. B.. A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979; BARCELLONA, Pietro. L'individualismo proprietario. Torino: Boringhieri, 1987.

[165] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 225.

[166] Segundo Villey, já se fala em nominalismo nos séculos XI e XII, mas a "principal razão da fama de Ockham é, por certo, o fato de ter inaugurado a *via moderna*." (VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 225).

[167] A propósito da "querela dos universais", vide VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 225-234.

indivíduos existem: só Pedro, Paulo, aquela árvore, aquele bloco de pedra são reais, só eles constituem 'substâncias'. Quanto ao 'homem', quanto ao vegetal ou mineral, isso não existe, e poderíamos dizer o mesmo de todas as noções gerais."[168] Em virtude disso, não há uma natureza humana ou das coisas, não há formas comuns ou causas finais no mundo, não existem conseqüentemente direitos naturais. O que realmente tem existência são os indivíduos singulares, sendo que os signos universais (como homem, pai, filho, entre outros) só servem para representar, de forma imperfeita e parcial, tais singularidades e o seu conjunto.[169] E é por isso que o conhecimento realmente perfeito e adequado à realidade é o individual.[170]

Ao considerar os indivíduos de forma isolada, não mais vinculado a grupos ou coletividades, não mais caracterizado pelas suas funções ou papéis desempenhados em sociedade, o pensamento nominalista esboça uma nova maneira de compreender a realidade e o próprio direito. Como observa António Manuel Hespanha, "Enquanto que a filosofia clássica dava existência *real* ao *homem 'situado' em certas estruturas sociais* (como 'pai', como 'cidadão', como 'filho') e, portanto, considerava como reais ou naturais os direitos e deveres decorrentes de tal situação, a filosofia social nominalista considerava os indivíduos isolados, sem outros direitos ou deveres senão aqueles reclamados pela sua *natureza individual*, ou pela sua *vontade*"[171]. Trata-se de uma mudança antropológica relevante e cheia de implicações na formação do pensamento jurídico moderno.[172]

---

[168] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 229.

[169] Sobre os signos universais leciona Villey que "são apenas conceitos, instrumentos, etapas no caminho do conhecimento de uma realidade exclusivamente singular, apenas um começo de conhecimento nebuloso dos indivíduos. Universais e relações são apenas instrumentos de pensamento." (VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 231).

[170] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 230.

[171] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 302 (nota de rodapé).

[172] Conforme Villey, o nominalismo "habitua a pensar todas as coisas a partir do *indivíduo*: o indivíduo (não mais a relação entre vários indivíduos) torna-se o centro de interesse da ciência do direito; o esforço da ciência jurídica tenderá doravante a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus *direitos individuais*. E, quanto às normas jurídicas, não podemos mais extraí-las da própria ordem que antes se acreditava ler

Nessa mesma linha, a reflexão franciscana sobre a pobreza é outro momento importante na configuração da idéia moderna de propriedade, especialmente no que toca à questão da formação dos traços iniciais da idéia de direito subjetivo aos moldes modernos. Na explicação de Michel Villey, Ockham, no *Opus nonaginta dierum*, combatendo as teses do Papa João XXII que procuravam forçar os franciscanos a aceitar a titularidade de bens, contra o voto de pobreza absoluto da ordem franciscana, elabora uma nova concepção de direito. Para ele, o direito (*ius*) deveria ser compreendido como um poder do indivíduo projetado sobre a coisa, e não como algo implicado ou decorrente da própria coisa. Isso quer dizer que o direito (*ius*) já não decorria mais da própria coisa e sim da vontade do sujeito. Por isso, segundo Ockham, os franciscanos não seriam titulares de direitos (proprietários) sobre os bens das suas ordens justamente porque não desejavam a titularidade desses direitos, apesar da utilização fática dos mesmos bens.[173]

Conforme explicação de Rafael de Sampaio Cavichioli, "Ockham altera a definição de *ius* e desprende-a da relação social de distribuição de bens, remetendo-a à esfera de titularidade do indivíduo e redefinindo-o como um poder desse indivíduo sobre a coisa."[174] No pensamento franciscano o uso de fato sobre as coisas não

---

na Natureza, será preciso buscar sua origem exclusivamente nas vontades positivas dos indivíduos: o *positivismo* jurídico é filho do nominalismo. Todas as características essenciais do pensamento jurídico moderno já estão contidas em potência no nominalismo." (VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 233).

[173] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 265-278. Ainda sobre essa questão, Rafael de Sampaio Cavichioli esclarece que "A tese do Papa é a de que é impossível, sob o aspecto jurídico, apenas haver uma titularidade fática sobre os bens sem que haja um direito. Se os franciscanos utilizam seus jardins, suas casas, e colhem os frutos dos seus bens, é impossível afirmar que eles não tenham um direito consistente nessas próprias coisas. Além disso, quanto aos bens consumíveis, o uso não se separa da propriedade." (...) "Ockham, para rebater as teses do Papa, recorre a uma nova definição de direito, que não implica uma vinculação com a própria coisa, tal como este pensa. Ockham definirá o direito como um poder do indivíduo que se projeta sobre a coisa. Assim, os franciscanos não renunciam ao uso de fato sobre as coisas, ou seja, permanecem usando a coisa, habitando-a, ou no caso das coisas consumíveis, comendo-a ou bebendo-a. Porém (...) os franciscanos, assim como Cristo, renunciam ao poder ligado ao direito de uso." (CAVICHIOLI. Rafael de Sampaio. Crítica do sujeito de direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 32-33).

[174] CAVICHIOLI. Rafael de Sampaio. Crítica do sujeito de direito ..., p. 33.

atribuía a titularidade do direito de propriedade, isso porque esta decorria da dimensão subjetiva do indivíduo e não da própria coisa.[175]

A elaboração franciscana ao formular uma "nova noção de homem (como aquele que, na caridade e na vontade, é um ser essencialmente espiritual), afasta-o daquela intrincada relação que ele sempre teve com as coisas na reflexão medieval, colocando-se como um ser apartado e autônomo com relação aos bens."[176] Observa-se o aparecimento uma nova noção de indivíduo e do seu lugar e papel no mundo.[177]

Essa foi uma etapa muito importante para a configuração de uma maneira de compreender o indivíduo desprendido e liberado da realidade que o cerca. Contribuiu enormemente com o ideário de um direito de propriedade substancialmente atado à vontade de um sujeito, o seu titular.

Começam a se delinear aqui alguns traços iniciais da idéia moderna de liberdade, como "autodeterminação da vontade", ou seja, como a possibilidade de se

---

[175] Destaca-se que praticamente *"tutti i Maestri della Seconda Scolastica, spagnoli e non spagnoli, quando trattano del problema uomo-beni, dedicano un capitolo del proprio discorso alla relazione proprietà-uso così come l'aveva elaborata e definita la grande disputa sulla povertà del tardo Medievo e fan quasi universalmente proprie le conclusioni francescane all'interno della disputa."* (GROSSI, Paolo. La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica ..., p. 128). [Tradução livre: todos os Mestres da Segunda Escolástica, espanhóis e não-espanhóis, quando tratam do problema homem-bens, dedicam um capítulo do próprio discurso à relação propriedade-uso, assim como a tinha elaborado e definido a grande disputa sobre a pobreza do tardo Medievo e fazem quase universalmente próprias as conclusões franciscanas no âmbito da disputa.]

[176] FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 101. Na explicação de Paolo Grossi, *"l'uomo dei francescani è il singolo operatore che afferma la propria libertà sulla e dalla realtà fenomenica, che ama e vuole e che nella carità e nella volontà trova non solo la caratteristica prima del suo essere spirituale, ma altresì la sua perfetta indipendenza dai fenomeni." (...) "In questa prospettiva tutto suona elogio del soggettivo, tutto sembra destinato ad interiorizzarsi"*. (GROSSI, Paolo. L'inaugurazione della proprietà moderna ..., p. 37). [Tradução livre: o homem dos franciscanos é o operador singular que afirma a própria liberdade sobre a e da realidade fenomênica, que *ama* e *quer* e que na caridade e na vontade encontra não somente a característica primeira do seu ser espiritual, mas também a sua perfeita independência dos fenômenos. (...) Nesta perspectiva tudo soa como elogio do subjetivo, tudo parece destinado a interiorizar-se.]

[177] Conforme Grossi, *"La nuova visione antropologica, che emerge ormai chiara dalle grandi dispute teologico-filosofiche del tardo Dugento e del primo Trecento, rappresenta il tentativo di isolare dal mondo e sul mondo un individuo che ha trovato la forza (o così, almeno, presume) di affrancarsi da antiche prigionie; soggetto presuntuoso, intenzionato a reperire soltanto all'intorno di sé il modello interpretativo della realtà cosmica e sociale."* (GROSSI, Paolo. Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medievo ed età moderna ..., p. 05). [Tradução livre: A nova visão antropológica, que ora emerge clara das grandes disputas teológico-filosóficas do tardo século XIII e do princípio do século XIV, representa a tentativa de isolar do mundo e sobre o mundo um indivíduo que encontrou a força (ou assim, ao menos, presume) de libertar-se de antigas prisões; sujeito presunçoso, intencionado a encontrar somente em torno de si o modelo interpretativo da realidade cósmica e social.]

autocontrolar e dominar a realidade externa. Inicia-se o desenvolvimento de uma nova imagem de domínio, denominado *dominium sui* (domínio de si mesmo e de seus próprios atos – *dominium super suos actus*) e a relação entre o sujeito e a realidade é agora pensada e determinada em termos de domínio.[178]

Nesse contexto, a liberdade é compreendida como a capacidade de o sujeito exprimir-se pelas de formas de apropriação individual. Com isso, a dimensão proprietária se torna essencial para a própria liberdade, e "la capacità di essere proprietarii è capacità di realizzare pienamente la propria personalità, libera in quanto libera di volere e tanto più autenticamente libera in quanto capace di tradurre la propria volontà astratta nelle espressioni dominative che le sono connaturate."[179] O que se observa a partir desse momento, é que "o 'ter' é algo que passa a ser fundante de uma expressão de subjetividade, é algo que tem a capacidade de definir o 'ser'."[180] Nessa forma tipicamente moderna de compreender as relações entre os sujeitos e as coisas, que parte do *dominium sui*, a propriedade é depositada no interior do sujeito e já não há mais como compreendê-lo sem se referir a essa forma de apropriação.

A idéia de um sujeito que se afirma como um sujeito proprietário será retomada e desenvolvida por autores do chamado individualismo possessivo dos séculos XVII e XVIII e, posteriormente, materializada em boa parte das cartas constitucionais do século XVIII e dos códigos do século XIX.

Um exemplo importante desse individualismo possessivo é encontrado no pensamento do contratualista inglês John Locke. Nas idéias desse autor observam-se fortes fundamentos filosóficos para a nova conformação da propriedade que

---

[178] GROSSI, Paolo. L'inaugurazione della proprietà moderna ..., p. 38-39.

[179] GROSSI, Paolo. L'inaugurazione della proprietà moderna ..., p. 40. [Tradução livre: A capacidade de ser proprietário é capacidade de realizar plenamente a própria personalidade, livre enquanto livre de querer, e tão mais autenticamente livre quanto capaz de traduzir a própria vontade abstrata nas expressões dominativas que lhe são conaturais.]

[180] FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 102.

surgia na modernidade. A propriedade por excelência é a individual, aquela que decorre do próprio sujeito e do seu trabalho.[181]

Além disso, a noção de propriedade compreendida como um direito natural do indivíduo, fundamental e absoluto, ganha argumentação vigorosa com Locke. A propriedade passa a ser incluída, ao lado da liberdade e da igualdade, entre os direitos naturais, mas é o direito natural por excelência, pois é na propriedade que se encontram ancorados os demais direitos como os direitos à vida e à liberdade. O direito de propriedade nessa concepção é um direito fundante sem o qual não existem, inclusive, os demais direitos naturais.

O autor afirma, ainda, que o objetivo de se constituir uma sociedade é a preservação do direito natural, por excelência, que é a propriedade privada.[182] No entendimento de Locke, a propriedade nasce e se constitui antes mesmo do que o próprio contrato social; é um direito natural que dá origem a todos os outros, como a liberdade e a própria vida. A propriedade estaria constituída antes do Estado, seria anterior ao pacto

[181] Nas palavras de John Locke, "Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem direito exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade." (...) "Ainda que a água que corre na fonte pertença a todo mundo, quem duvida que no cântaro ela pertence apenas a quem a tirou? Seu trabalho a tirou das mãos da natureza, onde ela era um bem comum e pertencia igualmente a todos os seus filhos, e a transformou em sua propriedade." (LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 98 - 99). Conforme explicação de Pietro Costa, "Na perspectiva lockiana, e mais tarde iluminista e revolucionária, os direitos são a expressão imediata do ser humano como tal. O indivíduo lockiano é capaz de conservar a si mesmo enquanto livre para apropriar-se, com o *labour* do seu corpo, com o emprego das suas energias intelectuais e físicas, dos bens necessários para a sua subsistência: liberdade e propriedade são, ao mesmo tempo, os direitos invioláveis de todo indivíduo e as regras essenciais de uma ordem que precede logicamente o arranjo da soberania." (COSTA, Pietro. Estado de direito e direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 59).

[182] Segundo Norberto Bobbio, "É certo que um dos maiores esforços feitos por Locke, em sua teoria do governo, é o de demonstrar que a propriedade é um direito natural no sentido específico de que ele nasce e se aperfeiçoa, ou seja, antes que o Estado seja instituído e de forma independente. Aceito este princípio, não nos espantaremos de ler a todo momento que um dos fins para os quais os homens se reúnem em uma organização política é a conservação da propriedade." (BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. Brasília: Editora UnB, 1994. p. 187). Nas palavras de Locke, "O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos (...)." (...) "A razão por que os homens entram em sociedade é a preservação de sua propriedade." (LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil ..., p. 162 e p. 218).

fundamental e, nesse sentido, não poderia ser instituída ou criada pelo Estado e por seu ordenamento jurídico. A propriedade deveria, apenas, ser declarada. Isso caracteriza a idéia de que o direito de propriedade privada, também, não poderia ser suprimido, modificado ou limitado, porque já estava naturalmente estabelecido.[183] Nessa linha de raciocínio, o direito de propriedade não poderia ser repensado, constituía um direito intocável, repita-se, inerente ao ser humano, individualmente considerado.

Ocorreram a exaltação e a legitimação do discurso que considerava (e continua considerando)[184] a propriedade privada como um direito natural, absoluto e que seu titular teria todas as garantias possíveis atribuídas pela ordem jurídica. Na defesa desse direito, independente de outros questionamentos de natureza não-patrimonial, Locke, inclusive, chega a afirmar que "o magistrado não deve fazer nada a não ser com o objetivo de assegurar a paz civil e a propriedade de seus súditos"[185].

---

[183] Como explica Norberto Bobbio, "Atribuir um fundamento originário e natural à propriedade significava atribuir à vontade do soberano – teoria política – ou de todos os demais – teoria convencionalista – um valor não mais constitutivo do direito de propriedade, mas apenas declarativo: o valor de um reconhecimento sucessivo de direito já constituído" (BOBBIO, Norberto. Locke e o direito ..., p. 192). Na leitura de Pietro Costa, "A liberdade e a propriedade – que são conjuntamente direitos do sujeito e estruturas de sustentação da ordem social – não são criadas, mas são apenas reconhecidas e garantidas pelo soberano." (COSTA, Pietro. Estado de direito e direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna ..., p. 59).

[184] Deve ser observado que é esse o modelo de propriedade que domina, ainda, boa parte do cenário jurídico contemporâneo. Como demonstra Eroulths Cortiano Júnior, "Pode-se, lançando um olhar sobre a modernidade ocidental, enxergar a construção do discurso proprietário: um determinado modelo de propriedade torna-se em princípio do direito moderno, por conta do centralismo ocupado pelo direito privado herdado do oitocentos." (...) "O modelo de propriedade, virado em princípio proprietário, insiste em manter-se, já que sua essência adapta-se, consome e regurgita as transformações." (CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 04 - 05). Destaca-se que esta concepção de propriedade é observada em muitos manuais de Direito Civil; apenas como exemplo são as palavras de Maria Helena Diniz que fundamenta a propriedade privada na "teoria da natureza do homem"; segundo a autora "a propriedade é inerente à natureza do homem, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade. É o instinto da conservação que leva o homem a se apropriar de bens, seja para saciar sua fome, seja para satisfazer suas variadas necessidades de ordem física e moral. A natureza humana é de tal ordem que ela chegará a obter, mediante o domicílio privado, um melhor desenvolvimento de suas faculdades e de sua atividade." (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro ..., p. 103-104).

[185] BOBBIO, Norberto. Locke e o direito ..., p. 187. Ainda que se argumente que o conceito de propriedade para Locke é mais amplo (vida, liberdade e bens) e que, nessa linha, a defesa feita por ele ao direito de propriedade não é tão radical assim, o fato é que as suas idéias se encaixaram perfeitamente aos novos desejos da época. Sobre essa questão, vide MACPHERSON, C. B.. A Teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke.

Percebe-se, com isso, uma supervalorização da propriedade privada na modernidade, que "passa de instrumento de garantia da classe burguesa fundadora da sociedade liberal e se transforma em instrumento de organização e funcionamento de todo o sistema."[186] Não é de surpreender a sacralidade que é atribuída à propriedade privada no célebre artigo 17 da "Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão", de 1789, ao dispor que "a propriedade é um direito inviolável e sagrado"[187]. Um direito que é praticamente a *"ombra del soggetto riflessa sulle cose"*[188]. O ideário da propriedade privada influencia e constitui parte significativa da cultura jurídica e social moderna e contemporânea, encontrando um respaldo especial no direito privado europeu (desenvolvido a partir do final do século XVIII) e nos seus códigos.

Uma síntese profícua das principais características do paradigma individualista é realizada por António Manuel Hespanha. O historiador do direito enumera alguns traços estruturais do modelo proprietário resultado desse extenso processo histórico. Inicialmente, a propriedade privada é concebida como um direito natural, "decorrente da própria natureza do homem como ser que necessita de se projetar exteriormente nas coisas para se realizar."[189] Por ser um direito natural não é um direito constituído pelo direito positivo e sim um direito apenas reconhecido e garantido pelo Estado. Para alguns, inclusive, a propriedade é vista como um direito natural por

[186] CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas ..., p. 57.

[187] Sobre o artigo 17 da "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789, explica Grossi que *"la proprietà è approdata al geloso territorio del sacro nel momento in cui la sua nozione si è colorata di assolutismo (e quando usiamo questo termine, non intendiamo la rilevanza erga omnes che i giuristi colgono in ogni diritto reale, ma l'intensità e l'intoccabilità che i filosofi riconoscono alle nozioni morali)."* (GROSSI, Paolo. L'inaugurazione della proprietà moderna ..., p. 45-46). [Tradução livre: a propriedade aportou ao ciumento território do sacro no momento em que a sua noção se coloriu de absolutismo (e quando usamos este termo não pretendemos significar a relevância *erga omnes* que os juristas colhem em todo direito real, mas a intensidade e a inviolabilidade que os filósofos reconhecem às noções morais).]

[188] GROSSI, Paolo. L'inaugurazione della proprietà moderna ..., p. 51. [Tradução livre: sombra do sujeito refletida sobre as coisas.]

[189] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 87.

excelência, a origem de todo o direito, e o papel da ordem jurídica positiva é proteger esse direito sagrado.[190]

Outro aspecto fundamental, destacado por Hespanha, é a percepção da propriedade como um direito absoluto, ou seja, liberta ou liberada de praticamente todas as limitações e os condicionamentos tradicionais típicos do Antigo Regime. Ao lado do absolutismo em matéria de relações de pertencimento individual, característica igualmente observada do modelo é a plenitude do direito de propriedade. Atributo que garante ao seu titular o exercício de todas as faculdades ou poderes em relação à coisa (usar, gozar e dispor), objeto da relação jurídica.[191]

A propriedade é compreendida, também, como um direito com tendência à perpetuidade, o que provoca uma desvalorização de outras formas temporalmente limitadas de domínio. Além de tudo isso, a propriedade é "colocada" no âmbito do direito privado (considerando a idéia da separação entre o espaço público e o privado).[192] Sinteticamente, pode-se afirmar que a propriedade, fruto do paradigma individualista moderno, é um direito natural, absoluto, pleno, tendencialmente perpétuo e essencialmente privado.

Todo o ideário individualista de compreender as relações de pertencimento, acima esboçado, condiciona significativamente a reflexão jurídica acerca dos demais direitos reais e, em especial, da posse. Progressivamente, os demais direitos reais vão se tornando fragmentos ou parcelas do direito de propriedade e definidos a partir desse direito. A posse também passa a ser pensada em termos proprietários, não sendo mais compreendida sem a referência necessária à propriedade moderna.

Para se compreender melhor as soluções jurídicas encontradas para as relações de pertencimento, em especial para a posse no século XIX, é necessário verificar em que "solo" essas opções foram realizadas. O que pode ser compreendido ao

[190] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 87-88.

[191] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 87-88.

[192] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 87-90.

analisar algumas linhas gerais da passagem da chamada ordem jurídica medieval para a maneira de se pensar o direito na modernidade.

1.4 DO PRÉ-MODERNO AO "ABSOLUTISMO JURÍDICO MODERNO"

O que se entende por direito, ainda hoje, está intimamente vinculado à idéia de Estado e às suas manifestações normativas. Aos olhos das pessoas em geral, e especialmente no entendimento de boa parte daqueles que trabalham com o discurso jurídico, fora do espaço estatal não há muito que se falar em direitos. O mesmo pode ser dito sobre a atual regulamentação jurídica da posse no Brasil, sintetizada em um conjunto de regras estabelecidas quase exclusivamente em um Código.

A justificativa para isso talvez possa ser encontrada no longo (e permeado de contradições) processo histórico de elaboração da mentalidade jurídica moderna intimamente ligada à formação dos Estados soberanos.[193]

Ressalta-se que a palavra "Estado" não é nova na tradição política européia. São encontrados significados diferentes, ao longo da história, para a expressão.[194] Entretanto, foi apenas no final do século XVIII, que a idéia de Estado incorpora "uma referência muito forte à monopolização do poder político, à constituição

[193] Em relação ao advento dos Estados nacionais modernos, embora não constitua objeto de investigação científica do presente trabalho, ressalta-se que a bibliografia é vastíssima e as interpretações são bastante diversas. Contrariando uma interpretação marxista mais tradicional (a de que o Estado seria um instrumento utilizado pela burguesia nascente contra a aristocracia), Perry Anderson defende a idéia que o Estado Absolutista era uma reorganização da dominação da nobreza ou, em outros termos, um aparelho recolocado e aperfeiçoado de dominação feudal. (ANDERSON, Perry. Linhagens do Estado Absolutista. São Paulo: Brasiliense, 1985). Em sentido diverso, a interpretação de Norbert Elias, que compreende o papel do Estado Absolutista como uma espécie de árbitro ou mediador (ora aliado, ora distanciado), uma espécie de fiel da balança entre grupos rivais, especialmente entre a aristocracia e a burguesia. (ELIAS, Norbert. O processo civilizador: formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993). Sobre a importância da formação dos Estados modernos europeus para o direito, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, verificar o livro, composto por um conjunto de textos de diversos historiadores do direito italiano, organizado por FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto. 5ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2005.

[194] HESPANHA, António Manuel. Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

de um centro de poder único na sociedade; a qual, por isso, fica vazia de poder de *imperium* e organizada, apenas, por relações políticas paritárias, entre cidadãos iguais, de natureza contratual ("sociedade civil", "sociedade civil sem império")."[195] Como alerta António Manuel Hespanha, a "ideia de que na sociedade há, ou deve haver, apenas um centro político teve um parto longo e difícil no pensamento político ocidental."[196] Cabe destacar alguns aspectos dessa trajetória.

Sobre a gênese e a constituição da modernidade, explica Ricardo Marcelo Fonseca que ela nasce a partir da chamada "sociedade tradicional" ou sociedade do Antigo Regime, e não é possível individualizar de forma precisa os seus progenitores, o seu local e a sua dada de nascimento.[197] Trata-se de um processo histórico demorado e difuso, com raízes profundas, que se inicia com eventos de formidável repercussão como o desenvolvimento, ainda que irregular, do mercado de trocas comerciais e da economia, o crescente processo de racionalização ou de "desencantamento do mundo"[198], a reforma religiosa[199], a expansão ultramarina e a descoberta das Américas[200], o surgimento dos

---

[195] HESPANHA, António Manuel. Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004, p. 28.

[196] HESPANHA, António Manuel. Guiando a mão invisível ..., p. 28. Observa-se que o processo de centralização administrativa e de monopolização do direito pelo Estado não ocorrem de forma concomitante e automática com o surgimento dos Estados nacionais. Isso significa dizer que esse processo de apropriação do poder político e jurídico por parte do Estado foi construído historicamente.

[197] FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho ..., p. 30.

[198] Sobre o crescente processo de racionalização do mundo constatado na modernidade, denominado por Max Weber de "desencantamento do mundo", verificar WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva. Brasília: Editora UNB, 1991.

[199] Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, "A reforma protestante e as guerras de religião, o fim da *ecoúmene* cristã latina impõem novos objetos de reflexão: o problema da pluralidade e da tolerância do *dissidente* de maneira nova. Antes a tolerância era corporativa, agora será distinta. Os Estados nacionais deverão encontrar um meio de tratar os dissidentes religiosos e não será fácil. O debate em torno da tolerância religiosa antecipará o debate a respeito da democracia, do respeito ao dissidente político." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 178-179).

[200] Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, "A conquista da América coloca para os juristas problemas novos, e com ela surgem questões não resolvidas anteriormente (pelo menos não na escala em que se dão) sobre o direito de conquista e descoberta, o direito de posse, a invenção, o tesouro, o direito do mar (a liberdade dos mares) e sobretudo a alteridade, a liberdade natural dos índios. Neste último tema a modernidade começa a enfrentar a tolerância do *diferente*." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 178-179).

Estados nacionais modernos, bem como outros fatores de ordem científica e teórica que contribuíram para uma mudança antropológica radical na sociedade[201] e na compreensão acerca da sua dimensão jurídica.[202]

Especificamente em relação ao lento e complexo processo histórico de construção da mentalidade jurídica moderna, ensina Paolo Grossi que

> "A modernidade jurídica tem raízes remotas. O historiador do direito as pode vislumbrar naquele século XIV, que é extraordinariamente rico de novos fermentos e no qual começam a ser desmentidos os velhos valores sustentadores da civilização medieval. Enquanto nesta os pilares da ordem são representados pela natureza cósmica (o mundo das coisas) e das várias comunidades nas quais o sujeito singular encontra proteção e possibilidade de existência, agora, no século XIV, a nova sociedade começa a direcionar-se para o indivíduo e sobre suas forças individuais. A tentativa é de liberar o indivíduo dos velhos condicionamentos e fazer dele o pilar da nova ordem. O que é testemunhado por aquela revolução antropológica que consiste na ultrapassagem do racionalismo medieval para o voluntarismo da nova era, de um homem que é chamado a *conhecer* para um outro que é chamado a *querer*, de um homem que se projeta para fora em atitude de humildade para um homem que encontra em si mesmo toda justificação e que projeta para fora unicamente sua pretensão de dominar o mundo, de colocar-se como soberano do mundo." [203]

Nessa perspectiva, o que se verifica na modernidade ocidental é um paulatino e complexo processo de redução e simplificação do direito. Sobretudo no século XIX, após a consolidação de parte significativa dos Estados europeus nacionais e com o movimento de codificação moderna (principalmente o francês), o direito começa, cada

---

[201] Apenas como exemplo do que se está afirmando são as construções científicas realizadas pelos "teóricos do norte da Itália e seu esforço na teorização de uma autonomia política diante do Império Germânico e da Igreja; a filosofia nominalista do século XIV que, rompendo com o tomismo, tematiza de modo central o *particular* em detrimento do *geral*, preparando a centralidade do indivíduo no pensamento moderno" (FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho ..., p. 50).

[202] A análise detalhada desses e de outros eventos que contribuíram para a formação do que se entende hoje como modernidade, assim como o estudo de concepções sobre o que é a modernidade, não constitui objeto do presente trabalho. Além disso, ressalta-se que a indicação de alguns "momentos" da construção histórica da modernidade, acima listados, não tem qualquer pretensão de esgotar o assunto. Sobre o tema, vide FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho ..., p. 25-49; LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história ..., p. 178-233.

[203] GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno ..., p. 09. A propósito do tema, verificar também as seguintes obras: VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno.; VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito. São Paulo: Atlas, 1977.

vez mais, a ser compreendido (nos países de *civil law*) como fruto da atividade legislativa de um Estado soberano.

Assim, muito diferente da ordem jurídica medieval são as linhas gerais da mentalidade jurídica que nasce e é consagrada na modernidade, caracterizada, em linhas muito gerais, pela presença do Estado.[204] Como ensina Paolo Grossi, "no auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sócio-política e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político, o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político"[205]. Um direito do Estado e apenas proveniente desse Estado. A dimensão jurídica de uma dada sociedade começa a ser compreendida como a voz do poder político estabelecido e perde muito de sua autonomia.

Com o extenso processo de apropriação da dimensão jurídica pelo poder político na modernidade, o que se observa como resultado dessa nova forma de compreender o direito é um rigoroso monismo jurídico.[206] Para além do sistema de regulamentação estabelecido ou garantido pelo Estado, como regra, não existe ordem jurídica legítima. Cada vez mais, o direito se torna um produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo paulatinamente com isso a sua dimensão plural e social.

---

[204] Conforme Airton Cerqueira Leite Seelaender, "Não é por acaso que se critica, com freqüência, o próprio uso do termo 'Estado' para descrever as monarquias medievais." (...) "Sobretudo inexistia, na Idade Média, uma *Administração Pública* como a concebemos hoje." (SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. Seqüência: estudos jurídicos e políticos – Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis: Fundação Boiteux, ano XXVII, n. 55, p. 253-286, dezembro de 2007, p. 255).

[205] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 142.

[206] Nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer: "Distintamente da ordem jurídica feudal, pluralista e consuetudinária, o Direito da sociedade moderna, além de encontrar no Estado sua fonte nuclear, constitui-se num sistema único de normas jurídicas integradas ("princípio da unicidade"), produzidas para regular, num determinado espaço tempo, os interesses de uma comunidade nacionalmente organizada." (WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994, p. 54.)

Na leitura proposta por Paolo Grossi, esse processo pode ser chamado de "Absolutismo Jurídico"[207], expressão que procura retratar "uma civilização jurídica que perde (ou diminui muito) a percepção da complexidade; uma civilização jurídica que se tornou uma ordem simples, extremamente coerente em suas linhas essenciais, forte em uma sua lógica rigorosa, mas muito pouco sensível ao devir e, sobretudo, à mudança."[208] Tem-se, desse modo, um direito muito preocupado com a redução da complexidade, com grande tendência à abstração e simplificação.

Trata-se, contudo, de um processo muito lento, permeado de contradições e renitências,[209] mas progressivo, de dissolução da sociedade medieval e da sua ordem jurídica. Como explica Adriano Cavanna, a história jurídica moderna pode ser compreendida como a *"storia di una lunga e grande crisi. Crisi lunga, perché lo Stato assoluto nasce senza quel diritto suo che la sovranità postula, e per tre secoli è costretto ad amministrare l'intramontabile e ormai ingombrante ius commune ereditato dal Medioevo."*[210] E, ainda segundo o mesmo autor, *"crisi grande, perché crisi della razionalità cristiana: crisi di una civiltà che si secolarizza, che passa da una concezione teocentrica a una concezione antropocentrica dell'esistenza, da una visione del mondo come retto da un ordine divino-rivelato all'idea della natura come pienamente dominabile dall'uomo attraverso lo scientismo tecnologico."*[211] Verifica-se, por conseguinte, uma mudança de mentalidade na sociedade e no direito.

---

[207] GROSSI, Paolo. Assolutismo giuridico e diritto privato, Milano: Giuffrè, 1988.

[208] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 142.

[209] Como demonstra Hespanha, esse processo de centralização do poder político e de monismo jurídico é lento e gradual, além de ser bastante desigual dependendo do momento e do espaço territorial analisado. Não se deve ignorar, conforme alerta o mesmo autor, a manutenção de pluralismos jurídicos e políticos durante todo o período histórico compreendido como antigo regime. (HESPANHA, António Manuel. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 07-58).

[210] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 30. [Tradução livre: história de uma longa e grande crise. Crise longa, porque o Estado absoluto nasce sem aquele direito *seu* que a soberania postula, e por três séculos é obrigado a administrar o imorredouro e já incômodo *ius commune* herdado do Medievo.]

[211] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 30-31. [Tradução livre: crise grande, porque crise da racionalidade cristã: crise de uma civilização que se seculariza, que passa de uma concepção teocêntrica a uma concepção antropocêntrica da existência, de uma visão de mundo como regido por uma ordem

Nesse percurso, o *ius commune*, apesar de ter sobrevivido em muitos Estados europeus, com muita força, até o final do século XVIII (e em parte do século XIX, dependendo do local), começa a perder, ainda que de forma irregular e demorada, o seu sentido e a sua legitimidade na nova sociedade em formação. Com o fluir do tempo e com séculos de existência, o *ius commune* passa a ser compreendido, cada vez mais, como um direito controvertido e superabundante, sofrendo uma crise de certeza.[212]

Em virtude da sua natureza (*interpretatio*) e das inúmeras opiniões doutrinais diversas e, muitas vezes, contraditórias que deveriam (ou poderiam) ser utilizadas pelo julgador para aplicar o direito, o direito comum não correspondia mais às necessidades dos novos tempos.[213]

Além disso, não é possível esquecer que a forma (fluída, aberta e complexa) de compreender o fenômeno jurídico, típica do *ius commune*, atribuía um grande poder aos juristas e limitava sensivelmente o papel do príncipe e do legislador. No processo de construção e consolidação dos Estados nacionais, com a posterior centralização e monopolização dos poderes político e jurídico (ocorrida na Europa ocidental principalmente durante o século XIX), essa maneira de trabalhar o direito não parecia ser mais tão adequada.[214]

---

divina-revelada à idéia da natureza como plenamente dominável pelo homem por meio do cientificismo tecnológico.]

[212] A crise do direito comum, segundo Paolo Grossi, é uma crise de certeza observada desde o século XV e causada, principalmente, pela "estratificação das opiniões doutrinárias" (GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito ..., p. 48).

[213] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 1 ..., p. 195.

[214] Na síntese proposta por Adriano Cavanna, *"lungo i secoli XVII e XVIII, l`atteggiamento ideologico degli ambienti di governo e della parte informata dell'opinione pubblica diviene a poco a poco* ***antigiurisprudenziale****: l'antico pluralismo viene ad essere negativamente concepito come particolarismo; l'autorità mediatrice del ceto giuridico perde credibilità e le opinioni dottrinali, da autoritativo parametro di certezza che erano, appaiono null'altro che opinioni private, cioè arbitrarie. Il diritto comune comincia ad assumere le parvenze di regime impraticabile e inattuale (...)"* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. v. 2 ..., p. 41.) [Tradução livre: ao longo dos séculos XVII e XVIII, a atitude ideológica dos ambientes de governo e da parte informada da opinião pública torna-se pouco a pouco **anti-jurisprudencial**: o antigo *pluralismo* vem a ser negativamente concebido como *particularismo*; a autoridade mediadora da ordem jurídica perde credibilidade e as opiniões doutrinais, de fidedigno parâmetro de certeza que eram, parecem nada mais do que opiniões *privadas*, ou seja, arbitrárias. O direito comum começa a assumir as aparências de regime impraticável e ultrapassado (...)] Nessa mesma linha, verificar a obra de GROSSI, Paolo. Dalla società di società alla insularità dello stato fra medievo ed età moderna, Napoli: Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, s/d.

Essa redução radical de complexidade do universo jurídico, operada na modernidade, tem como conseqüência o desprezo a outras manifestações do direito que propiciam uma ordem normativa plural e aberta. As práticas, os usos e costumes são excluídos do universo jurídico ou colocados em segundo plano como fontes apenas subsidiárias de direito. A própria atividade interpretativa, uma das fontes por excelência do direito na Idade Média, após a codificação francesa no século XIX, começa a ser vista com profunda desconfiança, transformando-se em exegese.

Consagra-se, também, uma noção potestativa da ordem jurídica. Em boa parte dos países europeus de *civil law*, no final do século XIX, a dimensão jurídica é percebida muito mais como comando normativo, do que auto-organização. Uma forma, portanto, muito distante daquela observada na Idade Média. [215]

Outras características fundamentais que decorrem da nova maneira de compreender o direito na modernidade são a laicidade e o individualismo. Como demonstra Michel Villey, estas são exatamente as marcas do pensamento jurídico moderno.[216] Segundo o autor citado, por "meio da laicidade, o direito moderno se opõe ao direito clerical da alta Idade Média, àquilo que todo o direito da Idade Média, até o seu final, tem de sacro."[217] Além disso, o individualismo é "o que o pensamento jurídico moderno tem de mais específico: é o individualismo que opõe o direito moderno não só às

---

[215] Como demonstra Adriano Cavanna, *"Il tipico modello adottato dai vigenti regimi giuridici continentali è il modello del diritto positivo codificato. Esso non è affatto tanto ovvio, intuitivo e scontato come la immaginazione del comune cittadino irriflessivamente presuppone. Non ha costituito sempre (e nemmeno costituisce ancor oggi) l'unico schema organizzativo di una esperienza giuridica evoluta. Basterebbe pensare a come si sono organizzati nel passato o a come appaiono organizzati nel presente altri ordinamenti politico-sociali ad elevato livello di strutturazione, per esempio la Roma classica o l`Inghilterra medievale e moderna: in questi due modelli di case law non scritta la norma nasce dalla soluzione dal caso e non la soluzione dal caso da una norma precostituita."* (CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. Vol 2 ..., p. 33-34). [Tradução livre: O típico modelo adotado pelos vigentes regimes jurídicos continentais é o modelo do direito positivo *codificado*. Ele não é realmente tão óbvio, intuitivo e previsível como a imaginação do cidadão comum irreflexivamente pressupõe. Nem sempre constituiu (e tampouco constitui ainda hoje) o único esquema organizador de uma experiência jurídica evoluída. Bastaria pensar em como se organizaram no passado ou em como parecem organizados no presente outros ordenamentos político-sociais de elevado nível de estruturação; por exemplo, a Roma clássica ou a Inglaterra medieval e moderna: nestes dois modelos de case law não escrita a norma nasce da solução do caso e não a solução do caso de uma norma pré-constituída.]

[216] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 172-180.

[217] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 175.

concepções dominantes da Idade Média, mas também às doutrinas clássicas da filosofia do direito da Antiguidade (ou seja, sobretudo de Aristóteles)"[218].

Um direito que, apesar das inúmeras "mitologias jurídicas"[219] produzidas, se vangloria do fato de ser um direito laico e do indivíduo, fruto do trabalho de um legislador representante do "interesse geral".

Todo esse processo, na explicação de Paolo Grossi, "constituiu numa espécie de ofuscamento: não nos demos conta de que a estatalidade era um produto histórico contingente, a absolutizamos e tomamos como absoluta uma noção de direito muito relativa, seja do ponto de vista temporal (fruto do moderno), seja do ponto de vista espacial (Europa continental)."[220] Especialmente no século XIX, a vinculação entre direito e Estado (moderno) foi transformada em necessária.[221] A regulamentação jurídica da posse não se distanciou desse cenário.

1.5 A "FORMA CÓDIGO" E A CONSAGRAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA

---

[218] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno ..., p. 177.

[219] Conforme Grossi, "todo esse processo recebe uma refinada mitificação, ou seja, é fundado em crenças absolutas e indiscutíveis: se, antes da Revolução, o Príncipe legislador foi habilmente desenhado como intérprete sereno e alheio à felicidade pública, o único imune a paixões, capaz de ler a natureza das coisas, e, por isso, o único válido produtor do direito, com a Revolução o controle e a hierarquia foram revestidos até mesmo com uma aura democrática graças à axiomática identificação (ou se se preferir, à suprema ficção) da lei como expressão da vontade geral." (GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito ..., p. 50). Para uma análise mais profunda dessa idéia verificar também: GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

[220] GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito ..., p. 28.

[221] Evidentemente que não estão sendo desconsideradas as inúmeras conquistas do Estado democrático de direito e a sua importância para o fenômeno jurídico na atualidade; como afirma Hespanha, "a adopção de uma perspectiva pluralista do direito não pode perder de vista o significado democrático hoje assumido pela constituição e pelas leis. Por isso é que – apesar de todas as suas insuficiências – elas têm ainda que continuar a merecer a designação prestigiante de 'forma da República', como a forma mais regulada, mais controlada e mais provavelmente adequada de manifestação da vontade popular." (HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito ..., p. 19).

Ressalta-se que é com o movimento de codificação na Europa que a lei estadual começa "a monopolizar a atenção dos juristas"[222]. Especialmente na França, após 1804, com a elaboração do *Code Civil*, também chamado de Código de Napoleão, o encantamento com a atividade do legislador assume uma importância sem precedentes na história. [223]

Nesse momento, a "forma código"[224], constituindo "a concretização legislativa da *volonté générale*"[225], torna-se o modelo ideal de direito, ou melhor, não há direito e direitos que estejam para além dos monumentos legislativos codificados. Na expressão de Paolo Grossi, o "drama do planeta moderno consistirá em realizar o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na Lei."[226] Ao intérprete e à doutrina cabe apenas o culto à Lei, numa atividade de submissão à vontade do legislador.[227] É conhecida a clássica citação de um exegeta francês chamado

---

[222] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 376.

[223] Conforme Grossi, "O legislador, sofrendo um processo de forte idealização, apresentava-se como uma espécie de moderno rei Midas, acima das paixões humanas, com o olhar constantemente voltado à felicidade pública; e a atenção se deslocava, de modo arriscado, do conteúdo à forma da lei: o importante era que o ato normativo proviesse de um determinado sujeito – aquele investido pelo poder supremo da soberania – com a única garantia do respeito a um certo processo e a uma adequada publicidade." (...) "O elogio da lei consistia sobretudo no elogio da norma, certa e clara, ficando absorvido o problema do seu conteúdo em uma confiança ilimitada no legislador, uma confiança que logo se revelaria mal depositada, como teria demonstrado com eloqüência o uso e o abuso do instrumento legislativo feito não só pelas ditas democracias burguesas, como também pelos regimes totalitários do século XX." (GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ..., p. 131).

[224] CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno – la forma-codice i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. Codici: una riflessione di fine millennio. Milano: Giuffrè, 2000.

[225] HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 376.

[226] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ..., p. 44. Nesse mesmo sentido, vide CLAVERO, Bartolomé. Institucion historica del derecho. Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 93-94.

[227] A referência aqui vale especialmente à Escola da Exegese. Segundo Norberto Bobbio, algumas causas determinantes para o aparecimento e consagração, na França, da Escola da Exegese foram: i) o próprio fenômeno da codificação (com as suas conseqüências); ii) a mentalidade dos juristas da época dominada pelo princípio de autoridade (a norma é fruto da vontade do legislador, decorrência direta da autoridade do soberano, expressa de maneira segura e completa nos códigos); iii) a doutrina da separação dos poderes (e a decorrente impossibilidade de o juiz criar direito, ou seja, o magistrado deveria ater-se ao que estava expresso no texto legal); iv) o princípio da certeza do direito (um direito simples e seguro, de fácil compreensão); e v) uma profunda pressão política na reorganização do ensino jurídico nas instituições superiores de direito, com o intuito de que fosse ensinado apenas o direito positivo, localizado evidentemente nos textos legislativos codificados. (BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 78-83). Um panorama e as principais características

Bougnet: *"Je ne connais pas le droit civil, je n`enseigne que le code de Napoleón."*[228] Estas palavras resumem muito do que foi compreendido como direito no período pós-Revolução Francesa.

Conforme observado, a formação dos Estados Modernos na Europa, o desenvolvimento do mercado de trocas e a progressiva dissolução dos fundamentos da sociedade medieval e da sua ordem jurídica foram alguns fatores determinantes para o aparecimento dessa maneira original de perceber o fenômeno jurídico, baseado em larga medida em um sistema praticamente fechado de regras.

No direito pós-revolucionário, marcado por sua pretensão à totalidade e universalidade, bem como por sua estatização, a "forma Código" (o Código no seu modelo moderno, filho do Iluminismo e de inspiração jusnaturalista[229] racionalista) é a grande marca da nova mentalidade jurídica, o seu "modelo"[230] por excelência.

Principalmente no Estado francês a ordem jurídica medieval é atacada com veemência pela cultura jurídica burguesa. Acusada de ser uma ordem classista, desigual, retrógrada, injusta, complexa e contraditória, a mentalidade jurídica medieval perde muito da sua legitimidade após a Revolução Francesa e é praticamente

---

da Escola da Exegese podem ser encontrados também nas seguintes obras: GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 515-518; NEVES, A. Castanheira. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2, Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 181-191.

[228] Esta citação foi retirada da obra de NEVES, A. Castanheira. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2 ..., p. 190. [Tradução livre: Eu não conheço o direito civil, eu ensino apenas o código de Napoleão.]

[229] Conforme Paolo Cappellini, "A primeira grande onda das codificações modernas foi gerada por aquela que pode ser chamada a 'aliança' entre Jusnaturalismo e Iluminismo e encontra, não por acaso, o seu ápice secularizante definitivo na experiência revolucionária francesa cristalizada por Napoleão, no Code Civil de 1804." (CAPPELLINI, Paolo. Sistema jurídico e codificação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 17). Na explicação de Paolo Grossi: "O jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado." (GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas ..., p. 114). Hespanha fala em "positivação da razão". (HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 377).

[230] Segundo Paolo Cappellini, o Código Civil francês ou Código de Napoleão, além de representar o símbolo e o mito do novo modo de compreender a produção do direito, é seguramente o modelo jurídico exportado para inúmeros países, inclusive e especialmente para a América Latina. A palavra "modelar-se" também é utilizada no sentido (italiano) de "conformar-se" ao modelo. (CAPPELLINI, Paolo. Codici. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto. 5ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 121).

sepultada com o movimento de codificação.[231] Na nova forma de compreender o direito, observa-se que *"il codice rompe definitivamente con il regime di diritto comune, che cessa di essere il sistema di diritto positivo: tutto il diritto previgente viene abrogato."*[232]

No discurso jurídico burguês, "a nova ordem sociopolítica deve ser democrática, em oposição à decrépita ordem classista, exprimindo a vontade geral da nação"[233] e "a lei identifica-se com a vontade geral; o princípio de legalidade, ou seja, a conformidade de cada manifestação jurídica com a lei, torna-se a regra fundamental de toda democracia moderna."[234] A legitimidade dos novos Códigos está garantida, verifica-se a consagração de uma nova mentalidade jurídica.

Com isso, o reconhecimento das práticas, usos e costumes como fontes de direito e a sua aplicação passam a ser compreendidos com desconfiança. Muito do que era regulado e normatizado fora do poder soberano, pela própria sociedade, dentro de uma ordem consuetudinária, é agora regulamentado por uma única fonte abstrata e geral. A abertura admitida pela utilização de diversas fontes normativas e pela possibilidade de criação e desenvolvimento do direito mediante a atividade interpretativa é compreendida, nesse tempo e espaço, como um retorno ao Antigo Regime.

A novidade do processo de codificação moderna está no fato que, a partir desse momento, o legislador tem a pretensão de regular todas as zonas do ordenamento jurídico. Na explicação de Paolo Cappellini, a "primeira característica

---

[231] Uma citação de Zygmunt Bauman sintetiza bem o "sepultamento" do mundo feudal operado pelos modernos: "Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. Para poder construir seriamente uma nova ordem (verdadeiramente sólida!) era necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores." (BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 10).

[232] CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa. Vol 2 ..., p. 44. [Tradução livre: o código rompe definitivamente com o regime de direito comum, que cessa de ser o sistema de direito positivo: todo o direito pré-vigente é ab-rogado.]

[233] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ..., p. 54.

[234] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ... , p. 54.

comum dos códigos *modernos* que salta aos olhos é que eles se distinguem de todas as tentativas precedentes de reescritura e 'racionalização' do direito vigente"[235].

O Código, em seu modelo moderno, é uma fonte que se caracteriza por uma tipicidade inconfundível: i) tende a ser a fonte unitária (forte monismo jurídico, em que a lei proveniente do Estado é a fonte quase exclusiva do direito); ii) tende a ser fonte completa (tem a pretensão de reduzir toda a experiência, toda a realidade a um sistema de regras jurídicas); iii) tende a ser fonte exclusiva (o direito estatal como a única fonte legítima de direito, materializada no Código).[236]

A formação dos Estados modernos (europeus), a consagração da idéia de soberania e a posterior redução do Direito operada pelo fenômeno do Absolutismo Jurídico (em que a "forma código" talvez seja o exemplo mais sintomático), entre outros fatores, contribuíram enormemente para uma maneira de se colocar a questão do poder na modernidade e de compreender o direito.[237] Com a codificação moderna, o direito passa a ser muito mais *loi* e sempre menos *droit*.[238] O direito moderno, monista e estatal, que pode ser denominado de "paradigma jurídico tradicional"[239], é escolhido como a única fonte de regulação e normatividade em sociedade.

---

[235] CAPPELLINI, Paolo. Sistema jurídico e codificação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 17.

[236] Segundo Grossi, "Como norma que presume prender a complexidade do social em um sistema fechado, o Código, toda codificação, somente pode traduzir-se em uma operação drasticamente redutiva (...)" (GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ..., p. 104).

[237] Aquela idéia de poder entendida sempre sob a ótica da soberania e discutida em torno do tema Estado, ou seja, o poder compreendido como algo concentrado, único, derivado de alguém ou de algum lugar. O poder proveniente sempre de um determinado governante ou de uma determinada classe. É o poder entendido como um bloco ou, nas palavras de Foucault, o "rei em sua posição central" (FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 32). Essa forma de compreender o poder, que Foucault denominou de "modelo jurídico da soberania" ou o modelo ligado à "instituição do Estado e da soberania jurídica", foi consagrado no discurso político da modernidade, em especial, pelo liberalismo político, que construiu toda uma elaboração do poder em torno da figura do Estado e da relação entre este e seus cidadãos. O "modelo jurídico da soberania" atribui um papel fundamental ao Estado e à lei, constituindo instrumentos, discursos e saberes que são aceitos como verdades científicas incontestáveis. (FOUCAULT, Michel. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 71).

[238] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade ..., p. 96.

[239] Antônio Carlos Wolkmer explica "que o paradigma jurídico tradicional - Direito identificado com a lei e como produção exclusiva do Estado - é o modelo normativo que vem dominando oficialmente, em fins do século XX, os países industriais avançados do chamado Primeiro Mundo (Europa central) e os países em desenvolvimento da periferia (América Latina)". (WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico ..., p. 72).

A criação dos grandes Códigos, que tem seu marco mais significativo no Código de Napoleão, é o exemplo paradigmático do movimento histórico que atribui a centralidade do poder ao Estado e à Lei.[240] É nesse ambiente que a propriedade privada ocupa lugar privilegiado.[241] O modelo profundamente individualista e exclusivista de pertencimento, observado anteriormente, encontra no *Code Civil* um momento muito importante da sua história. É famosa a citação ao seu artigo 544 que enuncia e glorifica a propriedade como *"le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue"*[242]. O poder do titular do direito de propriedade, o *dominus*, é tão amplo que compreende inclusive a faculdade de destruir o próprio objeto.[243]

---

[240] É necessário procurar se libertar dessa forma de compreender o poder como, por exemplo, buscou Michel Foucault. Apesar de não constituir objeto do presente trabalho a análise, com profundidade, da idéia de poder no pensamento desse filósofo, destaca-se que é observada a importante contribuição de Foucault para a compreensão do poder em sociedade. Em linhas muito gerais, Foucault pretende olhar a questão do poder a partir das múltiplas formas de dominação, em termos de relação e estratégia, pois ele entende que o poder não atua de maneira concentrada, ele está dissolvido na sociedade e se manifesta de inúmeras formas, são os micropoderes. Analisar, portanto, "os súditos em suas relações recíprocas" ou seja, "não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que ocorreram e funcionam no interior do corpo social." (FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade..., p. 32). Foucault entende, portanto, que o poder gerado no interior das relações entre os indivíduos, em sociedade, é um poder capilar que vem de baixo e não é imposto por uma pessoa, ou seja, é uma forma de dominação que nasce e se desenvolve nas práticas recíprocas dos sujeitos e nas pequenas e desapercebidas sujeições. Não existem apenas dois pólos em uma relação de poder em que existem aqueles que dominam e aqueles que são dominados, o poder se dá em uma relação dinâmica e complexa. Nessa linha, trata-se de captar o poder em suas últimas extremidades, em suas mais finas ramificações, nas suas múltiplas formas e manifestações mais regionais e locais. Com isso Foucault não pretende dizer que não existem os macropoderes na sociedade, ou que não se deve dar atenção a eles, mas propõe uma outra forma de abordar a questão do poder, com atenção especial aos micropoderes, que muitas vezes sustentam e ampliam a atuação desses grandes poderes. Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, "Seriam formas de poder de natureza diversa do 'poder soberano', poderes que não são codificados, poderes que não detêm um estatuto que lhes dê legitimidade, poderes que não têm um detentor e nem uma direção; é uma forma de poder que surge a partir do século XVIII com a marca da vigilância, do controle, da hierarquização e da repressão contínua: é o poder da 'norma', a normalização que pode atuar tanto sobre os corpos – o 'poder disciplinar' – quanto sobre as populações – o 'biopoder'. Estas formas de poder (sempre apoiadas por um regime de verdade que lhe dá substrato) pré-existia ao direito, e foi por ele encampado." (FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho ..., p.142-143).

[241] Conforme explica Carmem Lucia Silveira Ramos, "Vistas as coisas sob este prisma, a codificação francesa é muito mais voltada para as coisas e a garantia da propriedade do sistema burguês, negligenciando os excluídos, podendo-se dizer que o direito de propriedade se coloca no centro do sistema, de tal sorte que a própria liberdade contratual não é senão um instrumento da apropriação patrimonial". (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 9).

[242] [Tradução livre: o direito de gozar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta].

[243] Nos termos de Ricardo Marcelo Fonseca, "E, a marcar a definitiva passagem de uma mentalidade jurídica à outra completamente diversa, estão as lições de diversos juristas da era napoleônica que acentuam o fato de ser um corolário natural do direito de propriedade o poder do *dominus* de até mesmo destruir a coisa." (FONSECA, Ricardo

Ocorre que o "projeto moderno" para a propriedade ainda não estava completo. Apesar do *Code Civil* consagrar a propriedade como um direito praticamente absoluto e o pensamento jurídico de vertente liberal-burguesa propalar ostensivamente essa característica, ainda são encontrados alguns resquícios da mentalidade do antigo regime na enumeração dos poderes do proprietário na redação do artigo 544. A propriedade é definida como um conjunto de poderes de "gozar (ou fruir) e dispor das coisas" e isso remete, ainda que de forma muito remota, para a antiga mentalidade objetivista de uma propriedade dividida.[244]

É com o trabalho doutrinal da Pandectística alemã[245], especialmente com Windscheid[246], que a propriedade, abandonando os resquícios da mentalidade anterior, "se torna a criatura jurídica congenial ao *homo oeconomicus* de uma sociedade capitalista evoluída: um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo,

---

Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 104).

[244] Paolo Grossi compreende que o legislador napoleônico ainda está em um momento de transição, apesar das fortes aspirações individualistas e proprietários que marcam a época. Na explicação de Grossi, "A redescoberta da unidade da propriedade, filosófica e política antes, também jurídica de 1790 em diante [com o decreto de 15 de março de 1790 que aboliu o regime senhorial na França], não cancelou, porém, completamente, a tradicional articulação do domínio em um *ius disponendi* e em um *ius utendi*, fruto de uma cultura diversa e de uma visão objetiva do pertencimento, que, partindo de pressupostos antitéticos aos dos juristas napoleônicos, havia hipotizado como legítima a própria divisão do domínio. E resta, no seio do artigo 544, a idéia destoante de uma propriedade como soma de poderes, como resultado da adição de um gozar e de um dispor, que deveria ter tornado aceitável o já inaceitável e não-aceito princípio da divisão da propriedade." (GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 79).

[245] Sobre a Pandectística alemã, vide WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno ..., p. 491 – 524; HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia ..., p. 391 – 400.

[246] Sobre o conceito de direito de propriedade, afirma Windscheid que *"Proprietà indica, che una cosa (materiale) è propria di alcuno, e per fermo propria a termini del diritto; quindi invece di proprietà più esattamente diritto di proprietà. Ma che una cosa sia propria d'alcuno a termini del diritto vuol dire, che rispetto ad essa la volontà di lui è decisiva nella totalità dei suoi rapporti. Ciò s'appalesa in duplice senso: 1) il proprietario può disporre della cosa come vuole; 2) un altro non può senza la volontà di lui disporre della cosa." (...) "Ma non si può dire, che la proprietà consti d'una somma di singole facoltà, che sia una riunione di singole facoltà. La proprietà è la pienezza del diritto sulla cosa, e le singole facoltà, che in essa vanno distinte, non sono che estrinsecazioni e manifestazioni di questa pienezza."* (WINDSCHEID, Bernardo. Diritto delle pandette. Volume primo, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930, p. 589 - 591. [Tradução livre: Propriedade indica que uma coisa (material) é própria de alguém, e com certeza própria em termos de direito; então ao invés de propriedade mais exatamente direito de propriedade. Mas que uma coisa seja própria de alguém em termos do direito quer dizer que em relação a ela a vontade dele é decisiva na totalidade das suas relações. Isto se torna evidente em duplo sentido: 1) o proprietário pode dispor da coisa como quiser; 2) um outro não pode sem a vontade dele dispor da coisa. (...) Mas não se pode dizer que a propriedade conste de uma soma de faculdades individuais, que seja uma reunião de faculdades individuais. A propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa, e as faculdades individuais, que nela devem ser distintas, nada mais são do que explicitações e manifestações dessa plenitude.]

caracterizado por simplicidade e abstração."[247] Simplicidade e abstração são as características mais típicas da propriedade moderna.

Paolo Grossi enfatiza que "o moderno" da propriedade não está nomeadamente na sua característica de exclusividade ou no fato de a propriedade ser considerada, no novo modelo, um poder absoluto do seu titular sobre a coisa. O autor afirma que: "A estrada que leva a uma propriedade autenticamente moderna corre sustentada e orientada pela consciência cada vez mais viva de que ela é um corpo simples, unilinear, a estrutura mais simples possível; a meta é uma simplicidade absoluta."[248]

Além da simplicidade, o segundo traço caracterizador da propriedade encontra-se na abstração. A propriedade compreendida como "Uma relação pura, não aviltada pelos fatos, mesmo que normalmente disponível aos fatos, em virtude da carga de extroversão que lhe é própria, sem referência ao conteúdo, perfeitamente congenial àquele indivíduo abstrato, sem carne e osso, que vem paralelamente se definindo como momento determinante da interpretação burguesa do mundo social."[249] Na sua simplicidade e abstração, a propriedade deixa de estar vinculada à complexidade da realidade. Está agora intensamente atrelada à imagem, igualmente simples e abstrada, do sujeito de direito.

1.6 A VINCULAÇÃO DA POSSE AO IDEÁRIO PROPRIETÁRIO MODERNO

---

[247] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 81 - 82. Ainda, segundo Grossi, na mesma obra citada, após o trabalho da Pandectística alemã, a propriedade se torna "Simples como é o sujeito, realidade unilinear sobre a qual se modela e da qual é como que a sombra no âmbito dos bens; abstrata como o indivíduo liberado da nova cultura, do qual quer ser uma manifestação e um meio validíssimo de defesa e de ofensa. É nesta transcrição ao sujeito que ela reclama a sua unidade e a sua indivisibilidade: una e indivisível como ele, porque como ele é síntese de virtude, capacidade e poderes. Uma transcrição tão aderente a ponto de parecer quase uma fusão: a propriedade é somente o sujeito em ação, o sujeito à conquista do mundo. Idealmente, as barreiras entre mim e meu caem." (p. 82).

[248] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 67.

[249] GROSSI, Paolo. História da propriedade ..., p. 71.

A idéia de posse no direito, pensada no final do século XVIII e principalmente durante todo o século XIX, em parte significativa da Europa ocidental, é fruto do contexto histórico marcado pela supervalorização da propriedade privada e pela tendência à abstração e simplificação da regulamentação jurídica das relações de pertencimento.

Muito do que foi elaborado em relação à teoria possessória, nesse ambiente, acabou vinculando direta ou indiretamente a regulamentação jurídica da posse ao direito de propriedade privada. Com isso, a posse perde a sua autonomia e parcela de sua relevância. A elaboração da teoria possessória está presa ao paradigma individualista que foi acima esboçado. O mesmo ocorre com os chamados demais direitos reais limitados. Além disso, a materialização legislativa de todo esse processo pode ser verificada em muitos dos Códigos Civis do século XIX.

Embora não constitua objeto deste trabalho esgotar as diversas teorias possessórias que são elaboradas a partir do final do século XVIII, é importante analisar algumas noções e elementos de uma pequena parte das elaborações teóricas mais importantes sobre a posse para demonstrar o que se está afirmando.

Duas teorias que foram elaboradas na Alemanha, no século XIX, muito importantes para a compreensão da posse no direito são as teorias que ficaram conhecidas como Teoria Subjetiva, atrelada ao nome de Savigny e Teoria Objetiva, vinculada a Ihering.

António Menezes Cordeiro, referindo-se não apenas ao direito português, afirma que os dois "cientistas-chave", no pensamento jurídico moderno sobre a posse, são Savigny (Teoria Subjetiva) e Ihering (Teoria Objetiva). Cordeiro alega, também, que a "contraposição entre as duas concepções marcaria toda a evolução ulterior. Podemos considerar que ela traçou as balizas nas quais se inscreveriam as diversas opções subsequentes."[250]

[250] CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 2004, p. 26. Nessa mesma linha, vide GIL, António Hernandez. La función social de la posesión. Madrid: Alianza Editorial, 1969, p. 14; FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

Em linhas muito gerais, para Savigny[251] não existe posse sem que existam dois elementos. O contato físico do sujeito com a coisa, chamado de *corpus*, e a intenção de tê-la como sua, elemento denominado de *animus.* Como explica San Tiago Dantas, "Depois de fazer uma demorada investigação dos textos, Savigny chegou à conclusão de que o conceito romano de posse reunia necessariamente dois elementos: um, a detenção material da coisa, o elemento físico do instituto e que é comum à posse e à detenção; Savigny chamou-o *corpus*. Outro, o elemento subjetivo, voluntário, para o qual o mesmo romanista reservou o nome de *animus*."[252] Ainda, segundo Dantas, "Que é o *animus*? – É a intenção de ter a coisa para si; é a vontade de ter o comportamento de dono"[253]. A posição de Savigny em relação à posse ficou conhecida como Teoria Subjetiva justamente pelo elemento denominado *animus,* caracterizado por sua vinculação à intenção do sujeito, uma vontade diretamente ligada à apropriação da coisa.

Para Ihering, o elemento subjetivo ou voluntário não possui a mesma importância e não integra o conceito jurídico de posse. Segundo esse autor, a posse é a aparência da propriedade, uma mera exteriorização da propriedade. Basta que o sujeito utilize a propriedade em interesse próprio para que se verifique uma situação de possuidor. De acordo com o próprio Ihering: "Em sua relação com a propriedade, acha-se

---

[251] SAVIGNY, Frédéric Charles. Traité de la possession en droit romain. 12ª ed. Paris: A. Durand e Pedone Lauriel, 1870.

[252] DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil III: direito das coisas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 30

[253] DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil III: direito das coisas ..., p. 30. Nas palavras de Beviláqua: "Para Savigny, posse é o poder de dispor physicamente da coisa com animo de a considerar sua e de defendel-a contra a intervenção de outrem." (...) "São dois os elementos constitutivos da posse, como forma jurídica especial: o poder physico sobre a coisa (*corpus*) e a intenção de a ter como sua (*animus*). Nem, somente, o poder physico (detenção), nem, exclusivamente, a intenção de ter a coisa como sua, constitue a posse." (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas ..., p. 19 e 20). Em relação ao *animus*, elemento subjetivo da Teoria de Savigny, muitos autores posteriores à Savigny afirmam que não é necessário que ele seja exatamente o *animus domini*, ou seja, a intenção de tê-la como sua (como dono ou proprietário). Como explica C. A. da Mota Pinto, em suas aulas, basta que "haja a intenção de se comportar em relação à coisa como titular do direito correspondente. Não necessariamente – note-se – um 'animus domini' visto que pode haver posse fora da propriedade. Fala-se de um '*animus possidendi'*." (FRAGA, Carlos e MOREIRA, Álvaro. Direitos reais: segundo as prelecções do Pro. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71, Coimbra: Almedina, 1971, p. 184). Nesse mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão afirma: "O *animus* só poderia ser assim a intenção de agir como o titular do direito a que o exercício do poder de facto se refere." (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil - reais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 85).

a chave de tôda a teoria material da posse (...) Chamar à posse das cousas exterioridade ou visibilidade da propriedade, é resumir em uma frase tôda a teoria possessória."[254] De forma muito simplificada, a idéia básica de Ihering é vincular a posse à propriedade, definindo a posse como a parte aparente ou a exteriorização da propriedade.

Nas duas teorias que foram acima delineadas, a propriedade, na sua configuração moderna, é claramente o eixo escolhido para se definir a idéia de posse. Mas não é só isso, apesar das diferenças e das inúmeras contraposições que são realizadas em relação a essas teorias, a preocupação em ambos os casos é com a sistematização, abstração e simplificação da dimensão jurídica da posse.[255]

Na regulamentação e sistematização da teoria possessória, positivada nos principais Códigos Civis do século XIX, observam-se claramente as pretensões de simplificação e abstração do instituto.[256] Quanto mais "avançado" e "moderno" o código, mais simples deveria ser a normatização jurídica da posse.[257]

Além disso, nesses textos codificados muitos dos efeitos jurídicos da posse, senão praticamente todos, estão ligados à propriedade privada. Somente pode ser objeto de posse aquilo que é passível de apropriação;[258] a posse gera a presunção de

---

[254] IHERING, Rudolf von. Posse e interditos possessórios. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1959, p. 239.

[255] Tanto Savigny quanto Ihering têm a preocupação em elaborar uma espécie de sistematização para a teoria possessória. Especificamente no caso de Ihering, observa-se que um dos seus grandes objetivos é elaborar uma "teoria simplificada da posse". Além disso, Ihering chega a definir a posse utilizando até mesmo fórmulas matemáticas, tamanho o grau de abstração. Sobre essa última observação, vide CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais ..., p. 26.

[256] Segundo António Menezes Cordeiro, "O Código Napoleão desvalorizou a matéria da posse e operou, nela, simplificações radicais. (CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais ..., p. 30).

[257] Sobre o nível de abstração e simplificação da teoria possessória no Código Civil alemão (BGB), afirma António Menezes Cordeiro "O sistema alemão da posse traduz uma grande simplificação dogmática do instituto que, dessa forma, adquiriu um máximo de operacionalidade." (...) "O Código Alemão, de 1896, embora enfatizando, sistematicamente, a posse, operou, nela, uma série de simplificações, perante o esquema pandectístico antes em vigor;" (CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais ..., p. 30).

[258] A idéia de que só é possível possuir o que pode ser objeto de apropriação vincula evidentemente a posse à propriedade e foi, por exemplo, positivada no Código Civil francês de 1804, no art. 2226 (*On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce*); no Código Civil italiano de 1865, no art. 2113; no Código Civil português de 1867, no art. 479 (Só podem ser objecto de posse cousas e direitos certos e determinados, e que sejam susceptíveis de apropriação); no Código Civil espanhol de 1889, no art. 437 (*Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación*).

propriedade em favor do seu possuidor;[259] um dos principais efeitos da posse é conduzir à propriedade por meio da prescrição aquisitiva, igualmente chamada de usucapião.[260] A posse, nessa paisagem, importa para o direito porque decorre e é a aparência da propriedade (Ihering), ou porque pode, desde que com o devido ânimo (*domini*), levar à aquisição da propriedade (Savigny), ou ainda porque produz a presunção de propriedade e é o caminho mais simples para a tutela desse direito. Em síntese, a posse deve ser regulamentada e protegida pelo direito em razão e em função da existência do direito de propriedade.[261]

[259] O efeito da posse que produz a presunção de propriedade ao possuidor foi, por exemplo, estabelecido no Código Civil francês de 1804, no art. 2230 (On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre); no Código Civil português de 1867, no art. 477 (A posse produz em favor do possuidor a presumpção de propriedade, que póde ser mais ou menos attendivel, conforme as circunstancias).

[260] A usucapião é, ao lado da proteção possessória, o principal efeito da posse nos diversos códigos modernos. Não é possível esquecer que na usucapião a posse conduz à aquisição da titularidade do direito de propriedade. Exemplificativamente, o efeito é observado no Código Civil francês de 1804, no art. 2229 (*Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire*) e outros; no Código Civil italiano de 1865, no art. 2113 e outros; no Código Civil português de 1867, no art. 505 (Pelo facto da posse adquirem-se cousas e direitos ...) e outros; no Código Civil espanhol de 1889, no art. 1930 (*Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales...*).

[261] Não é sem razão que muitos juristas, até hoje, continuam repetindo idéias e conceitos que acoplam profundamente a posse ao ideário da propriedade privada. Somente como exemplo, são as palavras de Manuel Rodrigues: "Esta correlação tão íntima entre a posse e a propriedade, e até o decalque tão perfeito da estrutura jurídica de uma instituição sobre a outra, denunciam com maior clareza que foi por uma razão de propriedade que se criou a posse." (RODRIGUES, Manuel. A posse estudo de direito civil português, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 30).

CAPÍTULO 2
DIMENSÃO JURÍDICA E FORMAS DE APROPRIAÇÃO NO BRASIL DO SÉCULO XIX

2.1 ENTRE PERMANÊNCIAS E DESCONTINUIDADES

No capítulo precedente foi realizado um panorama histórico que procurou demonstrar como as relações de pertencimento e a sua regulamentação jurídica foram pensadas no medievo europeu ocidental e como se deu a passagem de um modelo de conceber o próprio direito e as relações entre as pessoas e as coisas para outro, o moderno.

Ao lado da análise efetuada, é possível perceber que o Brasil sofreu forte influência da cultura jurídica européia no processo de construção da sua maneira de compreender o direito e de regulamentar juridicamente as relações de pertencimento. Entretanto, na formação do direito nacional e de sua cultura jurídica, as escolhas realizadas, como ocorre em todo itinerário histórico, apresentam as suas especificidades, e isso merece ser sopesado.

Particularmente em relação à teoria possessória, objeto do presente trabalho, essas características distintivas são, ao mesmo tempo, fundamentais para a compreensão desse instituto no Brasil, mas também são reveladas ou aparecem de forma nem sempre muito evidente na formação da noção de posse no direito brasileiro. Isso significa que o estudo do percurso da teoria possessória no Brasil pode contribuir, também, para evidenciar algumas das tipicidades do universo jurídico nacional.

Contudo, antes de examinar e refletir mais detalhadamente sobre a formação da idéia de posse no direito pátrio, bem como analisar a complexidade das relações de pertencimento do período estudado, parece ser necessário observar alguns

traços gerais do contexto brasileiro, após a Independência, em que vão se desenrolar a cultura jurídica e o direito elaborados no Brasil do século XIX.

De acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, o "Brasil do século XIX, logo após seu momento de independência política (em 1822), coloca-se o desafio de construção de uma identidade nacional separada da herança portuguesa."[262] Caracterizado por ser um país profundamente desigual e escravocrata, com uma economia agro-exportadora baseada no latifúndio e na monocultura, o Estado brasileiro independente procurou construir as suas instituições (políticas e jurídicas) utilizando, para isso, de maneira bastante específica e muitas vezes contraditória, discursos importados nomeadamente da Europa ocidental. E a dimensão jurídica foi bastante relevante na constituição dessa nova ordem.

Nesse processo, verifica-se que a transição da ordem jurídica colonial brasileira para um direito e uma cultura jurídica com contornos mais "modernos" ocorre em um espaço bastante complicado, permeado de contradições e tensões.[263]

Em um período de muitos conflitos, o país teve de se consolidar como Estado independente[264] e procurou construir a sua "modernidade jurídica", apesar de todo o "peso do passado". Conforme Ricardo Fonseca e Airton Seelaender, o "controverso 'Antigo Regime' no Brasil (tomando de empréstimo esta expressão fortemente européia), esta nossa complexa 'pré-modernidade' começou a se confrontar no Brasil, no início do século XIX, com um Estado independente, que ao romper com os

[262] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 97.

[263] Nesse sentido, observa Ricardo Marcelo Fonseca que "o Brasil e sua cultura jurídica devem se constituir num contexto político em que há um Estado oligárquico e autoritário, um contexto econômico baseado no latifúndio e na monocultura e um contexto social de exclusão e de prevalência de trabalho escravo (o que vai perdurar até 1888). Tudo isso, como se pode prever, dará uma peculiaridade à cultura jurídica brasileira (gestada e nascida na primeira metade do século XIX, a partir do legado português), que vai formar-se num processo em que deverá ler e experimentar o direito adaptando as tradições recebidas, relendo e dando um novo significado à cultura herdada, inaugurando um modo próprio de lidar com o direito. A cultura jurídica brasileira, assim, será produto desta tensão que só pode ser percebida nesse palco histórico." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 99).

[264] Na interpretação de Adriana Lopez e Carlos Guilherme Mota, "Em 1850, o segundo imperador do Brasil e seus ministros – sobretudo estes – já haviam logrado consolidar o regime." (LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. História do Brasil: uma interpretação. São Paulo: Editora Senac, 2008, p. 507).

laços coloniais se espelhava no exemplo norte-americano e sobretudo nas transformações, conciliações e adaptações verificadas na Europa na chamada 'Era das Revoluções'."[265]

Nesse período de transição, o que se contempla é o confronto entre o velho e o novo, entre as tradições herdadas do passado colonial e a aspiração de inserir o Brasil entre as nações mais "civilizadas". Com efeito, tem início "um longo e complexo processo, no qual a ordem jurídica pré-moderna no Brasil se confrontaria com um projeto jurídico de pretensões modernizadoras, inspirado nos princípios liberais."[266] Ocorre que o ideário liberal no Brasil do século XIX possuía as suas particularidades.

Conforme entendimento de Emília Viotti da Costa, o liberalismo pátrio "só pode ser entendido com referência à realidade brasileira. Os liberais brasileiros importaram princípios e fórmulas políticas, mas as ajustaram às suas próprias necessidades."[267] Circunstâncias como a "condição colonial brasileira, sua posição periférica no mercado internacional, o sistema de clientela e patronagem, a utilização da mão-de-obra escrava e o atraso da revolução industrial – que no Brasil só ocorreu no século XX"[268] – atribuíram ao liberalismo brasileiro a sua tipicidade e definiram muitas das suas preocupações.[269]

---

[265] FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio ..., p. 09.

[266] FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio ..., p. 09.

[267] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos. 7ª ed. 3ª reimp. São Paulo: Unesp, 1999, p. 132.

[268] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 134.

[269] Em relação ao ideário liberal no Brasil do século XIX, discute-se a sua própria pertinência à realidade nacional. Roberto Schwarz, por exemplo, entende que o liberalismo brasileiro foi apenas uma espécie de imitação cultural sem qualquer base política e social que o sustentasse. As idéias estavam "fora do lugar". Conforme Roberto Schwarz, "Impugnada a todo instante pela escravidão a ideologia liberal, que era a das jovens nações emancipadas da América, descarrilhava." (...) "Por sua mera presença, a escravidão indicava a impropriedade das idéias liberais (...)" (SCHWARZ, Roberto. Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000, p. 15). Esta, entretanto, não parece ser a leitura mais adequada para o liberalismo brasileiro do período. Contrariamente ao posicionamento de Schwarz, Emília Viotti da Costa entende que "o compromisso das elites brasileiras com as idéias liberais não foi um simples gesto de imitação cultural, expressão de uma cultura colonial e periférica subordinada às idéias e aos mercados europeus. O liberalismo não foi um simples capricho das elites brasileiras, e os *slogans* liberais não foram usados meramente como símbolos do *status* 'civilizado' dos que os invocavam, se bem que para alguns tenham sido apenas isso. Para a maioria, no entanto, as idéias liberais eram armas ideológicas com que pretendiam alcançar metas políticas e econômicas específicas." (COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 134). O que parece ser relevante analisar e destacar são as especificidades e as contradições nas práticas e nos discursos liberais propostos,

Ressalta-se ainda, em relação às características do liberalismo no Brasil, que "A elite brasileira, composta predominantemente por grandes proprietários e por comerciantes envolvidos na economia de exportação-importação, estava interessada em manter as estruturas tradicionais. Escolheram cuidadosamente os aspectos da ideologia liberal que se adequassem à sua realidade e atendessem a seus interesses."[270] Há, assim, uma espécie de seleção ou adaptação dos discursos às práticas.

Em um primeiro momento, as idéias liberais serviram, logo no final do período colonial brasileiro, como um instrumento de luta utilizado pelas elites brasileiras contra a metrópole portuguesa.[271] As idéias liberais também foram acionadas durante todo o Brasil imperial, apesar dos seus diferentes momentos e configurações, como discursos de limitação e enfraquecimento do poder central. Ocorre que os mesmos discursos e as mesmas práticas liberais conviviam "sem maiores problemas" com a escravidão[272] e com muitas outras práticas tradicionais existentes no Brasil como o patriarcalismo, a clientela e a patronagem.[273]

O século XIX brasileiro, sobretudo a partir da sua segunda metade, configura-se como um momento de medidas e projetos que pretendiam mudar o país.[274]

---

defendidos, implementados ou abandonados no processo histórico brasileiro. Além disso, é evidente que a realidade é sempre mais complexa do que os modelos que procuram explicá-la e, como demonstra António Manuel Hespanha, entre o ideário liberal e as práticas realmente implementadas (mesmo nos Estados Europeus ditos mais liberais) existem diferenças e contradições radicais. (HESPANHA, António Manuel. Guiando a mão invisível ..., p. 05 – 20).

[270] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 358.

[271] Na explicação de Emília Viotti da Costa, "Quando os proprietários de terras, o clero, os comerciantes e os funcionários até então comprometidos com o sistema colonial se antagonizaram com o sistema, os princípios liberais apareceram como justificativa teórica dos movimentos revolucionários em prol da emancipação política do país." (COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 136).

[272] Nas palavras de Emília Viotti da Costa, "Purgando o liberalismo de seus aspectos radicais adotaram um liberalismo conservador que admitia a escravidão e conciliaram liberalismo e escravidão da mesma forma que seus avós haviam conciliado a escravidão com o cristianismo." (COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 358).

[273] José Antônio Peres Gediel, analisando as últimas décadas do século XIX, entende que a "parcela enriquecida da aristocracia rural permanecia escravista, patriarcal, conservadora e seu liberalismo limitava-se ao campo econômico e político-administrativo." (GEDIEL, José Antônio Peres. A adoção na legislação brasileira. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1989, p. 21).

[274] Sobre o contexto político e econômico do período, afirma Boris Fausto que "1850 não assinalou no Brasil apenas a metade do século. Foi o ano de várias medidas que tentavam mudar a fisionomia do país, encaminhando-o para o

Contudo, não é possível desprezar a "força da tradição". Como demonstra José Murilo de Carvalho, mesmo em um período compreendido entre o final do Império e o início da República (1870 – 1914), "a tradição foi suficientemente forte para manter os valores de uma sociedade rural, patriarcal, hierárquica."[275] Segundo o autor, nesse tempo, a "força da tradição não se revelava apenas na reação às mudanças. Ela estava presente no próprio conteúdo do que era visto e considerado como moderno por setores da elite."[276] A modernidade que estava sendo construída no Brasil também tinha as suas peculiaridades.[277]

---

que então se considerava modernidade. Extinguiu-se o tráfico de escravos, promulgou-se a Lei de Terras, centralizou-se a Guarda Nacional e foi aprovado o primeiro Código Comercial. Este trazia inovações e ao mesmo tempo integrava os textos dispersos que vinham do período colonial. Entre outros pontos, definiu os tipos de companhias que poderiam ser organizadas no país e regulou as suas operações. Assim como ocorreu com a Lei de Terras, tinha como ponto de referência a extinção do tráfico." (...) Esboçavam-se assim, nas áreas mais dinâmicas do país, mudanças no sentido de uma modernização capitalista; ou seja, nasciam as principais tentativas para se criar um mercado de trabalho, da terra e dos recursos disponíveis. (FAUSTO, Boris. História do Brasil. 12ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Edusp, 2007, p. 197). Sobre o período preleciona Sérgio Buarque de Holanda que "nunca, talvez, fomos envolvidos, em tão breve período, por uma febre tão intensa de reformas como a que se registrou precisamente nos meados do século passado e especialmente nos anos de 51 a 55. Assim é que em 1851 tinha início o movimento regular de constituição das sociedades anônimas; na mesma data funda-se o segundo Banco do Brasil, que se reorganiza três anos depois em novos moldes, com unidade e monopólio das emissões; em 1852, inaugura-se a primeira linha telegráfica na cidade do Rio de Janeiro. Em 1853 funda-se o Banco Rural e Hipotecário, que, sem desfrutar dos privilégios do Banco do Brasil, pagará dividendos muito mais avultados. Em 1854 abre-se ao tráfego a primeira linha de estradas de ferro do país – os 14,5 quilômetros entre o porto de Mauá e a estação do Fragoso. A segunda, que irá ligar à Corte a capital da província de São Paulo, começa a construir-se em 1855." (...) "A organização e expansão do crédito bancário, literalmente inexistente desde a liquidação do primeiro Banco do Brasil, em 1829, e o conseqüente estímulo à iniciativa particular; a abreviação e o incremento dos negócios, favorecidos pela rapidez maior na circulação das notícias; o estabelecimento, enfim, de meios de transporte modernos entre os centros de produção agrária e as grandes praças comerciais do Império são algumas das conseqüências mas decisivas de tais sucessos." (HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª ed. 24ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 74).

[275] CARVALHO, José Murilo de. Pontos e bordados: escritos de história e política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 109.

[276] CARVALHO, José Murilo de. Pontos e bordados: escritos de história e política ..., p.119.

[277] De acordo com José Murilo de Carvalho, "Era uma modernidade que não se baseava na força da iniciativa individual da tradição anglo-saxônica, nem tinha lugar para o exercício da fraternidade da tradição popular brasileira. A relação do Estado com o indivíduo era uma combinação de repressão e paternalismo. Não gerava a cidadania, no máximo criava a estadania, a incorporação ao sistema político pelo envolvimento na malha crescente da burocracia estatal. Deturpava-se, ao mesmo tempo, a boa modernidade e a boa tradição." (CARVALHO, José Murilo de. Pontos e bordados: escritos de história e política ..., p. 127).

2.2 A FORMAÇÃO TERRITORIAL DO BRASIL E O SISTEMA PRÉ-MODERNO DE PERTENCIMENTO

O Brasil durante boa parte da sua história "foi, sem dúvida, uma civilização de raízes rurais".[278] Por isso, as relações de pertencimento entre o homem e a terra, assim como a sua normatização no âmbito jurídico, são elementos fundamentais para a compreensão da realidade brasileira e do seu percurso histórico.

Do ponto de vista formal, desde o "descobrimento" do país ou da "conquista" das terras brasileiras, o direito pátrio recebeu de Portugal as suas primeiras normas jurídicas no que diz respeito à relação entre os homens e a terra.[279] Também nessa questão verifica-se que a "herança portuguesa" foi determinante.

Em virtude disso, é relevante observar que "a apropriação territorial no Brasil desenrolou-se, desde o início, determinada por duas condições históricas precisas. De um lado, pela sua inserção no vasto campo da expansão comercial européia dos séculos XV e XVI e, de outro, pela sua especificidade de possessão portuguesa."[280] Desse "primeiro aspecto decorreram as características do aproveitamento econômico das novas terras descobertas. O segundo aspecto determinou o estatuto do solo colonial, isto

[278] HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil ..., p.73. Segundo Sérgio Buarque de Holanda, na mesma obra citada, "É efetivamente nas propriedades rústicas que toda a vida da colônia se concentra durante os séculos iniciais da ocupação européia; as cidades são virtualmente, se não de fato, simples dependências delas. Com pouco exagero pode dizer-se que tal situação não se modificou essencialmente até à Abolição." (p. 73).

[279] Ruy Cirne Lima entende que "A história territorial do Brasil começa em Portugal." (...) "É no pequeno reino peninsular que vamos encontrar as origens remotas do nosso regime de terras." (LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 11). Evidentemente que esta afirmação deve ser considerada com reservas. Não é possível desconsiderar as inúmeras relações existentes, muito antes da "conquista" do Brasil, entre os povos indígenas brasileiros e a terra. Sobre o tema, Carlos Frederico Marés demonstra a diversidade de concepções e de formas de organização em relação à idéia de território dos diversos povos indígenas na América. Do mesmo modo, ensina Marés que "A invasão, conquista e colonização da América desconheceram qualquer conceito indígena de territorialidade e investiram contra povos, dividindo-os, impondo-lhes inimizades imaginadas e falsas alianças forçadas." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito ..., p. 45).

[280] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996, p. 21. Sobre essa questão afirma Emília Viotti da Costa que "O Brasil colonial foi organizado como uma empresa comercial resultante de uma aliança entre a burguesia mercantil, a Coroa e a nobreza. Essa aliança refletiu-se numa política de terras que incorporou concepções rurais tanto feudais como mercantis." (COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 173).

é, a transposição para o novo território das normas reguladoras da propriedade da terra em Portugal."[281] Tratava-se de um antigo regime de concessão de terras, existente na metrópole, com características medievais,[282] denominado sesmarias.[283]

A lei que instituiu as sesmarias foi promulgada pelo rei de Portugal, D. Fernando, no ano de 1375, e tinha o objetivo de resolver problemas sérios de abastecimento de alimentos em Portugal e de carência de mão-de-obra. Como explica Carlos Frederico Marés, "Verificando que faltavam braços para lavrar a terra, havendo concentração de pessoas ociosas e famintas nas cidades, o Rei de Portugal, D. Fernando, em 1375, obrigou os proprietários de terras a produzir sob pena de expropriação e aos braços livres a trabalhar para os proprietários, estabelecendo salários máximos e os vinculando a contratos que tivessem a duração de pelo menos um ano."[284] Dessa maneira, o rei de Portugal "criava o Instituto das Sesmarias, com o qual obrigava a todos transformarem suas terras em lavradio, sob pena de não o fazendo, as perderem a quem quisesse trabalhar, além de penas severas que poderiam variar da expropriação, açoites ou desterro."[285] Tratava-se de um diploma legislativo que instituía uma série de obrigações não apenas para os "donos" de terras.[286]

---

[281] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 21.

[282] Como explica Emília Viotti da Costa, "A legislação relativa à propriedade da terra estava baseada na política rural de Portugal, que era ainda essencialmente medieval." (COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 173).

[283] Segundo Lígia Osorio Silva, "A origem da palavra sesmaria ainda provoca algumas divergências. Para alguns, ela vem da palavra latina *caesinae*, que significa os cortes ou rasgões feitos na superfície da terra pela relha do arado ou pela enxada. Para outros a palavra vinha do verbo sesmar, quer dizer, partir, dividir ou demarcar terras. Outros ainda afirmam que as terras distribuídas eram chamadas de sesmaria porque o agente que repartia as terras devolutas era o sesmeiro, uma espécie de magistrado municipal, escolhido entre os 'homens bons' da localidade, integrante do sesmo ou colégio de seis membros, encarregado de distribuir o solo entre os moradores. Mas é possível que a palavra sesmeiro tenha outra origem: derivaria da palavra sesma ou sesmo, que era a sexta parte de qualquer coisa. Como essas terras se acostumavam dar com foro ou pensão de um sexto, daí poderia ter surgido a apelação de sesmeiro e talvez até mesmo de sesmaria. Quando transplantado para a colônia o sistema das sesmarias, sesmeiro tinha o mesmo significado de origem [aquele que concedia a terra]. Mas a partir do século XVII passou a designar, mesmo nos documentos oficiais, aquele que recebia a concessão de sesmaria." (SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 21).

[284] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 30.

[285] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 30.

[286] Conforme Carlos Frederico Marés, "A lei de sesmarias assumiu integralmente a idéia da propriedade como direito

O regime de sesmarias foi incorporado, com modificações, nas Ordenações Afonsinas em 1446, e é observado também nas Ordenações Manuelinas de 1521 e nas Filipinas de 1603.[287] O conceito de sesmarias restou estabelecido no título XLIII, do Livro Quarto, das Ordenações Filipinas, nos seguintes termos:

> "Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes, ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são. As quaes terras, e os bens assi danificados, e destruidos podem e devem ser dados de sesmarias, pelos Sesmeiros, que para isto forem ordenados. E a Nós sómente pertence dar os ditos Sesmeiros, e os pôr nos lugares onde houver terras ou bens de raiz que de sesmaria se devão dar."

As sesmarias caíram em desuso em Portugal logo no final do século XVI, mas foram utilizadas no Brasil praticamente até o término do seu período colonial, no século XIX.[288] Como explica Lígia Osorio Silva, no momento em que "se transladou para a colônia o sistema de sesmarias, não se pensou em adaptar a lei à realidade do novo meio, que era muito diferente do Portugal do século XIX."[289] Por isso, o instituto das sesmarias em solo brasileiro acabou desempenhando um papel muito diverso daquele exercido (ou pretendido) na metrópole.

Uma diferença muito importante diz respeito à ocupação do solo. Em Portugal as terras tinham sido abandonadas, apesar de já ocupadas anteriormente. No

---

de usar a terra e, mais do que isso, a obrigação de nela lavrar. Por isso, antes de ser uma lei de direitos, é uma lei de obrigações: obrigação de cultivar a terra; limite a manutenção do gado a apenas o indispensável para puxar o arado; obrigação do trabalhador estar vinculado a um patrão com salário máximo estabelecido; fixação das rendas a serem pagas pelos lavradores aos proprietários de terras, em caso de arrendamento, etc." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 30-31). Nessa mesma perspectiva, vide RAU, Virgínia. Sesmarias medievais portuguesas. Lisboa: Presença, 1946, p. 87.

[287] A análise das mudanças que sofreu a Lei das Sesmarias de 1375 ao ser incorporada nas Ordenações é ralizada por LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas ..., p. 18-21.

[288] Sobre as autoridades responsáveis por conceder terras pelo regime das sesmarias, explica Carlos Frederico Marés que "ao vir para o Brasil, em 1530, Martin Afonso de Souza recebeu três cartas régias: a primeira para tomar posse das terras em nome D'El Rei; a segunda que lhe dava direito a exercer as funções de capitão-mor e governador das terras descobertas; e a terceira o nomeava Sesmeiro do Rei, que o autorizava entregar terras legitimamente em sesmaria a quem desejasse." (...) "Os donatários das capitanias hereditárias também receberam cada um, o poder de ser senhor em suas terras, com jurisdição civil e criminal e podiam conceder terras em sesmaria; foram nomeados sesmeiros do Rei." (...) "Com o advento do Governo Geral, de Tomé de Souza, passou ao Governador este importante ato de poder." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 60-61).

[289] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 39.

Brasil as terras eram consideradas formalmente vagas, ou seja, não haviam sido apropriadas por nenhum senhorio ou dono de qualquer espécie.[290] Eram terras habitadas apenas pelos indígenas aos quais não se reconhecia, por parte da Coroa, a titularidade das terras conquistadas.[291]

Outra diferença na aplicação do regime de sesmarias, na comparação entre a metrópole e a colônia brasileira, encontrava-se na sua finalidade prática. Em Portugal o escopo das sesmarias estava na solução de problemas ligados à falta de utilização da terra, mão-de-obra e produção de alimentos. No Brasil as sesmarias foram utilizadas basicamente como um instrumento de ocupação ou conquista do território brasileiro.[292]

No regime jurídico das sesmarias, tanto no Brasil como em Portugal, verificavam-se algumas determinações basilares. As terras concedidas deveriam ser cultivadas em certo prazo, sob pena de retornarem à Coroa para serem doadas em sesmarias para outra pessoa.[293] Além disso, havia uma espécie de delimitação do tamanho da área que não deveria ser maior do que as "possibilidades" daquele que a recebia para aproveitá-la. Ocorre que no Brasil, sobretudo no início da colonização, as autoridades coloniais "no afã de ocupar o imenso território, desprezaram na prática essas

---

[290] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 39.

[291] De acordo com Carlos Frederico Marés, "Para poder utilizar o instituto das sesmarias, Portugal teve que, implicitamente, desconsiderar qualquer ocupação indígena, e entender as terras brasileiras como desocupadas. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 56).

[292] Nas palavras de Carlos Frederico Marés, "O uso das sesmarias foi, portanto, a forma que Portugal encontrou para promover a conquista do território brasileiro. Seria insustentável manter indefinidamente exércitos armados, como nas regiões auríferas da América espanhola. Na falta de ouro ou prata utilizou a terra para remunerar os capitais mercantilistas, produzindo para a exportação bens desnecessários aqui, como o açúcar. As terras eram concedidas para que o beneficiário viesse ao Brasil ocupá-las, em nome da Coroa, produzindo em larga escala bens de exportação, ainda que fosse preciso perseguir, escravizar ou matar populações indígenas, e gerar escravidão africana e fome. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 56).

[293] Deve ser ressaltado, que "no sistema sesmarial os colonos eram concessionários das terras, com a obrigação de cultivá-las sob pena de perda da concessão. Essa condicionalidade nunca foi revogada, ao contrário, foi inúmeras vezes reafirmada, como no alvará de 5 de janeiro de 1785, que declarava constituírem sesmarias do Brasil uma parte considerável do domínio da Coroa, dadas com a condição 'essencialíssima' de se cultivarem." (SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 49).

recomendações. As áreas concedidas nessa época [século XVI e início do século XVII] eram imensas e constituíam verdadeiras donatarias, mesmo que não o fossem juridicamente."[294] Foram efetuadas, portanto, concessões de terras imensas em especial para aqueles que conseguiram demonstrar à Coroa as suas "possibilidades".[295]

Outra característica da aplicação do regime das sesmarias no Brasil encontrava-se na dificuldade do seu controle, por parte do poder central, em todo o período da existência do instituto. Uma primeira dificuldade, relacionada ao tamanho e à localização das sesmarias, estava na imprecisão das cartas de doação. O tamanho do território brasileiro, as técnicas precárias utilizadas para fazer a individualização das terras, bem como os critérios absolutamente vagos e subjetivos utilizados, em muitos casos, na delimitação das áreas, foram fatores que contribuíram muito com a confusão.[296]

Além disso, a prática corriqueira de "compra e venda" de sesmarias[297] e o número muito reduzido dos registros das cartas de doação[298] constituíam

[294] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 42. Da mesma forma, entende Alberto Passos Guimarães que "O preceito das Ordenações do Reino estabelecendo que as doações de sesmarias deveriam ser limitadas à capacidade de exploração de cada concessionário, de modo que não se 'dessem maiores terras a huma pessoa que as que razoàvelmente parecer que poderão aproveitar', tornara-se prática ineficiente." (GUIMARÃES, Alberto Passos. Quatro séculos de latifúndio. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 52). Segundo Carlos Frederico Marés, "As concessões continuaram desobedecendo ao critério [limite da área de acordo com a capacidade do beneficiário em aproveitá-la] e nos séculos XVII e XVIII acabaram por constituir-se em fonte de criação de latifúndios." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 62).

[295] No dizer de Lígia Osorio da Silva, "Desejando a ocupação produtiva da colônia, a metrópole procurava conceder terras àqueles que tivessem condições de cultivá-las, o que significava nos marcos coloniais homens com recursos suficientes para possuírem escravos." (SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 44). Segundo Ruy Cirne Lima, "As concessões de sesmarias, na maioria dos casos, restringiam-se, portanto, aos candidatos a latifúndios, que, afeitos ao poder, ou ávidos de domínios territoriais, jamais, no entanto, poderiam apoderar-se materialmente das terras que desejavam para si." (LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas ..., p. 37).

[296] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 43-45.

[297] Como explica Lígia Osorio Silva, a "possibilidade da compra e venda de sesmarias aparecia já nos forais dos donatários das capitanias. Estava estipulado que estes poderiam comprar sesmarias de terceiros depois de passados oito anos da doação e somente se as terras tivessem sido aproveitadas. No regimento de Tomé de Souza, estava registrada a condição de que as sesmarias só poderiam ser vendidas passados três anos da sua concessão. No final do século XVII as autoridades coloniais demonstraram algumas preocupações com a prática que surgiu na colônia de se demandar sesmarias imensas para vendê-las retalhadas." (...) "A prática de requerer sesmarias para vendê-las era facilitada pelo fato de que a legislação não impedia que uma pessoa recebesse mais de uma sesmarias, pelo menos até o século XVIII." (SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 44).

[298] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 45.

fatores que também atrapalhavam o controle das autoridades em relação ao regime sesmarial.

No final do século XVII, foram intentadas algumas medidas, pela metrópole, que tinham a finalidade de aumentar o controle das concessões em território brasileiro. A primeira tentativa, instituída pela Carta Régia de 27 de dezembro de 1695, constituía na criação de um foro que deveria ser pago à Coroa. Esse foro recaía sobre a terra e não sobre a produção, na qual incidia o dízimo. A intenção da metrópole era desestimular os sesmeiros a permanecerem com terras improdutivas e coibir os abusos nas vendas das concessões, já que uma das conseqüências imediatas da medida foi o estabelecimento da necessidade de autorização do governo para as transferências. Ocorre que a norma não atingia as sesmarias já concedidas e dependia, para a sua efetividade, dos registros e das medições das áreas. Nota-se, também, que mesmo depois da Carta Régia que instituiu a cobrança foram cedidas sesmarias sem a obrigatoriedade do foro.[299]

Outra medida proposta foi a fixação de limites em relação ao tamanho das terras concedidas em sesmarias.[300] Norma ignorada inúmeras vezes pelas próprias autoridades responsáveis pelas concessões e que não foi bem aceita pelos colonos. Tal medida não foi capaz de coibir a formação de latifúndios no Brasil.[301]

Foi estabelecida, ainda, a obrigatoriedade de confirmação das concessões de terras por el-Rei (Carta Régia de 23 de novembro de 1698). Essa medida foi muito pouco cumprida e contribuiu para colocar na ilegalidade um número significativo de concessionários de terras. O procedimento de confirmação, além de ser

---

[299] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 48 - 49. Ainda sobre essa questão, José da Costa Porto observa a resistência dos concessionários em relação ao pagamento do foro e a dificuldade das autoridades na sua cobrança. (PORTO, José da Costa. Sistema sesmarial no Brasil. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1978, p. 109).

[300] Conforme Lígia Osorio Silva, "A segunda medida implementada pela metrópole foi a fixação de limites para o tamanho das concessões. Data provavelmente de 1697 a primeira providência nesse sentido. Ordenava que se dessem sesmarias de três léguas de comprimento por uma de largura. As legislações posteriormente reafirmaram essa limitação (...)" (SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 49-50).

[301] LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas ..., p. 42-43. Nessa mesma linha, vide GUIMARÃES, Alberto Passos. Quatro séculos de latifúndio ..., p. 54-59.

excessivamente burocrático, era realizado, antes da vinda da família real para o Brasil, em Portugal. Foi apenas com o decreto de 22 de junho de 1808 que o procedimento de confirmação das sesmarias passou a ser realizado no Brasil, mais propriamente no Desembargo do Paço, no Rio de Janeiro, ainda assim de forma insuficiente. [302]

No final do período colonial, a situação jurídica das terras brasileiras era caótica. Pouco tempo antes da Independência do Brasil, uma Resolução de Consulta, da Mesa do Desembargo do Paço, de 17 de junho de 1822, suspendeu o regime jurídico das sesmarias.[303] A "extinção" do sistema sesmarial brasileiro pode ser lida de várias maneiras,[304] entretanto, o que parece ser mais evidente é que a forma de regulação jurídica das relações entre os homens e a terra começa, de forma muito lenta e permeada de contradições, a ser entendida de outra maneira no país.

2.3 A LEI DE TERRAS E AS TENTATIVAS DE INSTAURAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA NO BRASIL

[302] SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 52-53. Como explica Lígia Osorio Silva, "Os analistas do sistema sesmarial são unânimes em considerar que a exigência de confirmação por el-Rei foi um dos maiores entraves à legalização da propriedade fundiária colonial. Por cima das dificuldades já existentes, a legislação não era uniformemente aplicada. Algumas cartas de doação estipulavam prazos para a confirmação, em regra dois anos, mas às vezes de três, e em outros casos não havia prazo algum, e em outras cartas ainda não se falava em confirmação." (p. 52).

[303] Como explica José Murilo de Carvalho, "uma resolução de consulta da Mesa do Desembargo do Paço, de 17 de julho de 1822, assinada por José Bonifácio, determinou que se suspendessem 'todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa". (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 331).

[304] Para Lígia Osorio Silva, "quanto mais se desenvolvia a colônia e mais problemáticos se tornavam os vínculos coloniais, menos legítima se tornava a legislação imposta pela metrópole." (SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 75). Para Carlos Frederico Marés, "O instituto jurídico das sesmarias encontrou o seu fim, não por uma deliberação isolada do governante da época, mas por sua absoluta incompatibilidade com o novo sistema jurídico estruturado [especialmente na Europa ocidental] no final do século XVIII e começo do XIX." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 63). Estas são apenas alguns exemplos das posições acerca dos "motivos" que levaram ao fim das sesmarias no Brasil.

No século XIX é possível observar tentativas significativas de alteração da regulamentação jurídica das formas de apropriação envolvendo os homens e a terra no Brasil.[305] Após a Independência brasileira, iniciam-se debates parlamentares sobre uma nova política de terras para o país no sentido de uma modernização "cautelosa" da propriedade agrária, preocupada especialmente com a questão da mão-de-obra[306] e com o estabelecimento e controle dos modos de aquisição das propriedades territoriais.[307]

A grande finalidade do instituto das sesmarias (ocupação e o uso – cultivo – efetivo da terra), conforme demonstrado, havia se perdido há muito tempo no Brasil. Além disso, conforme observado, poucos meses antes da independência brasileira, o regime jurídico das sesmarias havia sido suspenso e o país encontrava-se sem uma regulamentação jurídica bem definida acerca das propriedades territoriais rurais.

Apesar da Constituição Imperial brasileira, promulgada em 1824, estabelecer, no *caput* do seu artigo 179, "A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (...)" e, no inciso XXII, do mesmo artigo, que "É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude (...)", o fato é que havia uma espécie de lacuna, ao menos em termos formais, na regulamentação jurídica das formas de aquisição da terra no

[305] Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, "no Brasil também houve uma passagem de uma noção 'pré-moderna' para uma noção 'moderna' de propriedade. Sem dúvida uma passagem peculiar e cheia de particularidades advindas do fato de se dar em um lugar que começou o seu contato com a noção européia de propriedade nos inícios do século XVI ." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A 'Lei de Terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 105).

[306] Conforme entendimento de Emília Viotti da Costa, existe uma relação necessária entre a política de terras e de mão-de-obra com o desenvolvimento econômico de um determinado país. Nas palavras da autora, "A política de terras e a mão-de-obra estão sempre relacionadas e ambas dependem, por sua vez, das fases do desenvolvimento econômico. No século XIX, a expansão dos mercados e o desenvolvimento do capitalismo causaram uma reavaliação das políticas de terras e do trabalho em países direta ou indiretamente atingidos por esse processo." (p. 167) "A fim de regularizar a propriedade da terra de acordo com as novas necessidades econômicas e os novos conceitos de terra e de trabalho, diversas leis importantes foram decretadas em diferentes países durante o século XIX." (COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 170).

[307] Sobre os debates parlamentares que deram origem à Lei de Terras de 1850, vide CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 329-354; COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p.169-193.

Brasil. Essa normatização na legislação pátria é estabelecida apenas em 1850, com a lei de 18 de setembro, chamada de "Lei de Terras".[308]

O período que vai de 1822 até a entrada em vigor da Lei de Terras em 1850 é conhecido tradicionalmente como "regime de posses", pois era por meio da ocupação (ou apossamento) que se observava uma espécie de apropriação fática das terras no país.[309] Lafayette Rodrigues Pereira afirma, inclusive, que antes da promulgação da Lei de Terras, "vigorava o costume de adquirirem-se por occupação (posse era o termo consagrado) as terras *devolutas*, isto é, as terras publicas que não se achavão applicadas a algum uso ou serviço do Estado, provincias ou municipios."[310]

---

[308] Sobre a regulamentação da propriedade de terra após a suspensão do regime jurídico das sesmarias, em 1822, e antes da Lei de Terras de 1850, entende Roberto Di Benedetto que além "da obscuridade das regras, das dúvidas a respeito de qual texto utilizar, da convivência de normas portuguesas e brasileiras de séculos distintos, da inumerável quantidade de fontes legislativas e da incerteza quanto à hierarquia normativa, tratava-se de completa ausência de regulamentação, pois essa fora suspensa na década de vinte." (DI BENEDETTO, Roberto. Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil do século XIX. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002, p. 31). No mesmo sentido da ausência de um regime legal para a propriedade de terras após a suspensão do regime das sesmarias é a posição de FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 109-110.

[309] Sobre o "predomínio da posse" nesse período, afirma Lígia Osorio Silva que "A posse já conquistara um certo reconhecimento por parte das autoridades, principalmente a partir da resolução do príncipe regente que lhe dava prevalência sobre as sesmarias. O entendimento que se teve da resolução do príncipe regente suspendendo as concessões de sesmarias foi de que ela não se aplicava às posses. No período entre 1822 e 1850 a posse tornou-se a única forma de aquisição de domínio sobre as terras, ainda que apenas de fato, e é por isso que a história da apropriação territorial desse período ficou conhecido como a 'fase áurea do posseiro'." (SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 81). Sobre o "período" ou "predomínio" da posse no Brasil, no período que vai de 1822 até 1850, vide: LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas ..., p. 45-55; SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 79-92.

[310] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1877, p. 102, nota de rodapé 1. Ainda, segundo o autor citado, "A dita lei [Lei de Terras] abolio aquelle costume, e tornou dependentes de legitimação as posses adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, até a sua data." (p. 102, nota de rodapé 1). Ruy Cirne Lima, mesmo observando que a prática da ocupação (posses) violava a Lei da Boa Razão (por contrariar as leis do reino), entende que é "incontestável, que, a despeito de falecer-lhe o requisito, aliás dispensável, segundo os juristas do tempo, de não ser contrário às leis do reino, a aquisição de terras devolutas pela 'posse com cultura efetiva' se tornou verdadeiro costume jurídico, com foros de cidade no nosso direito positivo." (LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas ..., p. 53). Nesse mesmo sentido, vide VARELA. Laura Beck. Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro ..., p. 113. Não constitui objeto do presente trabalho a investigação da existência e da forma de aplicação desse "costume" no direito brasileiro. Observa-se apenas que a Lei de Terras instituiu um procedimento por meio do qual alguns possuidores poderiam se tornar proprietários se cumprissem com uma série de requisitos, e a posse era apenas um deles. Além disso, parece ser necessário investigar também a "quem" servia, se é que servia, a aplicação desse costume *contra legem*.

Apesar de ter sido um momento de abertura do sistema jurídico (talvez não intencional) para configurações não formais de apropriação da terra e de relativa valorização da posse (ocupação) na relação homens e bens, o que se observa nas práticas efetivas de pertencimento é a manutenção do mesmo padrão de exploração existente no período colonial, baseado no trabalho escravo e na monocultura, e o aumento significativo de latifúndios improdutivos.[311] Parece ser adequado tomar um pouco mais de cuidado na interpretação desses fatos e desconfiar do papel exercido pela "posse" no período.[312]

Apesar da demora, a Lei de Terras, conforme indicado anteriormente, foi aprovada em 1850.[313] Para melhor compreender o sentido da Lei de

[311] SILVA, Lígia Osorio. As leis agrárias e o latifúndio improdutivo. In: Perspectiva , São Paulo: Fundação SEADE, v. 11, n. 02, p. 15-25, abril/junho, 1997, p. 16-17. Nessa mesma direção, constata Ruy Cirne Lima, apesar de elogiar inicialmente a forma de apropriação pela ocupação (posses), que "A humilde posse com cultura efetiva, cedo, entretanto, se impregnou do espírito latifundiário, que a legislação das sesmarias difundira e fomentara." (...) "Depois de 1822, sobretudo, - data da abolição das sesmarias, - as posses passam a abranger fazendas inteiras e léguas a fio." (...) "Se as sesmarias formavam verdadeiros latifúndios, como os que, no dizer de Plínio, haviam de perder a Itália, - 'mais extensas, porém, - no dizer de Ribas - ainda erão as posses, cujas divisas os posseiros marcavão de olho nas vertentes, ou onde bem lhes aprazia." (...) "A tendência para a grande propriedade estava já definitivamente arraigada na psicologia da nossa gente." (...) "Extinto o regime das sesmarias, a posse começa a servir-lhe de veículo (...)" (LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas ..., p. 53-54).

[312] Segundo Carlos Frederico Marés, "Este período [da suspensão das sesmarias até a aprovação da Lei de Terras] os agraristas chamam 'regime de posse', porque somente havia posse nas terras ainda não apropriadas individualmente pela confirmação das sesmarias. Mas o nome é impróprio. Não havia sequer posse, mas ocupação, considerada clandestina e ilegítima. As pessoas simplesmente ocupavam terras vazias e as transformavam em produtivas. A partir deste fato iam tentar um título junto ao Governo, que não o concedia, alegando não haver lei que regulamentasse a concessão. Ao contrário, havia ações do Estado coibindo a ocupação, especialmente de pequenos posseiros." (...) "Coibia não pelas conseqüências de uma eventual desordenação territorial, mas para que os novos trabalhadores livres que chegavam e que viriam a ocupar o lugar dos escravos, e os libertos não se vissem tentados a procurar essas terras 'desocupadas' para trabalhar por conta própria e deixassem de ser empregados das fazendas, obedecendo a mesma lógica das concessões de sesmarias. Havia mudado o sistema jurídico, mas não a lógica da dominação." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra ..., p. 66).

[313] A lentidão na aprovação dessa lei se deve, segundo Roberto Di Benedetto, a alguns fatores ligados a problemas da época como "o grupo político detentor do controle sobre as decisões governamentais; a agricultura praticada; e a relação da propriedade da terra com a mão-de-obra agrícola." (DI BENEDETTO, Roberto. Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil do século XIX ..., p. 35). José Murilo de Carvalho, ao analisar os debates parlamentares antes da aprovação da Lei de Terras e o papel dessa lei após a sua aprovação, demonstra a falta de unidade da "classe" dos proprietários, bem como a dificuldade do governo em aprovar a lei e outras medidas na ausência de consensos entre os proprietários de terras. Nas palavras de José Murilo de Carvalho, "A Lei de Terras, na realidade, mostrou a incapacidade do governo central em aprovar medidas contrárias aos interesses dos proprietários na ausência de pressões extraordinárias, como sejam a ameaça externa ou a pressão do Poder Moderador. Mas mostrou também a falta de unidade da classe proprietária. Fora de situações excepcionais, como as que se verificam nas rebeliões de escravos ou de camponeses livres, quando se colocava em questão de maneira radical a propriedade tanto de escravos como de terra, os interesses de uns setores da classe não coincidiam com os de outros. E como a

Terras e refletir sobre alguns dos seus impactos sociais, parece ser necessário analisar as linhas gerais das concepções de apropriação que estavam sendo contrapostas nesse período intricado de transformações.

Emília Viotti da Costa, ao avaliar os debates parlamentares em relação à Lei de Terras de 1850, observa "um conflito entre duas diferentes concepções de propriedade da terra e de política de terras e de trabalho – concepções estas que representavam uma maneira moderna e outra tradicional de encarar o problema."[314] Esses posicionamentos constituem modelos ideais que, apesar de não serem observados com absoluta coerência e clareza nos debates efetivamente ocorridos no período, ajudam a perceber o momento de transição envolvendo as principais noções sobre as formas de apropriação das terras no Brasil.

Na maneira tradicional, a terra era compreendida primordialmente como domínio da coroa. A aquisição dessa propriedade se dava geralmente por doações em virtude de serviços realizados à coroa (recompensa). Havia uma relação pessoal entre o rei e o pretendente à obtenção do bem. A terra era concebida como uma doação em si mesma e significava prestígio social. O trabalho nas propriedades era realizado basicamente por escravos.[315]

Já no modo moderno (proposto) de afrontar a questão, a terra passa a ser acessível a todos os que podem comprá-la e, por isso, começa a ser entendida como uma mercadoria e não mais como uma concessão. No novo modelo, a relação estabelecida entre o Estado e o pretendente à aquisição da terra é impessoal, não decorrendo mais de privilégios ou do *arbitrium* real. O prestígio social, agora, decorre muito mais do poder econômico do proprietário.[316]

---

estrutura centralizada do Estado exigia predominância nacional para que certas políticas fossem adotadas, raramente setores que eram economicamente mais fortes mas numericamente inferiores conseguiam impor-se, chegando-se sempre a arranjos acomodatícios de natureza conservadora." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 350).

[314] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 171.

[315] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 171-173.

[316] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 171-173.

Nota-se, entretanto, que em todo esse processo histórico de transição, "as oposições teóricas aqui mencionadas foram freqüentemente obscurecidas pela realidade concreta; coexistiram atitudes contraditórias ante a terra e o trabalho."[317] Nessa passagem, caracterizada por suas ambigüidades e oposições, "os participantes freqüentemente enxergaram as novas realidades a partir de ângulos tradicionais. No rastro da modernização, o conservadorismo e a idealização do passado parecem ter tido papel tão importante quanto a utopia futurista."[318] O sentido das propostas para uma nova "política de terras" para o país era o de instituir um sistema moderno de propriedade,[319] sem, evidentemente, abalar as fundações do novo Estado brasileiro.

Resolver o problema das antigas sesmarias e das posses, individualizar e diferenciar as terras públicas das particulares, definir as formas de aquisição das terras devolutas, solucionar o grave problema da mão-de-obra para as lavouras e instituir um imposto territorial rural eram alguns dos objetivos que deveriam ser alcançados pela nova legislação.[320]

---

[317] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 173.

[318] COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 193.

[319] Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, "o conjunto da lei buscava atribuir ao jovem Estado brasileiro um estatuto de propriedade que fosse genuinamente moderno, livre dos traços do antigo regime." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A 'lei de terras'e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 110). Nessa mesma linha, vide SILVA, Lígia Osorio. Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850 ..., p. 11.

[320] Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, "a existência de uma economia fortemente dependente do trabalho escravo vai, ao final, dar um grande impulso na direção de uma nova regulamentação do direito de propriedade no Brasil. De fato, em 1850 a Inglaterra proíbe o tráfico de escravos nos mares atlânticos; com isso, o problema dos 'braços' para a lavoura tornou-se central na economia brasileira. Ademais, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, a agricultura brasileria sofre uma transformação sensível em seu perfil impulsionada pelo cultivo do café, e esse novo perfil – exigente de uma racionalização maior da produção – requisitava uma mobilidade de capitais cada vez mais incompatíveis com a escravidão (que demandava imobilização de enormes somas). Por fim, uma maquinaria cada vez mais complexa na moagem do café e da cana de açúcar exigia uma mão-de-obra mais preparada. Não se deve desprezar ainda a crescente movimentação de setores políticos brasileiros (como se pode ver nos debates parlamentares de então) na condenação moral da escravidão e na luta pela transição (embora 'cautelosa' e preocupada com os interesses dos proprietários) ao trabalho livre. Assim, as questões da mão-de-obra e da propriedade, em meados do século XIX, constituíam um nó a ser desatado pelo jovem Estado Brasileiro na pavimentação de sua 'modernidade'. É o que se buscou fazer com a 'Lei de Terras'de 1850." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil ..., p. 107).

A Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, no seu artigo 1º, estabeleceu que "Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra." Excetuando apenas "as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente." Nesse sentido, no âmbito legislativo, como regra, as terras devolutas (definidas no artigo 3º)[321] só poderiam ser adquiridas por meio da compra e não mais por meio da ocupação (posse) das áreas. A lei também estabeleceu procedimentos específicos para a compra e venda de terras devolutas (artigos 14 a 17) e rigorosas sanções para quem descumprisse as normas e se apossasse de terras devolutas ou alheias (artigo 2º).

Dessa maneira, a Lei de Terras, ao impedir que qualquer pessoa simplesmente se apossasse de um pedaço de chão, procurava dificultar a obtenção de propriedades rurais no país. Uma das principais preocupações dos legisladores da época, influenciados pelas idéias de Edward G. Wakefield,[322] era justamente impedir que os imigrantes ou qualquer outro trabalhador livre (a mão-de-obra que poderia substituir os escravos) deixassem de trabalhar nas áreas rurais dos grandes "senhores" de terras do Brasil.[323]

---

[321] Segundo o artigo 3º, da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, são terras devolutas: parágrafo 1º "As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal."; parágrafo 2º "As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura."; parágrafo 3º "As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei."; parágrafo 4º "As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei."

[322] Sobre a influência das idéias de Edward G. Wakefield na elaboração da Lei de Terras, José Murilo de Carvalho explica que "Durante a discussão na Câmara ficou claro que a inspiração do projeto vinha das idéias de E. G. Wakefield, sobretudo das que expôs em seu folheto *A Letter from Sydney*, publicado em 1829. Marx analisou um pouco mais tarde em *O Capital* as idéias de Wakefield, conforme expostas em trabalho posterior à *Letter*. Tratava-se do problema de como colonizar a Austrália, onde a terra era barata e abundante e a mão-de-obra escassa e cara. Todo imigrante tornava-se rapidamente proprietário e produtor, impedindo a acumulação de capital. Partindo dessas premissas, a colonização sistemática de Wakefield propunha que o governo encarecesse artificialmente as terras a fim de que o imigrante tivesse que trabalhar por algum tempo antes de poder comprar o seu lote. Os recursos obtidos com a venda de terras seriam usados para importar mais colonos, o que por sua vez contribuiria para baratear o trabalho e encarecer mais as terras. Era um self-supporting system, um sistema que se auto-alimentava." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 332-333).

[323] Nessa mesma linha, verificar a obra de IANNI, Octavio. Origens agrárias do Estado brasileiro. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 14-16.

Além disso, foram determinados requisitos específicos para a revalidação das sesmarias e outras concessões. O sesmeiro ou o concessionário deveria comprovar o cultivo (ou o princípio de cultura) da terra e possuir moradia habitual (artigo 4º). Nos artigos 5º e 6º, da Lei de Terras, também foram estabelecidos requisitos para a legitimação das posses que deveriam ser "mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro ou de quem o represente" (artigo 5º). O objetivo que se buscava alcançar, com a normatização, era o de regularizar as sesmarias e as antigas ocupações (posses) e transformá-las em propriedades privadas.

A individualização das propriedades também foi intentada. Nos artigos 7º ao 9º ficou instituído um sistema obrigatório de medição dos terrenos, tanto os adquiridos por meio das posses quanto aqueles obtidos por sesmarias (ou outras concessões). Caso as medições não fossem realizadas, em prazo estipulado pelo governo, os possuidores perderiam os seus direitos sobre as terras (artigo 8º). A separação entre os domínios públicos e os particulares, um dos grandes escopos da nova normatização, foi igualmente determinada no artigo 10 da lei. O propósito da norma era acabar com a grande indeterminação e confusão que existia nessa matéria.

Outro ponto capital da Lei de Terras é encontrado nos artigos 18 a 20 que instituíam mecanismos de incentivo e realização da colonização no Brasil. O intento das disposições legais era atender à demanda por mão-de-obra, substituindo o escravo pelo trabalhador imigrante livre.[324] Nessa parte da lei foi estabelecida uma autorização para que o governo pudesse financiar a imigração de "colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agrícolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração Pública, ou na formação de colônias nos lugares em que estas mais convierem; tomando antecipadamente as medidas necessárias para que tais colonos achem emprego logo que desembarcarem." (artigo 18). O sistema de

[324] Ressalta-se que a Lei de Terras foi aprovada 14 dias após a lei que aboliu o tráfico de escravos para o Brasil.

financiamento da atividade de importação de colonos livres, bem como, da medição das terras devolutas restou estabelecido nos artigos 19 e 20 da lei.[325]

A Lei de Terras autorizou, ainda, o governo "a estabelecer, com o necessário regulamento, uma Repartição especial que se denominará – Repartição Geral das Terras Públicas – e será encarregada de dirigir a medição, divisão e descrição das terras devolutas e sua conservação, de fiscalizar a venda e distribuição delas, e de promover a colonização nacional e estrangeira." (artigo 21) O regulamento que criou a Repartição Geral das Terras Públicas e adotou outras medidas para a execução da Lei de Terras, foi elaborado pelo Conselho de Estado em 1851, mas só foi publicado em 30 de janeiro de 1854, no decreto n.º 1318.

O decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854, além de criar e regulamentar a Repartição Geral de Terras Públicas (capítulo I), instituiu as regras para a medição das terras públicas (capítulo II), regulou a revalidação e legitimação das terras e o modo prático de extremar o domínio público do particular (capítulo III), instituiu o procedimento de medição das terras particulares obtidas por qualquer título legítimo (capítulo IV), estabeleceu as regras para a venda de terras públicas (capítulo V), normatizou as terras devolutas reservadas (capítulo VI), bem como aquelas situadas nos limites do império com países estrangeiros (capítulo VII), organizou um procedimento de conservação das terras devolutas e alheias (capítulo VIII) e fixou os requisitos para o registro das terras possuídas (capítulo IX).

Além do decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854, foram elaboradas algumas outras "leis", com o intuito de regulamentar e implementar a Lei de Terras, como o regulamento de 08 de maio de 1854, que instituiu o Regulamento Especial das Medições que tinha a finalidade de medir, demarcar e realizar a descrição das terras no

[325] Fica estabelecido no artigo 19, da Lei de Terras, que "O produto dos direitos de Chancelaria e da venda das terras, de que tratam os arts. 11 e 14, será exclusivamente aplicado: 1º., à ulterior medição das terras devolutas, e 2º., à importação de colonos livres, conforme o artigo precedente." O artigo 20, complementa o artigo anterior, nos seguintes termos: "Enquanto o referido produto não for suficiente para as despesas a que é destinado, o Governo exigirá anualmente os créditos necessários para as mesmas despesas, às quais aplicará desde já as sobras que existirem dos créditos anteriormente dados a favor da colonização, e mais a soma de 200:000$000." (artigos 19 e 20 da lei n. 601, de 18 de setembro de 1850).

país; o Decreto 3784, de 19 de janeiro de 1867, que aprovou o regulamento das colônias do Estado brasileiro; o Decreto 6129, de 23 de fevereiro de 1876, que extinguiu a Repartição Geral das Terras Públicas e criou a Inspetoria Geral das Terras e Colonização; e, após a proclamação da República, o Decreto 603, de 26 de junho de 1890, que reestruturou a Inspetoria Geral das Terras e Colonização.[326]

Outro importante instrumento legislativo, da segunda metade do século XIX, é encontrado no âmbito da reforma hipotecária que foi instituída pela Lei n.º 1237, de 24 de setembro de 1864. Essa lei, conhecida como Lei Hipotecária de 1864, entre muitas outras disposições, regulamentou o instituto da hipoteca e estabeleceu formalmente um sistema de registros públicos imobiliários para o país.[327]

Esses dois institutos são relevantes para a construção de uma nova forma de compreender a propriedade no Brasil. Com o registro geral das propriedades, vinculado ao instituto da hipoteca,[328] é estabelecido um sistema jurídico de publicidade para as propriedades imóveis registradas. O sistema era necessário para o trânsito econômico desses bens imóveis no mercado e, sobretudo, para que as mesmas propriedades pudessem servir como garantia dos empréstimos realizados. O intento da Lei Hipotecária de 1864 também era o de contribuir para a instituição de um sistema de propriedade com características mais modernas.[329]

---

[326] Para uma análise específica sobre a regulamentação da Lei de Terras e das demais tentativas legislativas de modernização da propriedade de terras no Brasil, vide DI BENEDETTO, Roberto. Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil do século XIX ..., p. 31-95.

[327] Sobre a reforma hipotecária instituída pela lei n. 1237, de 24 de setembro de 1864, vide DI BENEDETTO, Roberto. Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil do século XIX ..., p. 52-73; VARELA. Laura Beck. Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro ..., p. 172-193.

[328] De acordo com Roberto Di Benedetto, "Atente-se que o registro da propriedade estava vinculado ao instituto creditício da hipoteca, como se somente tivesse sentido o ato de registrar tendo em vista a possibilidade de hipotecar o bem. Não havendo hipoteca, o registro perderia totalmente a razão de sua existência." (DI BENEDETTO, Roberto. Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil do século XIX ..., p. 60).

[329] Para Laura Beck Varela, "A Lei Hipotecária de 1864 é outro marco fundamental no processo de 'absolutização' do direito de propriedade, uma vez que, além de disciplinar juridicamente a *hipoteca*, útil instrumento à mobilização do patrimônio fundiário, instituiu o *registro de imóveis*, condição fundamental à publicidade e à oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais. É sobre o texto de 1864 que se debruça a doutrina para desenvolver o instituto da *transcrição* como modo de aquisição da propriedade imóvel, posteriormente incorporada pelo Código de Bevilacqua." (VARELA. Laura Beck. Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro ..., p. 07). A afirmação parece ser válida desde que não se atribua um papel absolutamente central à lei.

Nota-se, entretanto, que a despeito da nova política de terras que procurou ser desenvolvida no Brasil, especialmente a partir da segunda metade do século XIX, em direção à modernização jurídica do instituto, a realidade social do país "relativizou" o impacto e o papel da legislação modernizadora na sua estrutura agrária. Como demonstra José Murilo de Carvalho, "A história da Lei de Terras foi, até o final do Império, a história dessa resistência [dos proprietários] e da incapacidade do governo em vencê-la."[330] Apesar dos textos legislativos, as práticas eram outras.

No fim do Império, muitos dos objetivos da Lei de Terras e das demais leis que procuravam modernizar a regulamentação jurídica da propriedade territorial rural no país não haviam sido cumpridos.[331] O imposto territorial rural sequer foi aprovado na própria Lei de Terras.[332] Número expressivo de sesmarias e posses permaneceram sem a devida revalidação e legitimação. As propriedades rurais públicas, especialmente as devolutas, continuaram a ser ocupadas.[333] A individualização e a separação das terras públicas das particulares, bem como a demarcação das terras devolutas, em larga medida, não foram realizadas.[334] Um dos propósitos primordiais da

---

Entre a proposta ou finalidade estabelecida pela lei e a sua realização (mesmo no âmbito dos discursos jurídicos efetivamente praticados) existe uma diferença importante que deve ser considerada.

[330] CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 341.

[331] Conforme José Murilo de Carvalho, "A leitura dos relatórios dos ministros do Império (até 1860) e da Agricultura, Comércio e Obras Públicas (de 1860 a 1889) é um contínuo reafirmar das frustações dos ministros e dos funcionários das repartições encarregadas de executar a lei frente aos obstáculos de vária natureza que se lhes antepunham." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 341-342).

[332] Segundo Emília Viotti da Costa, "Uma questão que uniu muitos dos que apoiavam o projeto e todos os que a ele se opunham foi a criação do Imposto Territorial. Tão forte foi a oposição à taxa que ela foi eliminada do projeto final." (COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos ..., p. 180).

[333] Exemplo do que se está afirmando é constatado igualmente por José Murilo de Carvalho ao explicar que "Em 1877 reconhecia-se que a lei era 'letra morta'em vários dispositivos. O mesmo foi repetido em 1886, quase ao final do Império, 36 anos após a aprovação da lei. Segundo o ministro desse ano, grande número de sesmarias e posses permanecia sem revalidar e sem legitimar, e as terras públicas continuavam a ser invadidas." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 342).

[334] Segundo José Murilo de Carvalho, "O registro ou cadastro de terras teve mais êxito, mas ficou longe de atingir todas as propriedades, além de ser pouquíssimo confiável, pela freqüente incorreção das declarações. A separação e a demarcação de terras devolutas também ficaram em grande parte sem execução, continuando a ocupação ilegal. A legitimação e revalidação quase não progrediram." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 346). Roberto di Benedetto afirma que "Fosse pela ineficácia dos registros paroquiais, fosse pelo não cumprimento dos prazos pelos possuidores para o registro das propriedades imóveis nas repartições de terras, a Lei

Lei de Terras que era o desenvolvimento da colonização no Brasil, com a imigração de europeus, também acabou fracassando.[335] Como afirma José Murilo de Carvalho, "Sem sombra de dúvidas, a Lei de Terras não pegou."[336]

Nesse itinerário complexo de transições, o que se pode constatar é uma progressiva mudança, especialmente no plano legislativo, em relação a noções jurídicas envolvendo as formas de pertencimento da terra. Entretanto, o peso das tradições, nesse ponto, é muito sentido. A realidade brasileira impede que esse processo ocorra de forma rápida e pacífica.

Considerando a paisagem acima delineada, é que se propõe analisar alguns aspectos relevantes da dimensão jurídica brasileira que auxiliem na compreensão da formação do ideário jurídico brasileiro sobre a posse.

2.4 A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DO SÉCULO XIX

A elaboração da noção de posse no direito brasileiro é constituída no âmbito mais amplo da formação da cultura jurídica no Brasil. Por isso, é relevante examinar alguns aspectos gerais da construção desse espaço. Como exposto na introdução

---

de 1850 não foi aplicada na prática." (DI BENEDETTO, Roberto. Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil do século XIX ..., p. 62).

[335] Segundo José Murilo de Carvalho, "fracassou também o objetivo da lei, que era a atração de imigrantes europeus. Os ministros e funcionários perceberam rapidamente que o Brasil não tinha condições de competir com outros países, sobretudo com os Estados Unidos, que ofereciam maiores facilidades de aquisição de terras, apresentavam maior desenvolvimento do transporte, melhor qualidade das terras postas à venda e ausência da escravidão nas áreas de colonização." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 343).

[336] CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 346. Em perspectiva próxima, Ruy Cirne Lima entende que "Não surtiu a Lei de 1850 o efeito desejado." (...) "Nesse particular, o Império se mostrou inferior às necessidades do país." (LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas ..., p. 73).

do trabalho, o aparecimento e o desdobramento de contornos mais claros de uma cultura jurídica brasileira podem ser observados após o processo de independência do país.

Isso porque, inicialmente, durante praticamente todo o período colonial brasileiro, Portugal não permitiu a criação de instituições de ensino superior no Brasil.[337] Havia uma política definida da metrópole em coibir a formação de quadros burocráticos em solo brasileiro.[338] A formação da elite brasileira era realizada basicamente em Portugal, especialmente em Coimbra.[339]

As primeiras faculdades de direito em território nacional só iniciaram o seu funcionamento em 1828, uma em Olinda (posteriormente transferida para Recife em 1854), outra na cidade de São Paulo, ambas instituídas pela lei de 11 de agosto de 1827. A intenção era formar "uma elite independente e desvinculada dos laços culturais que nos prendiam à metrópole européia."[340] A tentativa era estabelecer as bases adequadas que permitissem o desenvolvimento de um pensamento jurídico e político próprios.

No período inicial de funcionamento das faculdades de direito de Olinda e de São Paulo, que vai da sua implementação em 1828 até a reforma de 1854

---

[337] A autorização para a instalação de escolas de ensino superior no país só ocorreu em 1808 com a vinda da família real portuguesa para o Brasil e a conseqüente transferência da sede da monarquia portuguesa para a colônia brasileira. Isso se deu em virtude da invasão napoleônica em Portugal.

[338] Conforme Ricardo Marcelo Fonseca, "Havia, na época colonial, uma deliberada política de centralização na formação acadêmica dos quadros burocráticos (o que via de regra ocorria na Universidade de Coimbra), coibindo a formação de qualquer instituição superior em ultra mar. Era estrategicamente importante para Portugal que as colônias não tivessem centros de formação superior, de modo a que toda a burocracia colonial deveria ter uma formação totalmente portuguesa." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 97). Nesse mesmo sentido, vide CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 69-70.

[339] Segundo José Murilo de Carvalho, até 1850, a maior parte dos membros da elite brasileira, e conseqüentemente dos políticos brasileiros, estudou em Coimbra. Outras duas instituições que também foram importantes na formação intelectual da elite brasileira, foram a Real Academia de Marinha e o Colégio dos Nobres, ambas criadas por Pombal e detinadas à formação militar dos nobres. (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 69).

[340] SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 141-142. Sobre a elite política nacional em todo o período do Brasil imperial, José Murilo de Carvalho demonstra que "Havia um verdadeiro abismo entre essa elite e o grosso da população em termos educacionais." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 79).

(data em que ocorre a mudança da faculdade de direito de Olinda para Recife, além de uma reforma relevante em ambas as escolas), o que se observa é uma fase marcada por inúmeras dificuldades e por uma profunda precariedade tanto em relação à estrutura física (instalações materiais) quanto ao aspecto pessoal (alunos e professores). São encontrados muitos relatos que indicam o desrespeito e a falta de dedicação dos alunos, o despreparo e a ausência de autoridade dos docentes e, também, a dificuldade operacional e estrutural das escolas.[341]

Tudo isso é observado, embora com variações, tanto na faculdade de direito de Olinda como na de São Paulo. Segundo o relato de Lilia Moritz Schwarcz, as faculdades de direito foram rapidamente convertidas "em sedes das elites rurais dominantes"[342], além de, logo no início do seu funcionamento, afrontarem "dificuldades próprias aos estabelecimentos de ensino que iniciam suas atividades sem um grupo forte de educadores para sustentá-los, sem uma equipe com legitimidade para dirigi-los. Dos primeiros momentos ficaram sobretudo os relatos sobre o desrespeito dos alunos, a falta de autoridade dos mestres ante uma clientela pouco acostumada ao estudo e à reflexão."[343] Tratava-se de uma fase de transitoriedade dos jovens cursos de direito, ainda muito presos ao direito ensinado na antiga Metrópole.[344]

---

[341] Sobre o assunto, vide FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil; SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930); VENÂNCIO FILHO, Alberto. Das arcadas ao bacharelismo. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1982; ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder: bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1988.

[342] SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças ..., p. 142.

[343] SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças ..., p. 143.

[344] De acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, o currículo implementado nas escolas de direito era intensamente tradicional, refletindo muito mais as preocupaçaões da dimensão jurídica no antigo regime português do que os "ares liberalizantes presentes em grande parte da nova Constituição do Império brasileiro de 1824." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 102 - 103). Não se surpreende que o próprio Clóvis Beviláqua, um representante importante da Escola do Recife, tenha criticado os cursos de direito de São Paulo e Olinda nos primeiros anos de funcionamento. (BEVILÁQUA, Clóvis. História da faculdade de direito do Recife. 2ª ed. Brasília: INL/ Conselho Federal de Cultura, 1977).

Nesse período, não foi possível o desenvolvimento de um "ambiente intelectual adequado para a formação de uma cultura jurídica nacional sólida e que pudesse afirmar com vigor uma tipicidade que a distinguisse da herança portuguesa. A cultura jurídica brasileira, na primeira metade do século XIX, ainda não tinha tido condições de sair de sua situação de um casulo."[345] Os passos estavam sendo ainda ensaiados.

A situação começa a tomar outra direção a partir da década de 1850. Com os novos estatutos destinados às faculdades de direito criados pelo Decreto n.º 1386, do ano de 1854, assinado pelo ministro Luis Pedreira de Couto Ferraz, o ensino jurídico no Brasil passa por importantes modificações. A reforma avançava "no sentido de dar maior rigidez ao ensino, superando a fase anterior de impasses e precariedade."[346] São inseridas as cadeiras de Direito Administrativo e Direito Romano como permanentes, é estabelecido um calendário rígido de aulas, são definidos critérios mais rigorosos de avaliação, freqüência e disciplinas para os alunos, entre outras medidas que procuravam melhorar a formação dos bacharéis nas faculdades de direito.[347]

Nessa linha, de acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, é especialmente a partir da segunda metade do século XIX que a cultura jurídica brasileira começa a apresentar os seus traços distintivos.[348] Isso decorre não apenas da nova fase dos cursos jurídicos do Brasil. É efeito também da própria situação política e econômica do país que caminhava, ainda que de forma titubeante, em direção a uma modernidade na

---

[345] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 103.

[346] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 104.

[347] Segundo Lilia Moritz Schwarcz, com a reforma acadêmica de 1854 "Moralizaram-se os exames preparatórios, estipulou-se de forma rígida um calendário de aulas – de 15 de março a 15 de outubro –, assim como a duração das lições e a regularidade semanal das sabatinas (artigos 53, 69, 70, 75). Reduziu-se também o número tolerado de reprovações – já que o aluno reprovado duas vezes não seria mais admitido na faculdade (artigo 80) –, assim como se delimitou um número máximo de faltas. Por fim, para controlar a violência das relações entre alunos e professores, foi instaurado um rigoroso sistema de castigos, podendo a punição ir da simples reprimenda à expulsão de aula pelo lente, ou à prisão correcional pelo diretor – de um a oito dias – em casos mais graves (artigos 111-27)." (SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças ..., p. 147).

[348] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 104-105.

política e no direito. A consolidação do Estado brasileiro, assim como o surgimento e o desenvolvimento de várias medidas e reformas que propunham mudar o país, também, constituíram fatores relevantes para a formação de outra forma de pensar o direito no Brasil.

Do ponto de vista cultural, a partir da segunda metade do século XIX, observam-se alguns acontecimentos que indicam para um momento diferente do direito e da cultura jurídica brasileiros, apesar de muitas permanências. Constata-se a existência de uma nova geração de juristas e professores nacionais formados não mais em Coimbra e sim nas academias jurídicas brasileiras.[349] Já é possível observar nesse período do Império certo arcabouço legislativo (como, por exemplo, a Constituição Imperial de 1824, o Código Criminal de 1830, o Código Comercial de 1850 e a Lei de Terras de 1850) e o surgimento de comentários a esse corpo de leis.[350] Registra-se, nessa mesma perspectiva, o aparecimento de uma maior produção doutrinária (livros e manuais) escritos por juristas brasileiros.

Todos os fatores acima listados, apesar de não serem os únicos, contribuíram enormemente para a elaboração, com as suas particularidades, da cultura jurídica letrada no Brasil da segunda metade do século XIX. Isso significa dizer que a criação das academias de direito nos Estados de Pernambuco e São Paulo, o ensino jurídico praticado no Brasil e a formação de bacharéis em direito em solo brasileiro constituíram elementos muito relevantes para a construção da cultura jurídica brasileira,[351] com as suas próprias características.

---

[349] Deve ser ressaltado, como observa Ricardo Marcelo Fonseca, que os principais juristas brasileiros do século XIX, como Teixeira de Freitas, Pimenta Bueno, Ruy Barbosa, entre outros, "eram egressos das academias de direito brasileiras." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 110).

[350] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 104.

[351] De acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, "O que se conclui, assim, é que, dentro de suas contradições (que refletiam as contradições do Brasil da época) as academias produziram efeitos concretos e determinados e, principalmente, foram geradores centrais da produção da cultura jurídica brasileira do século XIX." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil ..., p. 104). Opinião contrária ao posicionamento adotado é encontrada na obra, anteriormente citada, de ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder: bacharelismo liberal na política brasileira.

Algumas dessas especificidades da cultura jurídica nacional foram sentidas e exerceram efeitos na elaboração da teoria possessória brasileira. Os principais autores que trabalharam ou que, de alguma maneira, contribuíram particularmente com o tema da posse no direito brasileiro são encontrados a partir da segunda metade do século XIX. Os primeiros cursos ou manuais escritos por autores pátrios sobre direito das coisas, propriedade e posse foram, do mesmo modo, elaborados nesse período. Observa-se igualmente um crescimento quantitativo, a partir da década de 1850, de autores que se dedicaram ao tema da posse no direito brasileiro.[352]

Nota-se, ainda, que os juristas nacionais que escreveram sobre a posse no período estudado foram, essencialmente, egressos das academias de direito de São Paulo e de Olinda (ou Recife). Juristas que, ainda que não estivessem absolutamente vinculados aos interesses das elites proprietárias da época, geralmente não conseguiam se libertar do seu meio.[353] Isso permite supor ou desconfiar que, no âmbito dessa cultura letrada, muito do que foi produzido em matéria de posse, assim como das demais relações de pertencimento, acabou tendo um determinado perfil.[354]

Além disso, são juristas que se ocupam essencialmente com o direito letrado e oficial. E, não é possível esquecer, que muito do que foi pensado no

[352] Todos esses temas serão desenvolvidos no terceiro capítulo do trabalho.

[353] José Murilo de Carvalho compreende que não é possível, de forma simplista, identificar na elite letrada do país os representantes diretos da classe de proprietários rurais da época. A realidade é mais complexa. Além do mais, existiam muitos interesses conflitantes entre os próprios proprietários de terras. Exemplificando o que se está afirmando, são as palavras de José Murilo de Carvalho "os magistrados, embora muitos fossem vinculados à propriedade da terra e fossem reconhecidos em geral como sustentáculos da ordem, não eram reconhecidos como legítimos representantes dos proprietários rurais." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 233). Por outro lado, parece não ser equivocado afirmar que os interesses e as necessidades da maior parte da população brasileira não coincidiam com as preocupações e com os valores dessa mesma elite letrada. O próprio José Murilo de Carvalho demonstra que "Por sua educação, pela ocupação, pelo treinamento, a elite brasileira era totalmente não-representativa da população do país." (CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – Teatro de sombras ..., p. 231). Um exemplo interessante, dessa vinculação, talvez relativa, do jurista ao seu meio em encontrado em GEDIEL, José Antônio Peres. Teixeira de Freitas: um civilista do Império do Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 351-360.

[354] Essa questão será analisada no último capítulo.

âmbito do universo jurídico brasileiro, no século XIX, partiu de tradições jurídicas herdadas do passado.

2.5 A "HERANÇA PORTUGUESA": O DIREITO E AS TRADIÇÕES DO *IUS COMMUNE*

A base do direito oficial pátrio, logo após a independência do Brasil, era formalmente constituída quase exclusivamente pelo direito herdado de Portugal. A Lei de 20 de outubro de 1823, no seu artigo 1º, estabeleceu que as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal até a data de 25 de abril de 1821 continuariam em vigor "emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas"[355]. O Brasil herdava, portanto, da sua ex-metrópole todo o arcabouço legislativo que já era aplicado no período colonial.

Tratava-se de um direito estatal fundamentado, portanto, em uma "tradição alienígena",[356] que não reconhecia e desprezava (formalmente) outras manifestações normativas como as práticas e os costumes dos povos indígenas e dos negros escravizados.[357] Isso significa que as diversas formas de organização social que

[355] Artigo 1º da lei brasileira de 20 de outubro de 1823.

[356] Explica Antônio Carlos Wolkmer que "o processo colonizador, que representava o projeto da Metrópole, instala e impõe numa região habitada por populações indígenas toda uma tradição alienígena e todo um sistema de legalidade 'avançada' sob o ponto de vista da coerção e da efetividade formal." (WOLKMER, Antônio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Editora Paris, 1994, p. 09).

[357] Sobre esses dois assuntos (o direito dos povos indígenas e das comunidades negras escravizadas no Brasil) vide SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org.). Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1994; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1999; WOLKMER, Antônio Carlos. História do direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003; WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

regiam internamente essas comunidades e eram produzidas por elas não eram consideradas, em regra, pelos discursos jurídicos oficiais, como direitos.[358]

Ao afirmar que o Brasil, do ponto de vista formal, mantém praticamente as mesmas fontes oficiais herdadas de Portugal vigentes durante todo o período colonial, evidentemente, que não se está desconsiderando a existência de um direito colonial brasileiro. O direito praticado no Brasil colônia não era exatamente o mesmo direito exercido em Portugal.

De acordo com António Manuel Hespanha, para se falar de um direito colonial brasileiro "é necessário entender que, no sistema jurídico de Antigo Regime, a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação existentes na própria estrutura do direito comum." [359] Nesse sentido, não é nos textos legislativos emitidos pela monarquia portuguesa para o Brasil que se encontra o direito colonial brasileiro,[360] e sim muito provavelmente "nas zonas de incumprimento do direito real"[361], em espaços deixados pelo direito comum clássico a normatizações locais consuetudinárias ou judiciais.

---

[358] Como afirma Carlos Frederico Marés de Souza Filho: "É verdade que hoje não há mais dúvida que as sociedades indígenas pré-colombianas ou atuais, têm uma organização social e são regidas por normas jurídicas próprias. O Direito diferente, o Direito do outro é reconhecido pelos historiadores como Direito. Hoje, portanto, não faz mais sentido discutir se aquela organização social era ou não mantida por um Direito." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito ..., p. 31). Nessa mesma linha, vide GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito ..., p. 31-50.

[359] HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro ... p. 59-60.

[360] Sobre o "campo da produção legislativa" destinada ao Brasil colônia pela metrópole, afirmam Arno Wehling e Maria José Wehling que "se não existiam, no Brasil colonial, 'monumentos jurídicos', como as *Recopilações de Leis de Índias* da América hispânica, ainda assim, existiu, não apenas uma copiosa legislação cumulativamente aplicada na metrópole, no Brasil e nas demais unidades coloniais, como também uma legislação especificamente colonial. Nesse caso estão as leis e outros instrumentos jurídicos outorgados à colônia e nela apenas vigentes, como as normas referentes aos indígenas, ao pau-brasil e ao ouro, e a outros 'produtos minerais'." (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Humanismo e cultura jurídica luso-brasileira no período colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Humanismo e cultura jurídica no Brasil. Florianópolis: Boiteux, 2003, p. 45-46).

[361] HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro ..., p. 61.

E essas "zonas de incumprimento", esses espaços normativos abertos, de fato existiam e, em larga medida, eram produzidos pelo próprio sistema plural de fontes do ordenamento jurídico europeu do antigo regime. A ordem jurídica colonial brasileira, como ensina Hespanha, "é, sem dúvida, o produto da dinâmica de factores locais, de ordem geográfica, ecológica, humana e política."[362] Contudo, "o modelo de ordenamento jurídico proposto pelo direito comum europeu não punha grandes obstáculos doutrinais às tensões centrífugas da realidade colonial. Pelo contrário, fornecia uma série de princípios doutrinais e de modelos de funcionamento normativo que se acomodavam bem a uma situação como a do sertão brasileiro."[363] A estrutura normativa aberta e plural do direito comum não criava por si só um direito local, mas permitia que os costumes, as práticas e os usos do lugar, eventualmente contrários ao direito da metrópole, pudessem ser aplicados e considerados como fontes de direitos.

O direito letrado recepcionado pelo Brasil após a sua independência, como observado, consistia basicamente no direito português. Por isso, parte significativa das fontes (formais e oficiais) estava materializada e reunida principalmente, mas não somente (existiam muitas leis esparsas e outras fontes normativas), nas Ordenações.

No entanto, não é possível esquecer que o direito português do século XIII até meados do século XIX, com as especialidades do direito do reino, pertencia na sua essência à tradição do *ius commune*.[364] É essa tradição jurídica, e não somente os textos legislativos, que vai ser recepcionada e influenciará a cultura jurídica

[362] HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro ..., p. 80.

[363] HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro ..., p. 80.

[364] Conforme a síntese de António Manuel Hespanha "Do ponto de vista jurídico, Portugal faz parte, desde o século XIII aos meados do século XIX, de um vasto espaço dominado pela tradição jurídica do direito comum (*ius commune*). A história do direito português – considerada a expressão no seu sentido mais restrito – é, portanto, a história do direito comum europeu, com algumas especificidades do direito do reino, mais visíveis nos domínios da organização política administrativa (da coroa, dos conselhos, dos senhorios), do direito penal (em que Portugal dispõe da compilação global mais antiga da tradição jurídica européia, o Livro V das Ordenações Afonsinas, de 1446) e de alguns ramos do direito contratual. Mas mesmo estas esparsas áreas de tradição jurídica mais específicas são continuamente corroídas por um discurso jurídico letrado que ia buscar toda a utensilagem doutrinal no direito comum." (HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 139).

nacional e, conseqüentemente, a formação da idéia de posse no direito brasileiro do século XIX. Com isso, é necessário compreender melhor alguns traços particulares do funcionamento dessa maneira de compreender a dimensão jurídica recebida do antigo regime português.

As Ordenações Filipinas surgem no ano de 1603, no reinado de Felipe II da Espanha (época em que Portugal encontrava-se sob domínio da Coroa Espanhola[365]), sucedendo às Ordenações Manuelinas do ano de 1521 que, por sua vez, haviam substituído as Ordenações Afonsinas de 1446.[366] As Ordenações Filipinas eram compostas por cinco livros e realizaram uma espécie de atualização (e não propriamente inovação) das Ordenações Manuelinas, que já haviam sido atualizações das Ordenações Afonsinas. Segundo Cândido Mendes de Almeida, "o Direito Civil das Ordenações está encerrado nos livros 3º e 4º, e em alguns titulos dos livros 1º e 2º".[367]

As Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXIV, delimitavam as relações entre o direito comum e o direito do reino, estabelecendo a "prevalência do direito pátrio (Ordenações e a legislação extravagante) sobre o direito comum (Glosa de Acúrsio, *Comentários* de Bártolo, *opinio communis doctorum*)."[368] Mas, apesar da instituição de um tipo de "hierarquia normativa", o que se observa é que a própria atividade prática dos juristas letrados portugueses acabava contrariando ou desrespeitando a ordem estabelecida. Seja pelo fato de muitas matérias não encontrarem uma regulamentação no direito do reino, seja pela própria formação dos juristas da época (em

[365] Com o fim da dominação espanhola, as Ordenações Filipinas são mantidas pelo Rei de Portugal, D. João IV, por força da lei de confirmação de 19 de janeiro de 1643.

[366] Segundo Rui Manuel de Figueiredo Marcos, "O Código Filipino, apesar de pretender construir o repositório integral da legislação vigente, não revogou todas as leis avulsas anteriores. Segundo o teor da Lei de 11 de janeiro de 1603, que ordenou a observância das novas Ordenações, ficavam por elas revogadas todas as leis extravagantes, salvo as que estariam em um livro da Casa da Suplicação que não se compilaram por versarem sobre objectos variáveis, as 'Ordenações da Fazenda' e os 'Artigos de Sisas'; mas, ignorando esta determinação, muitas leis, regimentos e outros diplomas permaneceram, de facto, em vigor." (MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais ..., p. 58).

[367] ALMEIDA, Cândido Mendes (org.). Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. VII.

[368] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 139.

escolas de direito romano e canônico), as decisões e soluções para os problemas jurídicos eram fundamentadas muitas vezes no peso doutrinário do direito comum.[369]

Logo no momento em que entram em vigor, no início do século XVII, as Ordenações foram consideradas antiquadas justamente por sustentarem a tradição jurídica dos compiladores.[370] Conforme observado, caso não fosse possível encontrar a solução no direito do reino, nem no direito romano e no direito canônico (em matérias que envolviam pecado), as Ordenações indicavam que se aplicasse a Magna Glosa de Acúrsio e as Opiniões de Bártolo desde que não contrariadas pela opinião comum dos doutores.[371]

Com a chegada de novos tempos, mais "modernos", as Ordenações Filipinas, assim como ocorre no percurso histórico do *ius commune*, começaram a ser cada vez mais acusadas de obsoletas, defeituosas e lacunosas.[372] No entanto, a partir da segunda metade do século XVIII, em Portugal, as Ordenações sofrem modificações importantes. Ocorre uma espécie de "atualização" da velha legislação portuguesa em um ambiente de centralização do poder político, de tentativa de valorização das fontes legislativas (primado da lei) e de diminuição das incertezas no plano jurídico.

---

[369] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 139. É por isso que Hespanha entende que "a principal fonte para o conhecimento do direito efectivamente vigente em Portugal não seja a lei, mas sim a mole imensa de literatura produzida (e não apenas a portuguesa) durante os séculos XIV a XVIII". (p. 140).

[370] BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Obras esparsas: estudos de história do direito moderno. v. II, Coimbra: Editora Coimbra, 1981, p. 28-29.

[371] Como observa Ricardo Marcelo Fonseca, "Como se vê, tais ordenações eram substancialmente parte do direito comum europeu, que de fato formalmente restavam vigentes no Brasil desde o início de sua colonização." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 63).

[372] Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, "uma das características que vai marcando cada vez mais a aplicação das Ordenações Filipinas, na medida da chegada dos tempos iluministas do século XVIII e mais ainda dos tempos burgueses do século XIX, é naturalmente a sua incompletude diante das novas e cada vez mais numerosas situações jurídicas. (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 63). Rui Manuel de Figueiredo Marcos, analisando o modo como as Ordenações eram compreendidas no século XVIII, pouco antes do período pombalino, afirma "Na base do sistema jurídico em vigor, encontrava-se um rosto medieval, autêntica presença do passado nos tempos modernos, o Código Filipino" (...) "Além de antiquadas, as Ordenações eram levianamente defeituosas. Um infeliz intérprete passaria muito do seu tempo ao pretender aclarar as escuridades, eliminar as frequentes antinomias, captar o verdadeiro sentido de algumas disposições por entre uma difusa prolixidade." (...) "Mas, com toda a certeza, o raio de autêntica fatalidade que estalou sobre o Código Filipino residiu no facto de constituir um corpo de leis extremamente lacunoso (...)." (MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais ..., p. 57-59).

A política pombalina para o direito, no conjunto mais amplo das mudanças impulsionadas pelo despotismo iluminado do Marquês de Pombal, procurava submeter a produção do direito e a atividade dos juristas a um controle mais rigoroso da coroa. A reforma legislativa é o primeiro fruto desse projeto.[373] O que se observa é um aumento expressivo da produção de novas leis elaboradas pelo Império Português com a clara intenção de diminuir a relevância das outras fontes normativas, que não a legislação real, como os costumes e a doutrina.[374]

Outro momento relevante no processo ou tentativa de diminuir a autoridade dos juristas na complexa tarefa de dizer o direito é verificado com a aprovação da "Lei da Boa Razão", de 18 de agosto de 1769, que altera substancialmente o quadro das fontes normativas admitidas no direito português (nas Ordenações Filipinas), desvalorizando os costumes, a jurisprudência e a doutrina em detrimento das leis do reino.[375]

A "Lei da Boa Razão" procurava coibir o abuso na utilização das fontes doutrinais tradicionais.[376] Determinava que o direito romano só poderia ser

---

[373] Deve ser observado, conforme salinta Rui Manuel Figueiredo Marcos, "que a expressão lei se emprega aqui, por este tempo [período pombalino], num sentido muito mais amplo do que aquele que hodiernamente lhe atribuímos, visto que não existia a divisão de poderes característica do moderno direito constitucional. A lei poderia definir-se como a vontade do *princeps* declarada aos vassalos para regularem por ela as suas acções. Entendia-se, pois, que qualquer manifestação da vontade soberana destinada a introduzir alterações na ordem jurídica estabelecida constituiria lei." (MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais ..., p. 73).

[374] Conforme Rui Manuel de Figueiredo Marcos, "Relanceando o acervo de leis portuguesas pertencentes ao século XVIII, uma conclusão, de imediato, ressalta: a extraordinária aceleração legislativa a que se assistiu a partir de meados de setecentos." (MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais ..., p. 75). O autor citado utiliza inclusive a expressão "inflação legislativa" (p. 77) para se referir ao que estava ocorrendo em Portugal durante o consulado pombalino. António Manuel Hespanha elaborou um gráfico (publicado como uma nota do tradutor no livro de GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito ..., p. 318 e ss.) em que expõe, em termos quantitativos, a evolução da produção legislativa em Portugal, no período que vai do ano de 1446 ao ano de 1800. A conclusão de Hespanha é a que "passado o período filipino, se legisla progressivamente menos, até se atingir o período iluminista e, dentro deste, o pombalismo, onde se situam os 'picos' modernos de actividade normativa da coroa." (p. 320 da obra citada).

[375] Na opinião de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, "No auge do vigor pombalino, a Lei de 18 de Agosto de 1769 fez ruir, de um só golpe, todo o edifício do direito subsidiário herdado do Código Filipino." (MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais ..., p. 153). A mudança, contudo, parece ser muito mais no âmbito formal (do quadro normativo das fontes subsidiárias estabelecido nas Ordenações Filipinas) do que no campo das práticas jurídicas efetivas.

[376] Na síntese de Ricardo Marcelo Fonseca, o primeiro cuidado da "Lei da Boa Razão" "é precisamente o de reprimir

aplicado na ausência de alguma lei do reino, ou seja, seria utilizado apenas em casos omissos, e deveria ser aplicado segundo os princípios da "boa razão" (parágrafo 9 da lei). E por "boa razão" aquela que

> "consiste nos primitivos principios, que contém verdades essenciais, intrinsecas, e inalteraveis, que a Ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural, formalizarão para servirem de Regras Morais, e Civis entre o Chirstianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilisadas: ou aquella boa razão que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis, e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedaes dos povos, que com as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leis vivem felices à sombra dos thronos, e debaixo dos auspicios dos seus respectivos Monarcas, e Principes Soberanos (...)" (parágrafo 9 da lei).

No mesmo parágrafo 9 da lei, ficava estabelecido que em matérias (políticas, econômicas, mercantis e marítimas) poderiam ser utilizadas, como fontes subsidiárias, as "Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão respandecendo na boa, depurada e sã Jurisprudência" (parágrado 9 da lei).[377]

A "Lei da Boa Razão", igualmente, estabelecia que o direito canônico não poderia mais ser aplicado de forma subsidiária nos tribunais seculares, sendo simplesmente excluído como fonte de direito desses tribunais (parágrafo 12 da lei). Determinava, ainda, que a Glosa de Acúrsio, os comentários de Bártolo e de outros semelhantes doutores não teriam mais valor vinculativo, estavam proibidas a alegação e a aplicação dessas opiniões em juízo (parágrafo 13 da lei).

---

o abuso, até então vulgarizado, de recorrer aos textos de direito romano ou textos doutrinais em desprezo a disposições expressas do direito nacional português. Desse modo, tornava-se proibido o uso nas decisões judiciais de textos romanos ou invocar a autoridade de algum escritor quando houver disposição contrária nas Ordenações, nos usos do reino ou nas leis pátrias." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 63).

[377] Como explica Rui Manuel de Figueiredo Marcos, existiam matérias "que, pela tremenda evolução registrada, careciam de uma regulamentação moderna, naturalmente incompatível com o direito romano. Assim, na falta de direito pátrio que as regesse, a única solução seria, como foi, a de recorrer ao trabalho legislativo já realizado nestas áreas, em outros países europeus, numa palavra, às leis das 'Nações Christãs, illuminadas e polidas'." (MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais ..., p. 156).

Em relação ao costume, fonte importantíssima de normatização social segundo a tradição do *ius commune*, a "Lei da Boa Razão" estabelecia três requisitos essenciais para a sua validade. Para ser utilizado como fonte normativa o costume deveria estar de acordo com a "boa razão", não poderia ser contrário em coisa alguma às leis do reino e deveria ter mais de cem anos (parágrafo 14 da lei). A idéia era diminuir radicalmente a importância do costume e eleger a lei do soberano como a fonte privilegiada de direito na ordem jurídica portuguesa.

Observa-se, portanto, com a "Lei da Boa Razão", que as antigas fontes subsidiárias, típicas do direito comum, anteriormente instituídas pelas Ordenações, sofriam uma forte limitação.

Além do crescimento significativo da legislação portuguesa e das relevantes mudanças no quadro das fontes de direito, a reforma pombalina também atingiu o ensino jurídico. Os estatutos jurídicos universitários são modificados, em 1772, no sentido de privilegiar o direito pátrio em prejuízo das opiniões doutrinais consagradas nos velhos estatutos. O ensino jurídico em Portugal é substancialmente alterado tanto na Faculdade de Leis como na Faculdade de Cânones. Os professores são todos substituídos, são criadas novas cadeiras que procuravam estabelecer um ensino mais moderno do direito, são estabelecidos controles rigorosos de presença e avaliação dos alunos, é exercido um forte controle no conteúdo das aulas, os métodos de ensino são modificados, preocupa-se também com a formação prática do bacharel em direito, adotam-se manuais e compêndios estrangeiros com orientações (jusnaturalistas) mais adequadas à época, ao direito romano impunha-se o *usus modernus pandectarum*, entre outras medidas que procuravam vincular o ensino jurídico à nova política pombalina para o direito.[378]

Destaca-se que o período pombalino representou uma mudança importante no percurso português (e brasileiro) de passagem de uma pré-modernidade

[378] Sobre a reforma pombalina do ensino do direito e os novos estatutos universitários, vide MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais ..., p. 160-169; HESPANHA, António Manuel. Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas. In: HESPANHA, António Manuel. A história do direito na história social. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 70-149; BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Obras esparsas ..., p. 40-41; FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 62-65.

para uma modernidade em termos político e jurídico. Ocorre que esse itinerário não é tão simples e nem tão curto. Como explica António Manuel Hespanha

> "No entanto, não é ainda agora que o primado do direito pátrio fica garantido. Ao insistir na vinculação da política do direito ao 'uso moderno do direito romano' e às soluções consagradas nas ordens jurídicas das 'nações polidas e civilizadas', o legislador pombalino abre a porta à influência do novo direito iluminista (e, posteriormente, liberal) dos Estados alemães e italianos e, mais tarde, da França, cujos códigos tiveram uma aplicação directa em muitos domínios até a entrada em vigor do Código Civil do Visconde de Seabra (1867). Ou seja, apesar de o período pombalino representar uma época de vinculação do direito à política monárquica, ele não realiza ainda aquela imagem d'Épinal, a que se referia a historiografia mais tradicional, de um direito e de um corpo de juristas funcionalizados a um projecto político centralizador."[379]

As elaborações teóricas acerca da posse no direito brasileiro, especialmente a partir da segunda metade do século XIX, serão realizadas nesse tempo de transições. O instituto jurídico da posse começa a ser constituído no Brasil a partir de muitos elementos típicos do *ius commune*, embora, com tentativas ou propostas que procuravam romper com essa tradição. O percurso é relativamente longo e não é linear.

2.6 PECULIARIDADES DO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX

Ao longo do século XIX, o universo jurídico brasileiro parece ter sofrido um processo ou uma tentativa de valorização das fontes normativas estatais e uma crescente discriminação de outras fontes que não aquelas derivadas do Estado ou da igreja católica.[380] Do mesmo modo, ocorreu no Brasil, embora tardiamente, o fenômeno da codificação, bem como o primado da lei sobre todas as outras manifestações jurídicas.

---

[379] HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português ..., p. 141-142.

[380] Segundo Antônio Carlos Wolkmer, "Com o estabelecimento do Império, mesmo havendo uma estrutura jurídica

No entanto, esse processo não se deu de forma pacífica e célere, muito pelo contrário. O papel do legislador na tarefa de dizer o direito, e conseqüentemente da lei como fonte normativa, no Brasil do século XIX, merece ser melhor ponderado.

No âmbito da regulamentação jurídica da posse, o que se constata é a ausência de uma legislação que sistematizasse toda a teoria possessória. São encontradas apenas disposições esparsas nas Ordenações Filipinas e algumas poucas referências nas legislações modernizadoras em matéria de propriedade. Ao menos em relação à posse, no direito brasileiro do período estudado, a atividade legislativa do Estado não exercia a mesma influência dos tempos atuais.

O enquadramento da posse, no Brasil, em um texto legislativo único e sistematizado ocorre somente no século XX com a codificação tardia do direito civil.[381] Parece ser relevante compreender algumas das razões e destacar certos aspectos desse lento e complexo processo de estatização e codificação do direito brasileiro.

A Constituição brasileira de 1824 determinava no seu art. 179, inc. XVIII, que "Organizar-se á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Eqüidade." Ocorre que esse projeto foi realizado apenas de forma parcial no Império. O Código Criminal foi promulgado em 1830. Além desse código, constata-se no desenrolar do século XIX o surgimento de outras legislações modernizadoras como, por exemplo, a própria Constituição Imperial de 1824, o Código Comercial de 1850, a Lei de Terras de 1850 e a Lei de 1864 da Reforma Hipotecária.[382]

---

oficializada, unitária e formal, o Direito Estatal da Monarquia tornou-se mais flexível e manteve, até o advento da República, uma amena convivência com a legislação canônica. Na medida em que o Império reconhecia a religião católica como religião oficial do Estado, concomitantemente admitia a existência de um certo tipo de pluralismo jurídico, pois em determinadas regulamentações (a celebração do casamento no religioso, por exemplo, tinha mais significado e importância do que no civil) consagra-se a supremacia do Direito paralelo da Igreja (o Direito Canônico) sobre o Direito oficial do Estado (o Direito do Império)." (...) "Tratava-se de um pluralismo jurídico ideologicamente conservador e elitista que reproduzia tão-somente a convivência das forças dominantes, ou seja, entre o Direito do Estado e o Direito da Igreja." (WOLKMER, Antônio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro ..., p. 13).

[381] Essas questões serão analisadas no próximo capítulo.

[382] Sobre os relevantes adventos legislativos ao longo do período imperial brasileiro, afirma Ricardo Marcelo Fonseca que "Essas intervenções legislativas no império brasileiro chegaram a um ponto tal que quando finalmente,

Contudo, como é sabido, apesar do trabalho monumental e relevante de Teixeira de Freitas, tanto na "Consolidação das Leis Civis" como no "Esboço de Código Civil", e das demais tentativas de codificação civil brasileiras do final do século XIX (Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues)[383], o Brasil só conheceu o seu Código Civil em 1916. Característica, nesse sentido, típica e saliente do ordenamento jurídico pátrio, notadamente no domínio do direito privado, é a ausência de um Código Civil no século XIX e a permanência das Ordenações, ao menos, no âmbito do direito privado (comum).

Ricardo Marcelo Fonseca explicita algumas das principais causas ou fatores para a codificação civil tardia do Brasil. Uma primeira causa "se encontra na ausência de uma cultura jurídica logo nos anos que se seguiram à independência do Brasil."[384] De fato, conforme anteriormente observado, a criação de escolas de ensino superior no Brasil só foi autorizada após a chegada da família real portuguesa em 1808. Os cursos de direito no Brasil, instituídos pela Lei de 11 de agosto de 1827, foram implementados em 1828, alguns anos após a independência, com apenas duas faculdades, uma em Olinda e outra em São Paulo. Do mesmo modo, o próprio funcionamento desses cursos de direito nos primeiros anos não contribuiu muito para o desenvolvimento de uma cultura jurídica (com características mais modernas) que fomentasse a idéia de uma codificação civil no Brasil.[385]

---

na década de 50 do século XIX, resolveu-se iniciar um processo de codificação civil no Brasil, o jurista Augusto Teixeira de Freitas – que foi escolhido como o codificador pelo governo imperial – houve por bem antes de qualquer outra tarefa, realizar uma 'Consolidação das Leis Civis' no Brasil, tamanho era o labirinto legislativo então existente." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 67).

[383] Sobre as linhas gerais das tentativas de codificação civil brasileiras, antes do Código Civil de 1916, vide a obra de MIRANDA, Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 79-96.

[384] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 70.

[385] Afirma, nessa perspectiva, Ricardo Marcelo Fonseca que "a cultura jurídica brasileira na primeira metade do século XIX era composta por um punhado de filhos das elites com formação na Universidade de Coimbra e outro contingente (certamente não significativo) de estudantes formados a partir da década de 30 nos jovens e pragmáticos cursos de direito de Recife e São Paulo. Por certo que não se podia esperar uma forte consciência científica de recepção cultural da tradição do código civil francês, bem como da discussão dos juristas franceses, num contexto como esse." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século

O segundo fator relevante para a ausência de um Código Civil brasileiro no século XIX foi "o fato de que a incipiente cultura jurídica brasileira da segunda metade do século XIX, malgrado não tivesse sido infensa a influências francesas, sofreu muito mais o impacto da cultura alemã."[386] Observa-se que o fenômeno da codificação na Alemanha ocorreu de forma tardia se comparado com a França. O Código Civil alemão (BGB) foi publicado em 18 de agosto de 1896 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900, muitos anos após o Código Civil francês de 1804. Destaca-se, ainda, que um dos maiores juristas alemães do século XIX, Savigny, da Escola Histórica do direito, que tanto influenciou a cultura jurídica brasileira a partir desse período, era contrário à codificação.[387]

Outro fator, o terceiro analisado por Ricardo Marcelo Fonseca, deve-se à "inexistência no Brasil de um verdadeiro padrão de cidadania e, portanto, a ausência de uma relação de identificação entre as garantias jurídicas asseguradas pela legislação oficial, de um lado, e o atendimento das necessidades do povo, de outro."[388] Isso significa dizer que "na estrutura social agrária, maciçamente rural, predominantemente analfabeta, patriarcal e com significativa presença escrava, não se

---

XIX ..., p. 70).

[386] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 71.

[387] Em relação a esse assunto, pode ser verificada a polêmica entre Savigny e Thibaut, sendo que o primeiro autor era contrário à codificação na Alemanha e o segundo um dos seus principais defensores. Destaca-se, igualmente, que Teixeira de Freitas, apesar de conhecer autores e conceitos relevantes da Escola da Exegese, era um grande admirador da ciência jurídica alemã, em especial de Savigny. Sobre a influência de ciência jurídica alemã em Teixeira de Freitas vide REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro (a cura di). Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova: Cedam, s/d, p.41-44; COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.17.

[388] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 71. Nesse mesmo sentido, Sérgio Buarque de Holanda constata que "os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa da povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade." (HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil ..., p. 160).

pode supor que a maior parte dos conflitos viesse a ser resolvida pela legislação oficial do império."[389] Muitos "direitos" estavam à margem do direito oficial.

O quarto motivo é a "contraposição das elites agrárias brasileiras à idéia de um sistema jurídico coerente, harmônico e plenamente inspirado nos ideais liberais que nortearam as revoluções burguesas."[390] Não foi muito fácil para parcelas significativas das elites rurais nacionais, presas a tradições e a valores de uma sociedade agrária intensamente desigual e conservadora, a aceitação de um conjunto normativo modernizador do universo jurídico pátrio. Além disso, como demonstra José Murilo de Carvalho, no século XIX "salientam-se as práticas e valores envolvidos nas instituições da escravidão, do patriarcalismo e da grande propriedade. Por mais que uma constituição e uma legislação comum consagrassem valores universais de liberdade e de igualdade perante a lei, as práticas e valores sociais os rejeitavam."[391] Nesse contexto, a idéia de um código civil de matriz liberal não soava tão bem.

Por fim, de acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, um "outro fator – o quinto e último – que se colocava como obstáculo à exigência de uma codificação no Brasil: trata-se precisamente do caráter complexo, no âmbito da regulamentação das relações civis, da relação entre o Estado e as populações – especialmente as mais pobres."[392] Não foram apenas as elites brasileiras que desconfiavam do Estado e do seu papel em "dizer o direito". A legislação oficial, principalmente no âmbito privado, era vista com profunda desconfiança e distanciamento pela maior parte da população

[389] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 71 -72. De acordo com o autor citado, "Evidentemente que há inúmeros casos de demandas judiciais populares fundamentadas na legislação oficial e veiculadas perantes os órgãos judicantes estatais (inclusive de escravos) ao longo desse período. Mas a presença de um grande pluralismo jurídico, onde se fazem sentir as presenças preponderantes da ordem local, familiar, religiosa, etc., em detrimento de um direito estatal que ao povo parecia distante e alheio, não pode ser absolutamente desprezado." (p. 72).

[390] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 72.

[391] CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: CARVALHO, José Murilo de (org.). Nação e cidadania no Império: novos horizontes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 12.

[392] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 72.

brasileira do século XIX e início do século XX que, além de não aceitar muito bem a normatividade produzida pelo Estado, resistia à idéia de intervenção do Estado na vida doméstica das pessoas.[393]

Nesse contexto, verifica-se, por um lado, "uma tendência estatal de impor autoritariamente suas regras no âmbito privado, tentando fazer valer uma pretensão de 'absolutismo jurídico', e, de outro lado, a existência de pessoas de carne e osso portadoras de uma tradição, de valores, de uma cultura, enfim, de uma noção viva de direito, ainda que não o direito 'oficial'."[394] Assim sendo, um código com a pretensão de regulamentar as relações envolvendo a esfera privada das pessoas também não era algo de simples anuência para uma sociedade marginalizada, desconfiada com o Estado e que, conforme foi dito, não aprovava a intromissão estatal no âmbito das relações entre os particulares.

Por todo o exposto, nota-se que a idéia de "absolutismo jurídico" no Brasil não pode ser compreendida desconsiderando esses fatores. Os argumentos esboçados servem como exemplos para demonstrar a necessidade de se tomar um cuidado especial com a valorização do papel da lei na formação do direito e da cultura jurídica no Brasil a partir da segunda metade do século XIX. Isso também é válido para compreender a construção da teoria possessória no direito brasileiro da época.

[393] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 73-76.

[394] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX ..., p. 75-76.

CAPÍTULO 3
A POSSE E OS JURISTAS BRASILEIROS EM TEMPOS DE TRANSIÇÃO

3.1 A DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: INÍCIO DA TEORIA POSSESSÓRIA

A construção da regulamentação jurídica da posse no Brasil a partir da segunda metade do século XIX é especialmente fruto de criação doutrinária. Até o advento do Código Civil de 1916 não havia uma legislação sistematizando toda teoria possessória como se observa na codificação citada e no atual Código Civil brasileiro. Encontram-se disposições esparsas em relação à posse nas Ordenações Filipinas[395] e algumas poucas referências nas legislações modernizadoras[396] em matéria de propriedade sem qualquer preocupação em definir um regime jurídico específico e completo para a posse e seus efeitos.

Com isso, o papel desempenhado pela doutrina na elaboração e no desenvolvimento do instituto da posse, ao longo da história do direito brasileiro, é de suma importância. Nos julgados brasileiros sobre a posse analisados (conforme tabelas anexadas no final do trabalho) o número total de citações a autores nacionais e estrangeiros é maior do que o total das referências a textos legislativos encontradas.

As principais "fontes" utilizadas pelos autores nacionais que trabalharam especificamente com a posse, a partir da segunda metade do século XIX, são basicamente as Ordenações Filipinas (a legislação mais citada); o direito romano do

[395] São encontradas referências escassas e assistemáticas sobre a posse nos quatro primeiros livros das Ordenações Filipinas. O elenco das disposições constantes nas Ordenações Filipinas e a análise das disposições sobre a posse, que não constituem objeto do presente trabalho, podem ser encontrados na obra de ALVES, José Carlos Moreira. Posse. v. I (evolução histórica), Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 328-336.

[396] Nos julgados analisados relacionados à posse (conforme tabela 2), além da Lei de Terras (Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850), encontram-se algumas outras referências como leis, alvarás, decretos, regimentos e regulamentos. Entretanto, do ponto de vista quantitativo, essas fontes normativas não "aparecem" com muita freqüência nesses julgados.

Corpus Iuris Civilis (especialmente citações ao Digesto); o direito canônico (verificam-se algumas citações à elasticidade da idéia de posse no direito canônico); e também muitas referências de direito comparado (principalmente aos códigos civis modernos de alguns outros países).

Cabe observar, ainda, que na construção do instituto jurídico posse, no período analisado, os autores nacionais citam muito a doutrina alemã e portuguesa, e também, em menor medida, a doutrina francesa. Nas referências bibliográficas utilizadas pelos autores que participaram da construção da teoria possessória no Brasil verifica-se, conforme será analisado, um grande número de doutrinadores portugueses, mas são os alemães, especialmente Savigny e Ihering, que desfrutam do maior prestígio na doutrina.

No levantamento das obras relacionadas ao tema que foram publicadas no Brasil da segunda metade do século XIX até a aprovação do Código Civil de 1916, verifica-se que os autores nacionais que construíram a teoria possessória no Brasil, desse período, podem ser divididos em dois grandes grupos pela concepção de posse adotada.

No primeiro grupo encontram-se autores que ressaltam em suas obras elementos da concepção subjetiva, citando especialmente Savigny. Nesse primeiro grupo de doutrinadores encontram-se, do ponto de vista temporal, as primeiras obras nacionais que tratam do tema, aproximadamente da segunda metade do século XIX até a penúltima década do mesmo século. No segundo grupo de autores que trazem trabalhos ou menções específicas em relação à teoria possessória, situam-se aqueles que defendem um ideário de posse mais próximo da concepção objetiva atribuída a Ihering. Estes doutrinadores, que podem ser considerados uma "segunda geração" nessa matéria, produziram seus principais trabalhos sobre o tema no período compreendido entre a última década do século XIX e o início do século XX.

Deve ser ressaltado, entretanto, que as idéias defendidas pelos autores, tanto do primeiro quanto do segundo grupo, não são homogêneas, ou seja, não constituem um sistema uniforme e absolutamente coerente, apesar de apresentarem muitas semelhanças. Além disso, embora possam ser identificadas características

explícitas e implícitas sobre as concepções e teorias defendidas, os autores adotam posições muitas vezes contraditórias se analisadas com base na coerência interna de cada uma das teorias.

De acordo com a pesquisa realizada, as primeiras obras que tratam da posse ou fazem referência aos seus efeitos, no direito brasileiro, no Império, são de autores como Augusto Teixeira de Freitas, na "Consolidação das Leis Civis"[397], de 1857 e no "Esboço do Código Civil"[398], de 1864; Lafayette Rodrigues Pereira, em sua importante obra "Direito das cousas"[399], de 1877; Antonio Joaquim Ribas, em "Da posse e das ações possessórias segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canonico"[400], de 1883. Pode ser citada, ainda, a obra do português Lourenço Trigo de Loureiro, denominada "Instituições de direito civil brasileiro"[401], cuja primeira edição é de 1851; também é possível destacar o livro de José de Alencar, intitulado "A propriedade"[402], de 1883; e o "Projecto de Código Civil brazileiro e commentario"[403], de Joaquim Felício dos Santos, publicado em 1886.

Um segundo grupo de autores que contribuíram para a elaboração dos principais conceitos jurídicos em relação à posse no direito brasileiro é composto por Clóvis Beviláqua; destaca-se inicialmente o chamado "Projeto primitivo" de Código Civil, de 1898, posteriormente publicado na obra "Em defesa do projecto de Código Civil

[397] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis. Deve ser observado que a "Consolidação das Leis Civis", de Teixeira de Freitas, possui uma "introdução", obra doutrinária rica e importante no contexto jurídico da época.

[398] FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço do Código Civil. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1864.

[399] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas.

[400] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das acções possessorias: segundo o direito patrio comparado com o direito romano e canonico. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C. Livreiros-Editores, 1883.

[401] LOUREIRO, Lourenço Trigo. Instituições de direito civil brasileiro. Tomos I e II, 4ª edição, Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1871.

[402] ALENCAR, José de. A propriedade. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1883.

[403] SANTOS, Joaquim Felicio dos. Projecto do Codigo Civil brazileiro e commentario. Tomo III, Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1886.

Brazileiro"[404], de 1906, (com muitas das posições repetidas e consagrada no seu manual de "Direito das Cousas"[405]); Nogueira Itagyba, com seu livro "A posse e theoria dos interdictos possessorios"[406], com a primeira edição de 1902; Francisco de Paula Lacerda de Almeida, em "Direito das cousas: exposição systematica desta parte do direito civil patrio"[407], publicado em 1908; Martinho Garcez, no seu manual intitulado "Do direito das coisas: segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro"[408], publicado em 1915. Também podem ser citados Rui Barbosa, com a obra "Posse de direitos pessoais"[409], publicada em 1900; e Antônio Coelho Rodrigues, no seu "Projeto de Código Civil brasileiro"[410], de 1893.

Antes de analisar as diferentes fases ou concepções adotadas sobre a posse no direito brasileiro a partir da segunda metade do século XIX, é interessante destacar um aspecto muito relevante que pode ser verificado em praticamente todos os autores citados na seção anterior: o direito civil brasileiro, especialmente em questões envolvendo os direitos reais e toda a teoria possessória, durante muitos anos foi baseado no chamado "direito comum".

O Brasil, até a codificação civil de 1916, não conheceu uma regulamentação específica, sistemática e com pretensão de completude em matéria de direitos reais e posse, ao menos do ponto de vista de um direito legislado.

---

[404] BEVILÁQUA, Clóvis. Em defesa do projecto de Código Civil brazileiro.

[405] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

[406] ITAGYBA, J. Nogueira. A posse e theoria dos interdictos possessorios. 2ª ed. Rio de Janeiro: edição do autor, 1902.

[407] ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. Direito das cousas: exposição systematica desta parte do direito civil patrio. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor , 1908.

[408] GARCEZ, Martinho. Do direito das coisas segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1915.

[409] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais. In: Barbosa, Rui. O dever do advogado e posse de direitos pessoais. São Paulo: Martin Claret, 2005.

[410] RODRIGUES, Antônio Coelho. Projecto do Código Civil brasileiro. 2ª ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1980.

Lafayette Rodrigues Pereira, no primeiro manual de Direito das Coisas escrito no Brasil, de sua autoria, discorrendo genericamente sobre a aplicação da legislação portuguesa recepcionada pelo direito brasileiro, afirma que "A legislação escripta, cheia de lacunas e omissões, não regula os assumptos de uma maneira cabal e systematica; limita-se, de ordinario, a formular simples alterações e emendas, verdadeiros retoques do corpo preexistente – o Direito Romano."[411]

Teixeira de Freitas, na introdução à "Consolidação das Leis Civis", ao criticar as Ordenações Filipinas e defender a necessidade de uma sistematização do direito civil pátrio, afirma:

> "Aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavão copioso supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que tem sido accusados, ou por fugirem a maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão; mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo, e mais Doutores."
> "Essa fraqueza que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico, a famosa lei de 18 de agosto de 1769 que deu largas ao arbitrio com o titulo de – *boa razão* –, o outro subsidio dos – *estilos e costumes* –, tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas tem chegado a tal ponto, que menos se conhece e estuda o nosso Direito pelas Leis que o constituem, do que pelos Praxistas que as invadirão."[412]

Em outra passagem marcante, Lafayette Rodrigues Pereira fazendo expressa menção aos trabalhos da "pandectística alemã" e da "exegese francesa" ressalta a importância do direito romano no pensamento jurídico moderno, nos seguintes termos:

> "Forão-nos de grande auxilio a elaboração scientifica por que nestes ultimos tempos ha passado o Direito Romano na Allemanha, e os grandes trabalhos de exegese sobre o Codigo Civil Francez."
> "O Direito Romano é ainda, como acima observamos, a fonte mais abundante das regras do nosso Direito."
> "O codigo civil francez, bem como os demais codigos, não são senão a accommodação escripta do Direito Romano á civilização moderna. A decretação

[411] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. IX.

[412] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. VIII.

> desses codigos tirou, é certo, ao Direito Romano a autoridade externa de lei, mas sem embargo, elle conserva uma autoridade talvez maior; - continúa a ser a substancia, a regra, o molde do pensamento jurídico moderno."[413]

Outro exemplo emblemático que sintetiza bem a realidade apontada é verificado nas palavras de Lafayette, em relação ao direito de propriedade, na sua introdução ao "Direito das cousas":

> "O Direito que entre nós regula a propriedade, é ainda o Direito que herdamos de Portugal, salvo uma ou outra refórma parcial e as modificações determinadas pelo novo regimen politico. Direito notável pelo merecimento interno de suas disposições, mas imperfeitissimo na forma externa. (...) Constitue o fundo da sua contextura o Direito Romano no proprio texto latino."[414]

Observa-se o fato desse autor estar discorrendo em 1877 sobre a aplicação do direito português recepcionado pelo direito brasileiro (especialmente as Ordenações Filipinas) justamente em matéria de direito de propriedade, aproximadamente vinte e sete anos após a promulgação da Lei de Terras de 1850. Isso parece indicar que, apesar de existir no Brasil uma legislação específica regulamentando o direito de propriedade, a base do instituto, segundo Lafayette Rodrigues, ainda era o direito romano.

No início do século XX, pouco antes da aprovação do Código Civil de 1916, Martinho Garcez, no seu manual de Direito das Coisas que já estava, segundo o autor, de acordo com o projeto de Código Civil brasileiro de autoria de Clóvis Beviláqua, critica a aplicação do direito romano afirmando:

> "Chega a ser até deprimente e vergonhoso que ainda a justiça brazileira tenha de applicar principios de direito romano para solução de litigios, não por omissão em alguma hypothese, onde o direito romano possa ser invocado como subsidiário, mas por falta absoluta de textos legaes (...) Só nescios podem desejar que continuemos sob o regimen das Ordenações do Reino, até que

[413] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. XIV.

[414] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. IX. Afirma ainda Lafayette, na obra indicada, que "O Direito civil moderno dos povos cultos em matéria de propriedade se construiu sobre as bases do Direito Romano." (p. VII).

> possamos ter um codigo perfeito, isto é, que continuemos na humilhação por um prazo que não póde ser fixado."[415]

No que diz respeito especificamente à posse, ao estudar a doutrina brasileira elaborada a partir da segunda metade do século XIX, verifica-se uma enorme influência do "direito comum". Talvez a teoria possessória possa servir como um dos melhores exemplos da aplicação do "direito comum" nas relações de direito privado do período estudado. No exemplo de Lafayette Rodrigues Pereira fica claro o que se está afirmando:

> "A nossa legislação é totalmente omissa ácerca da posse, sua natureza, modos de adquirir e perder. Existem apenas dispersas nas Ordenações Philipinas e em leis extravagantes algumas disposições relativas ao uso dos remedios possessorios. Neste importantissimo assumpto, como em tantos outros, continúa a vigorar o Direito Romano com as modificações introduzidas pelo uso moderno e pela pratica de julgar."
> "A theoria da posse do Direito Romano é por ventura a parte mais systematica e profunda daquelle Direito."[416]

Além disso, examinando alguns julgados da época específicos sobre a posse, publicados na revista "O Direito", entre 1873 e 1913, merece ser destacado que a fonte formal (legislativa) mais utilizada são as Ordenações Filipinas. Dos cinqüenta e seis julgados analisados, trinta e seis utilizam-se das Ordenações (conforme tabela 2). Outra "fonte formal" bastante utilizada nos julgados estudados é o Digesto, parte integrante do *Corpus Iuris Civilis* (conforme tabela 2).

Ao estudar as principais obras de Direito Civil da época, mais especificamente os manuais acima elencados que tratam do Direito das Coisas e da posse, observam-se referências constantes ao direito romano, ao direito canônico, bem como inúmeras citações e referências às Ordenações Filipinas.

---

[415] GARCEZ, Martinho. Do direito das coisas segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro ..., p. V.

[416] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. 2 (nota de rodapé). Lafayette destaca, entretanto, na mesma nota que "Essa theoria [teoria da posse no Direito Romano], porém, admiravel no ponto de vista scientifico, não póde convir em todo o seu rigor aos povos modernos." (p. 3 – nota de rodapé).

Reforçando o argumento exposto, verifica-se que não há praticamente uma única página da obra de Lourenço Trigo de Loureiro, "Instituições de Direito Civil brasileiro", na parte em que o autor trata "Do domínio, e posse" (Título III, do parágrafo 269 ao parágrafo 294), na qual não se encontra pelo menos uma citação ao *Corpus Iuris Civilis* ou às Ordenações Filipinas.[417] O mesmo comentário pode ser feito sobre o manual elaborado por Lafayette Rodrigues Pereira, "Direito das cousas", na parte em que cuida da regulamentação jurídica da posse.[418] Teixeira de Freitas, nas páginas que dedica à posse na introdução à "Consolidação das Leis Civis", também utiliza muito o direito romano.[419]

Trabalho que merece ser exemplarmente colocada em destaque é a obra de Antonio Joaquim Ribas sobre a posse, cujo título retrata bem a influência do direito comum em matéria possessória: "Da posse e das acções possessorias: segundo o direito patrio comparado com o direito romano e canonico"[420]. Conforme observado, este foi o primeiro livro escrito no direito brasileiro especificamente sobre o tema da posse. O autor elabora as suas idéias tendo como ponto de partida exatamente o direito romano e o direito canônico.

Em defesa da tese de que a posse abrange também os direitos pessoais e não apenas os direitos reais e que, portanto, é possível estender a proteção possessória aos direitos pessoais, Rui Barbosa critica o direito romano em matéria de posse afirmando que tanto na tradição jurídica portuguesa herdada pelo Brasil, como no direito brasileiro da época, as fontes adequadas em matéria possessória (e que deveriam ser aplicadas) são aquelas derivadas do direito canônico.

---

[417] LOUREIRO, Lourenço Trigo. Instituições de direito civil brasileiro. Tomo I ..., p. 223-239.

[418] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. 09-71.

[419] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. CXLVIII – CLVIII. Teixeira de Freitas, nas onze páginas indicadas em que trabalha com a posse, faz mais de dez citações em notas de rodapé ao *Corpus Iuris Civilis*.

[420] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das acções possessorias: segundo o direito patrio comparado com o direito romano e canonico.

Sustentando a autoridade do direito canônico em matéria de posse (apesar do que dispunha a "Lei da Boa Razão"), afirma Rui Barbosa: "É, pois, no direito canônico, cuja influência histórica na legislação pátria não podem ocultar os mais decididos romanistas, a que tantas vezes se referem as Ordenações, e que durante séculos desfrutou a autoridade de subsidiário ao civil, é no direito canônico, não no romano, por ele vencido nesta parte, ao menos entre nós, que se acham as fontes imediatas da jurisprudência possessória na tradição portuguesa."[421] O autor aponta, nessa mesma linha, que em praticamente toda a Europa (ocidental), salvo pequenas exceções, "o direito civil contemporâneo em matéria de posse não é o que a jurisprudência romana herdou à Idade Média, mas o que as instituições seculares dos tempos modernos herdaram do direito canônico."[422]

Para Rui Barbosa, o direito romano na regulamentação das questões jurídicas envolvendo a posse havia sido superado pelo direito canônico. O conflito e a necessidade de compatibilização entre estes dois "direitos", o canônico e o romano, constituem uma característica típica de uma ordem jurídica baseada no "direito comum".

Além de sustentar a possibilidade da posse de direitos pessoais e sua proteção pelos interditos possessórios valendo-se, em sua fundamentação, da autoridade do direito canônico, Rui Barbosa destaca que esta era "justamente a praxe muitas vezes secular dos tribunais na metrópole e no Brasil, antes e depois da independência, o que assentou na jurisprudência brasileira o uso dos interditos em proteção da posse nos direitos pessoais."[423] No entender desse autor, tanto a jurisprudência portuguesa como a brasileira, antes e depois da independência, admitiam a tutela possessória de direitos pessoais.

---

[421] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 52-53.

[422] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 84. Rui Barbosa, na obra citada, afirma ainda que "a ciência jurídica dos nossos dias, iluminada pela erudição de investigadores severos e pela razão de grandes pensadores, confrontando a obra dos jurisconsultos com a dos canonistas, reconhece que, se não fosse o progresso realizado por estes, a obra daqueles não satisfaria às exigências da vida hodierna, em que a garantia dos direitos pessoais assumiu uma importância desconhecida aos antigos." (p. 84-85).

[423] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 85.

Ao criticar os juristas brasileiros que não reconheciam a posse para além dos direitos reais e a aplicação dessa idéia aos direitos imateriais,[424] Rui Barbosa cita, como exemplos da jurisprudência pátria, julgados específicos do final do século XIX em que se admitiam a posse e a tutela possessória em questões envolvendo direitos pessoais.[425] No final de sua argumentação, o autor sustenta a sua tese com o argumento de que o "direito em atividade [que reconhece a posse de direitos pessoais], o direito animado, o direito em circulação, o direito atestado pelo consenso geral dos arestos, o direito formado pelo usucapião imemorial da praxe, opõe-se ao romanismo desse núcleo estreito de juristas brasileiros, que supuseram petrificada e cristalizada para sempre a noção da posse na fórmula primitiva."[426]

Nas palavras acima transcritas restam evidentes a necessidade de adaptação dos textos antigos ao novo contexto e o papel desempenhado pelo intérprete na atividade de aplicação do direito. Rui Barbosa, na defesa da posse de direitos pessoais, vale-se de argumentação baseada nas práticas e nos costumes materializados na jurisprudência portuguesa e brasileira.

No pensamento de Rui Barbosa observam-se muitos elementos de *ius commune*, mas também muito da tipicidade do direito brasileiro na "utilização" dessas fontes. Na defesa realizada por Rui Barbosa da preponderância do direito canônico em relação ao direito romano nas questões envolvendo a posse, verifica-se o conflito existente entre estas fontes, o papel da interpretação e a necessidade de eventuais "adaptações" das fontes ao contexto jurídico brasileiro.

---

[424] Rui Barbosa, nessa parte da sua obra, cita o nome de Antonio Joaquim Ribas como o grande exemplo entre os autores brasileiros que não admitem a posse de direitos pessoais e a aplicação dessa idéia de posse aos direitos imateriais. De acordo com Rui Barbosa, "Entre os jurisconsultos brasileiros que, rompendo com quatro séculos de tradição constante, pretendem reduzir a posse jurídica, a posse tutelada pelos interditos, à esfera da propriedade corpórea e seus desmembramentos, a culminância, o cimo dos cimos, o vértice iluminado, de onde baixa a verdade, é o nome de Ribas." (BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 91).

[425] Os acórdãos citados por Rui Barbosa podem ser encontrados na revista "O Direito" nos seguintes volumes: IV (p. 475); XLIII (p. 468-478); e XLV (p. 443-449).

[426] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 90.

Cabe ressaltar que, ao menos nessa questão, o período estudado parece ser efetivamente de transição. Uma trajetória lenta e permeada de contradições especialmente em relação às fontes utilizadas no direito civil brasileiro em matéria de posse.

3.2 O INDEFINIDO LUGAR DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO

Muitos dos autores já citados, como Teixeira de Freitas, Laffayete Rodrigues e Antonio Joaquim Ribas, identificam, em menor ou maior medida, a importância do direito romano e do canônico para a construção da teoria possessória, bem como utilizam amplamente as Ordenações Filipinas (legislação existente e em vigor no Brasil, conforme anteriormente observado); ocorre que esses mesmos autores também reconhecem a insuficiência das Ordenações em regulamentar a matéria e pontuam limites à utilização do direito romano e do direito canônico não apenas em questões envolvendo a posse.

Em relação à utilização das Ordenações Filipinas no direito civil brasileiro, Antonio Joaquim Ribas revela o seu descontentamento ao dizer que "Dos cincos livros das Ordenações Philipinas quase que só o 4º é destinado á theoria do direito civil. Mas os seus preceitos, além de nimiamente deficientes, e formulados sem ordem, não estão ao par das necessidades da sociedade actual e dos progressos da sciencia juridica."[427]

Ainda, segundo Antonio Ribas, os defeitos dessas Ordenações "têm sido officialmente reconhecidos, e por vezes tem-se tentado novas modificações da legislação civil."[428] Palavras que, na opinião do autor, demonstram a falta de

[427] RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro: introdução ao estudo do direito civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, p. 77.

[428] RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro ..., p. 77.

sistematicidade e a incompletude das Ordenações, além de indicar a necessidade de uma mudança em relação às fontes legislativas do direito civil.

Apesar de reconhecer a importância do direito romano para o direito em geral e para o direito civil brasileiro em particular, Lafayette Rodrigues Pereira sustenta, de acordo com o estabelecido na "Lei da Boa Razão", que este (o direito romano) não poderia deixar de ser considerado como fonte subsidiária do ordenamento jurídico pátrio, nos seguintes termos:

> "Embora seja a principal e mais abundante fonte do nosso dogma jurídico, o Direito Romano só intervem na formação do nosso Direito objectivo, como direito meramente subsidiário. Ainda mais: as suas disposições não valem por si sós; carecem ainda de reunir um caracter extrinseco e de sua natureza vago e indefinido – a conformidade com a boa razão, ou com as legislações dos povos cultos, as vezes divergentes entre si. Falta-lhe, pois, o predicado de lei escripta."[429]

Em perspectiva próxima, Antonio Joaquim Ribas, além de reconhecer expressamente que o momento (final do século XIX) representava um período de mudanças,[430] revela o seu descontentamento com o direito romano e a necessidade de, pelo uso da razão (ou da "boa razão"), repensar o direito. Segundo o autor,

> "(...) o romanismo, por maior que seja o seu valor, não podia consubstanciar-se com o direito, de sorte que se lhe tornasse uma fórma eterna e immutavel. A civilisação moderna devia, pois, aspirar por outras fórmas do direito que melhor se harmonisassem com os elementos que a constituem."
> "Com effeito a razão, repellindo a autoridade absoluta dos jurisconsultos romanos, foi procurar nas regiões da especulação doutrinas mais puras e elevadas. É pelo duplo estudo dessas theorias, e das condições historicas de cada nação, que se póde chegar a conceber as novas formas de que nellas se deve hoje revestir o direito."[431]

---

[429] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. IX – X.

[430] Antonio Joaquim Ribas, na prefação à obra "A propriedade", de José de Alencar, ao tecer alguns elogios ao livro publicado em 1883 afirma que "elle é antes uma obra de critica e de reforma do Direito existente; e, no periodo de transição em que vivemos, nenhum trabalho juridico póde ser mais opportuno do que aquelle que tem por fim facilitar e encaminhar acertadamente essa transição." (RIBAS, Antonio Joaquim. Prefação. In: ALENCAR, José de. A propriedade. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1883, p.VII).

[431] RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro ..., p. 15.

Em 1883, o mesmo autor das palavras acima citadas, Antonio Joaquim Ribas, na "prefação" do primeiro livro escrito no Brasil sobre a posse no direito, afirma: "Forão os romanos de quem recebêmos esta theoria da posse e dos respectivos interdictos. (...) Mas, na sua aclimatação, entre nós, teve ella de soffrer profundas modificações."[432] Palavras que revelam o descontentamento com a situação existente na época e indicam a necessidade de uma espécie de "adaptação" da teoria possessória romana ao contexto brasileiro.

Outra constatação relevante que demonstra a peculiaridade desse período de transição diz respeito às tentativas de codificação do direito civil brasileiro. Não é possível esquecer, conforme indicado anteriormente, os vários projetos elaborados a partir da segunda metade do século XIX por Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues todos abandonados por diversas razões.[433] Os projetos representam uma tentativa, mas também revelam a dificuldade, de se consagrar uma legislação sistemática e com pretensão de completude em matéria de direito privado comum e conseqüentemente em relação à teoria possessória.

Algo interessante encontrado na pesquisa realizada com os julgados sobre a posse, decisões publicadas na revista "O Direito", é a constatação que em um número significativo de decisões a "Consolidação das Leis Civis" de Teixeira de Freitas foi amplamente utilizada (conforme tabela 2).[434]

---

[432] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias: segundo o direito patrio comparado com o Direito Romano e Canonico.

[433] Não constitui objeto do presente trabalho a análise específica dos motivos pelos quais os projetos foram abandonados. Sobre o assunto, vide FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil do século XIX ..., p. 61-76; GOMES. Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 03-13; MIRANDA, Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro ..., p. 79-96.

[434] Segundo explicação de Samuel Rodrigues Barbosa, "Pode ser um truísmo dizer que a Consolidação das Leis Civis não seja um Código, na medida em que não é um direito novo. O contrato com o governo Imperial definia o objetivo: 'consiste a consolidação em mostrar o último estado da Legislação'. Porém, a importância racionalizadora da Consolidação tem a ver com características codificadoras que estão presentes. Tal meio de difusão e seleção da complexidade do direito civil tem, pois, uma importante peculiaridade: a Consolidação fez às vezes de um Código com validade empírica." (BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação ..., p. 369).

Além disso, muitos dos autores que trabalharam com o tema da posse no direito brasileiro, a partir da segunda metade do século XIX, fazem menções a Códigos Civis de outros países, notadamente ao Código Civil francês de 1804, ao Código Civil português de 1867 e ao Código Civil alemão de 1900. Entretanto, deve ser destacado que não são apenas esses três grandes códigos que são utilizados pelos autores brasileiros que trabalharam com a posse no Brasil no período estudado.

Antes mesmo do surgimento dos Códigos português e alemão, Teixeira de Freitas, ao elaborar o "Esboço de Código Civil", foi muito influenciado pelo Código Civil da Prússia, utilizando muitos dos artigos dessa legislação, promulgada em 1794, como base para o seu projeto.[435] O autor da "Consolidação das Leis Civis", além de utilizar o Código Civil da Prússia,[436] cita ainda o Código da Baviera,[437] publicado em 1756, o Código Civil francês e outros Códigos Civis de diversos países[438]. Sem nenhuma pretensão de dar conta de todos os Códigos Civis citados por Teixeira de Freitas, também são encontradas na introdução à "Consolidação das Leis Civis" menções dos "Códigos da Sardenha, Duas-Sicilias, Luisiana, Ducado de Baden, dos Cantões de Vaud e de

---

[435] Segundo José Carlos Moreira Alves, "É manifesta a influência exercida, no Esboço, por Savigny e pelo código da Prússia. Vários de seus artigos, no tocante à posse, se inspiram no *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* (ALR). Por vezes, porém, a nomenclatura é análoga, mas o sentido diferente." (ALVES, José Carlos Moreira. Posse. v. I (evolução histórica) ..., p. 339).

[436] Sobre o Código Civil da Prússia, ressalta Teixeira de Freitas que "é parte integrante do – Codigo Geral para os Estados Prussianos –, que contém a legislação comercial, administrativa, e criminal. Não se deve confundir este Codigo com a obra conhecida pelo nome de – *Codigo Frederico* –, publicada em 1749 e 1751, e organisada pelo Chanceller – Coccêo." (FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. XXVIII, nota de rodapé).

[437] Apesar de citar o Código Civil da Baviera publicado em 1756, Teixeira de Freitas esclarece: "Não conhecemos o Codigo da Baviera, senão pelos fragmentos deslocados da Concord. De Saint-Joseph. Este codigo (diz elle pag. 26 Ed. Franc.) é quase inteiramente moldado sobre o Direito Romano." (FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. XXVIII, nota de rodapé).

[438] É importante, entretanto, não considerar todos estes Códigos de maneira homogênea, como se fossem frutos de uma mesma maneira de compreender o direito. Sobre esse assunto, verificar as seguintes obras: GROSSI, Paolo. Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica. In: Il bicentenario del Codice Napoleonico (Atti dei convegni lincei 221). Roma: Bardi Editore – Editore Commerciale, 2006, p. 19-42; CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno: la Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità ..., p. 11-68; CAPPELLINI, Paolo. Sistema jurídico e codificação. Curitiba: Juruá, 2007.

Friburgo"[439]; todos estes, segundo o autor, formando um mesmo grupo com as mesmas divisões gerais do Código Civil francês. Ainda, são citados por Teixeira de Freitas outros Códigos que não seguiram a mesma ordem do Código Civil francês, como o "Código Civil Austriaco de 1811, o do Cantão de Berne de 1831, e o da Hollanda de 1838."[440]

Lafayette Rodrigues Pereira, apenas na parte em que cuida da posse, no seu manual de "Direito das cousas", além de fazer referências à "Consolidação das Leis Civis", de Teixeira de Freitas, cita inúmeras vezes outras legislações estrangeiras, como o Código Civil francês de 1804, o Código Civil português de 1867, o Código Civil do Chile de 1856 e o Código da Luisiana.[441]

Em passagem interessante sobre a possibilidade de considerar a posse sem o contato físico do sujeito sobre o bem, a chamada posse sem apreensão, esclarece Lafayette Rodrigues Pereira que "Esta especie de posse, desconhecida no Direito Romano, é uma invenção do Direito Moderno: achava-se ella consagrada em quasi todos os Codigos das nações cultas. Vej. Cod. Civil Fr., art. 724 (saisine legale ou hereditaire), e Cod. Civil Port., art. 483."[442]

Mesmo no livro de Lourenço Trigo de Loureiro, "Instituições de Direito Civil Brasileiro", uma obra caracterizada por suas inúmeras referências ao *Corpus Iuris Civilis* e às Ordenações Filipinas, encontram-se aplicações específicas do Código Civil francês, por exemplo, em matéria de prescrição em geral e também em relação à usucapião, chamada por ele de prescrição aquisitiva.[443]

---

[439] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. XXXI.

[440] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. XXXI.

[441] Apenas nas páginas em que cuida especificamente da posse (p. 09 – 71), Lafayette Rodrigues Pereira cita três vezes a Consolidação das Leis Civis (p. 62, 63, 67); três vezes o Código Civil francês (p. 10, 27, 35); três vezes o Código Civil da Luisiana (p. 45, 46, 65); oito vezes o Código Civil do Chile (p. 10, 13, 23, 45, 58, 65, 66, 67); e oito vezes o Código Civil português (p. 10, 13, 22, 35, 56, 63, 67, 70). (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas).

[442] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas, p. 35 (nota de rodapé). Sobre a posse sem apreensão, Lafayette explica, na mesma obra citada, que "Tal é a posse que se transfere por sucessão. Pela simples abertura da sucessão adquirem os herdeiros, legitimos ou escriptos, independentemente de apprehensão de sua parte, a posse civil que tinha o defunto. (...) Este genero de posse é uma creação abstracta da lei (...)" (p. 35).

[443] Apenas como exemplo, Lourenço Trigo Loureiro ao tratar da prescrição e da usucapião, assevera citando o

Principalmente autores que produziram no final do século XIX e no início do século XX fazem inúmeras menções e utilizam Códigos de outros países na elaboração e defesa de suas posições em relação à teoria possessória adotada. No seu livro "Posse de direitos pessoais", Rui Barbosa cita como exemplos de códigos que admitem a posse de direitos pessoais os Códigos Civis português, espanhol, francês, italiano, holandês e chileno; além disso, faz referência ao direito russo e às legislações alemãs da época.[444] Outro exemplo importante parece ser extraído de passagens de Clóvis Beviláqua, que cita o Código Civil francês, o italiano, o suíço, o alemão, o português, o argentino, entre outros.

Em parte da jurisprudência do período, de acordo com a análise dos julgados específicos sobre a posse publicados na revista "O Direito", ainda que de forma mais tímida, verificam-se citações a disposições do Código Civil francês, do Código Civil da Prússia, do Código Civil do Chile e do Código Civil alemão (conforme tabela 2).

Tudo isso indica que, apesar da utilização das fontes tradicionais (Ordenações Filipinas, direito romano e canônico) e, por isso, da permanência de algumas características típicas de "direito comum" no direito brasileiro do período analisado, existia no Brasil uma forte preocupação com a mudança e com a "modernização" do direito civil.[445]

Código Civil francês, no art. 2223, que "o Juiz não a póde applicar, sem que o interessado a tenha allegado", e também no art. 2236 "Que o devedor não se póde fundar nella para repetir aquillo, que pagou voluntariamente, porque esse seu facto importa reconhecimento da divida". E, fazendo expressa referência ao art. 2220, do mesmo diploma legislativo, entende "Que não se póde renunciar antecipadamente" à prescrição. (LOUREIRO, Lourenço Trigo. Instituições de direito civil brasileiro. Tomo II ..., p. 189).

[444] Nas palavras de Rui Barbosa, "Os autores do código civil português não repudiaram a tradição pátria. 'Diz-se posse' estatui ele, no art. 474, 'a retenção ou fruição de qualquer cousa ou direito.' No mesmo sentido se pronuncia o código espanhol, conformando-se com as idéias geralmente reinantes na península, o código francês, o italiano, o holandês, o chileno. Nas legislações alemãs contemporâneas, excetuadas a saxônia e a bávara, era, por via de regra, admitida a posse de direitos. No direito civil russo, a doutrina é a mesma." (BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 82).

[445] Cabe ressaltar, conforme anteriormente observado, que as legislações estrangeiras das "Nações Christãs, illuminadas e polidas", de acordo com o disposto no parágrafo 9, da "Lei da Boa Razão", poderiam ser utilizadas como fontes subsidiárias do direito nacional.

Entretanto, mudar essa realidade não era tarefa fácil. Se, por um lado, a utilização de códigos estrangeiros e as tentativas de codificação apontam para a "modernização" do direito nacional e são indicadores de alguma ruptura com a cultura jurídica anterior; por outro lado, os projetos abandonados de Código Civil (Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues), bem como a tardia aprovação de um Código Civil que só ocorre em 1916 (Código Beviláqua), demonstram uma dificuldade de realizar mudanças e refletem algumas permanências de uma ordem jurídica com características pré-modernas. A contradição acima indicada parece confirmar a hipótese de transição e ressalta um aspecto importante e peculiar do direito brasileiro no período compreendido entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX.

3.3 A TEORIA SUBJETIVA NA "PRIMEIRA GERAÇÃO" E SUAS CONTRADIÇÕES

Outro aspecto muito importante, nesse percurso histórico, diz respeito às "fontes" doutrinárias utilizadas pelos autores nacionais em matéria de posse. Na construção da teoria brasileira do período a doutrina estrangeira exerceu uma enorme influência. São freqüentes, nas obras publicadas por autores nacionais, as citações a pensadores portugueses, alemães, franceses, entre outros. Dentre os autores estrangeiros mais referenciados, dois alemães se destacam: Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Ihering.[446]

Conforme foi indicado no início deste capítulo, os autores nacionais que contribuíram para a construção da teoria possessória no direito brasileiro da segunda metade do século XIX até o início do século XX podem ser divididos em dois grandes

[446] Deve ser observado, entretanto, que nos julgados analisados, embora existam algumas referências ao pensamento de Savigny e, em quantidade muito inferior, Ihering, verifica-se um número expressivo de citações a autores portugueses (conforme tabela 1).

grupos pela concepção de posse adotada, ora mais vinculada ao pensamento de Savigny, ora de Ihering.

Apesar da existência de muitos outros autores de diversas nacionalidades que trabalharam com a posse antes e depois dos dois grandes pensadores alemães, o eixo principal da discussão doutrinária sobre as diversas questões possessórias, não apenas no ordenamento jurídico nacional, acabou sendo estabelecido pelos autores acima citados e por suas teorias (Subjetiva e Objetiva). Segundo Clóvis Beviláqua, "Outras theorias têm apparecido; mas ou são modificações das apontadas; ou são de valor somenos."[447] Pode-se afirmar que, a partir da segunda metade do século XIX, pelo menos em solo brasileiro, praticamente não há autor que não parta ora do sistema de pensamento de Savigny, ora de Ihering (dependendo da época analisada), para explicar e sustentar boa parte do regime jurídico da posse.

Não é possível compreender no Brasil a conformação jurídica da matéria possessória sem conhecer, ainda que em linhas gerais, as duas teorias e suas conseqüências no direito positivo nacional. Isto porque toda a formação histórica da idéia de posse no direito brasileiro, a partir da segunda metade do século XIX, acaba tendo como ponto de partida e núcleo fundamental (ainda que não exclusivo) exatamente uma das teorias mencionadas ou elementos das teorias consagradas por esses autores, dependendo principalmente do período analisado.

O que merece ser destacado, entretanto, é que essa maneira de compreender a posse, partindo das divergências entre os autores mencionados, resulta muito mais da própria elaboração teórica de Ihering, que procurou diferenciar as suas idéias da elaboração teórica realizada anteriormente por Savigny. Conforme explicita António Menezes Cordeiro, "A contraposição entre a concepção subjectivista e a concepção objectivista, tal como resultou da pena de Ihering, faz parte das diversas exposições sobre a posse. É interessante acentuar que o subjectivismo passou a ser

[447] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas ..., p. 19.

reconhecido, como tal após a imagem que, dele e para o criticar, deu o próprio Jhering."[448]

Por esse motivo, a clareza nos critérios de diferenciação entre os sistemas de regulação da posse propostos pelas chamadas Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva só aparece, na doutrina jurídica brasileira, nos últimos anos do século XIX e início do século XX, após a introdução e consagração no Brasil das idéias de Ihering sobre a posse no direito.

Destaca-se, entretanto, que não constitui finalidade do presente trabalho a análise detalhada das duas doutrinas e de elaborações subseqüentes no direito alemão e em outras nações que se utilizam de elementos subjetivos e objetivos na regulamentação jurídica da posse. Também não faz parte do objeto da pesquisa um estudo minucioso sobre as diversas discussões sobre a noção de posse e sua importância no direito contemporâneo.[449] O objetivo é demonstrar como essa relevante discussão doutrinária, envolvendo os dois autores citados, foi "recebida" e "utilizada" na formação da idéia de posse no direito brasileiro.

Conforme foi observado, é possível identificar uma primeira "geração" ou posição adotada na doutrina jurídica brasileira, da segunda metade do século XIX, sobre a idéia de posse no direito. As idéias defendidas por Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues Pereira, Antonio Joaquim Ribas, Lourenço Trigo de Loureiro, José de Alencar e Joaquim Felício dos Santos compartilham de uma mesma concepção de posse marcada pela preponderância do elemento subjetivo na definição do instituto. Tal concepção, que ficou conhecida como Teoria Subjetiva, é identificada com o pensamento de Savigny.

---

[448] CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais ..., p. 26.

[449] Sobre esse assunto, vide GIL, António Hernandez. La función social de la posesión; GIL, António Hernandez. La posesión. Madrid: Editorial Civitas, 1980; CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais; FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural; SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica, In: RODRIGUES, Manuel. A posse estudo de Direito Civil português, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. VII-CXXI.

Teixeira de Freitas em suas referências sobre a posse assume expressamente a orientação subjetiva. Na elaboração da "Consolidação das Leis Civis", em 1857, e do "Esboço do Código Civil", em 1864, o autor sofreu uma profunda influência da teoria possessória elaborada por Savigny. Ihering não havia publicado ainda suas principais obras sobre a posse, sendo que a primeira, "Sobre o fundamento da proteção possessória", é de 1868, e a segunda, intitulada "A vontade possessória: para uma crítica do método jurídico dominante", foi publicada apenas em 1889. Freitas não conhecia a teoria que ficou conhecida como "objetiva".

Na introdução à "Consolidação das Leis Civis", Teixeira de Freitas, citando inúmeras vezes a obra de Savigny (chamado por ele de "sábio", "admirável" e "profundo"[450]), afirma categoricamente que todas as suas idéias sobre a posse dizem respeito ao autor alemão. Nas palavras de Teixeira de Freitas, "Todas as nossas idéias sobre a posse são as mesmas deste Escritor [Savigny]"[451]. No seu "Esboço de Código Civil" a influência de Savigny é absolutamente evidente.

Na "Introdução à Consolidação das Leis Civis", Freitas entende que "A detenção forma a base de toda a idéa de posse, e sua noção não é uma noção jurídica. A posse existe, quando a detenção (*corpus* ou *factum*) é acompanhada de uma certa vontade (*animus sibi habendi*)"[452]. Comentando o projeto de Seabra Fagundes do Código Civil português, em 1859, Teixeira de Freitas assevera que "o que o Projecto [Seabra] define é mais a detenção, do que a posse; pois que não ha posse sem o *animus domini*. O proprio Ahrens diz, que se entende por posse a detenção de uma cousa com a intenção de a ter, como um direito proprio."[453]

Além das palavras acima citadas, observa-se claramente no "Esboço de Código Civil", de Teixeira de Freitas, a adoção do elemento subjetivo (*animus*) como

[450] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. CXLII, CXLVIII e CLVI.

[451] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. CLVI (nota de rodapé).

[452] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. CLVI (nota de rodapé).

[453] FREITAS, Augusto Teixeira de. Nova apostilla à censura sobre o projecto do Código Civil portuguez por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 113.

caracterizador da posse. No art. 3.709, do seu "Esboço", Teixeira de Freitas propõe que "Haverá posse, quando alguém, por si ou por outrem, se achar na possibilidade de exercer atos dominicais sobre alguma coisa com a intenção de ter direito de possuí-la."[454] Também no art. 3.710 o elemento subjetivo é ressaltado, nos seguintes termos: "Quem estiver nas circunstâncias do artigo antecedente, será possuidor, ainda que não detenha materialmente a coisa, e tenha ao mesmo tempo a intenção de possuir em nome de outrem."[455] É exatamente o elemento "animus" que faz com que a teoria adotada seja chamada de subjetiva.

A posse no pensamento de Lafayette Rodrigues Pereira também carrega traços marcantes do subjetivismo de Savigny. Lafayette Rodrigues Pereira, nas primeiras setenta e uma páginas do seu manual de "Direito das cousas", exatamente na parte em que cuida da introdução ao direito das coisas e da teoria possessória, faz aproximadamente oitenta referências em notas de rodapé ao pensamento de Savigny, aliás, o autor mais citado por Lafayette na obra indicada.[456]

Para o autor do primeiro manual de direito das coisas escrito no Brasil e o mais citado nos julgados analisados em matéria possessória,[457] a "posse consiste no poder de dispor physicamente da cousa, com a intenção de dono, e de defende-la contra as aggressões de terceiros." (...) "Presupõe, portanto, uma cousa physicamente submettida á dominação da nossa vontade."[458] Não há, portanto, posse sem o elemento "vontade", uma coisa submetida ao poder da vontade do seu titular.

Em outra passagem, discorrendo sobre os elementos que constituem a posse, Lafayette Rodrigues Pereira entende que a posse "consta de dous elementos: um

---

[454] FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço do Código Civil ..., p. 541.

[455] FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço do Código Civil ..., p. 541.

[456] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. 01-71.

[457] Examinando os julgados da época em relação à posse, publicados na revista "O Direito" pode-se afirmar que o "grande jurisconsulto do Império" em matéria de posse e direitos reais, ao menos quantitativamente, foi Lafayette Rodrigues Pereira, o autor mais "utilizado" (conforme tabela 1).

[458] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. 09-10.

material (corpus), - a detenção physica da cousa; outro moral, (animus) – a intenção de ter a cousa como propria." (...) "A posse resulta da união destes elementos. Um delles sem o outro é insufficiente para gera-la."[459] Nas palavras de Lafayette Rodrigues Pereira nota-se a imprescindibilidade do elemento subjetivo para a caracterização da posse.

Outro representante da "primeira geração" que procurou estabelecer o conceito de posse no direito brasileiro, Antonio Joaquim Ribas (também muito citado nos julgados da época que foram analisados – conforme tabela 1), em obra específica sobre a posse, depois de apresentar algumas "escolas" que trabalham com a noção jurídica de posse e sublinhar a "multiplicidade e fluctuação de idéas"[460] nessa área do pensamento, indica que "O meio mais seguro de acerto é sem duvida recorrermos, coadjuvados por Savigny, ás fontes do direito romano, pois que o patrio é, neste assumpto, completamente deficiente."[461] Verifica-se também, tanto no "Curso de Direito Civil brasileiro" como na obra "Da posse e das ações possessórias: segundo o direito patrio comparado com o Direito Romano e Canonico" de Antonio Joaquim Ribas, várias menções da obra de Savigny.

Antonio Joaquim Ribas, no mesmo rumo traçado pelos autores indicados nos parágrafos precedentes, recorrendo às fontes romanas, baseado em Savigny, afirma que por ser "a posse o imperio que exercemos sobre as cousas para o fim de podermos dispôr dellas, como o proprietário dispõe daquillo que lhe pertence"[462] são necessários dois elementos para a sua existência, o primeiro é a necessidade de detenção da coisa e o segundo é "O animo de possui-la para si."[463]

Sobre este último elemento, Joaquim Ribas explica "O animo de possuir consiste na vontade de ter a cousa sob seu poder para dispôr della, como senhor,

---

[459] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das cousas ..., p. 14.

[460] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 24.

[461] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 24.

[462] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 9.

[463] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 9.

isto é, - para exercer nella a sua acção com a mesma amplitude com que o proprietário a exerce sobre as cousas que lhe pertencem."[464] Ainda, de acordo com Antonio Joaquim Ribas, esta vontade que permite ao sujeito dispor da coisa "É o que os jurisconsultos denominão *animus domini*, ou *animus sibi habendi*."[465] Parece não haver dúvidas da posição (subjetiva) adotada pelo autor citado.

No projeto de Código Civil de Joaquim Felicio dos Santos a concepção subjetiva também é identificada. Segundo o autor, "A detenção é um dos elementos da posse; mas não é posse no sentido juridico." (...) "Em sentido jurídico, além da detenção da cousa, é indispensável que haja o animo do proprietário."[466] No art. 1297, do projeto de Código Civil, Felicio dos Santos propõe: "Art. 1297 – Se diz possuidor, aquele que, com ânimo de proprietário, detém uma coisa ou exerce um direito, ou detenha a coisa, ou exerça o direito por si ou por outrem em seu nome. Tal detenção da coisa ou exercício do direito se diz posse."[467]

Para Joaquim Felicio dos Santos, mesmo o ladrão e aquele que compra uma coisa de alguém que não é dono, apesar de não serem proprietários do bem, seriam possuidores, isso porque ambos teriam o "elemento essencial" da posse que é chamado de "animo do proprietário"[468].

Posição muito parecida é defendida por José de Alencar. Apesar de ser mais conhecido pelas obras "o Guarany" e "Iracema", José de Alencar é autor de um livro de Direitos Reais intitulado "A Propriedade". Na obra citada o autor também

---

[464] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 11.

[465] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 11. Antonio Joaquim Ribas, na mesma obra citada, também estabelece a diferença entre a posse e a propriedade a partir do elemento volitivo, nos seguintes termos: "Para a simples *detenção*, como fica dito, é indispensável, mas sufficiente, o *animus habendi*; pois, é preciso que a cousa seja intencionalmente detida, embora possa se-lo afim de submette-la á vontade alheia." (...) "Para a posse, porém, é essencial que ella seja detida, afim de ficar sujeita á vontade de quem a detem, isto é, o – *animus sibi habendi*." (p. 12).

[466] SANTOS, Joaquim Felicio dos. Projecto do Codigo Civil brazileiro e commentario ..., p. 20.

[467] SANTOS, Joaquim Felicio dos. Projecto do Codigo Civil brazileiro e commentario ..., p. 20.

[468] SANTOS, Joaquim Felicio dos. Projecto do Codigo Civil brazileiro e commentario ...., p. 24.

escreveu um capítulo interessante sobre a posse, apesar de muito pouco citado ao menos nos julgados que foram catalogados e examinados.[469] Adotando expressamente elementos da concepção subjetiva, José de Alencar afirma:

> "A jurisprudencia distingue duas especies de posse, civil e natural, ou perfeita e imperfeita, conforme a phraseologia do codigo da Prussia. A perfeita é daquelle que possue com animo de ter – *animo possidendi*; os romanos chamavam esta *civilis possessio*. A imperfeita é daquelle que possue materialmente a – *nuda detentio*, sem vontade de fazer sua a cousa: os romanos chamavam esta – *corporalis possessio*."[470]

Em outra passagem, José de Alencar, discorrendo sobre os requisitos da posse para a usucapião, defende a idéia que a "posse perfeita quando revestida dos requisitos legaes (*da boa fé e publicidade*), conduz à prescripção acquisitiva. Terminado o prazo legal, a propriedade se devolve do primitivo senhor ao actual em virtude da posse anterior, sem dependencia de nenhuma outra condição."[471] Mas o que deve ser destacado, segundo o autor, é que o "animo com que o individuo começou a possuir é o mesmo com que elle começa agora a ter: os jurisconsultos o chamam indistinctamente *animus possidendi ou animus domini*, quér em relação à simples posse, quér em relação a occupação primaria."[472] Assim, segundo Alencar, é incontestável que "o animo de fazer sua a cousa existe na posse prescritiva,"[473] e este *animus* significa uma "intenção [que] não pode ser outra senão a de senhor, intenção igual a que teria o caçador se apropriando da caça. (...) Esse elemento jurídico, a intenção acha-se pois tanto na posse como no dominio."[474]

---

[469] Na pesquisa realizada na revista "O Direito", não se encontrou nenhuma menção específica à obra "A Propriedade" de José de Alencar (conforme tabela 1).

[470] ALENCAR, José de. A propriedade ..., p. 162. José de Alencar, citando Savigny, afirma que existe uma "terceira espécie, a daquelle que possue com animo de posse e não de propriedade, tal como o marido a respeito do dote da mulher, e que se poderia chamar posse pretoriana por lhe serem applicaveis os interdictos." (p. 163).

[471] ALENCAR, José de. A propriedade ..., p. 163.

[472] ALENCAR, José de. A propriedade ..., p. 163.

[473] ALENCAR, José de. A propriedade ..., p. 163.

[474] ALENCAR, José de. A propriedade ..., p. 163.

Nota-se, portanto, nas opiniões acima retratadas, que sem o ânimo, que para muitos é definido como a vontade de se apropriar do bem, agir como se fosse o dono ou senhor da coisa, não existe posse. Sem dúvida, a teoria subjetiva, ainda que considerada por muitos autores como uma teoria autônoma em relação ao direito de propriedade,[475] constitui e é fruto dos novos tempos proprietários.

O que deve ser posto em destaque, nesta parte do estudo sobre as idéias dos autores que foram colocados na "primeira geração", são as contradições e as peculiaridades que caracterizam a posse no pensamento jurídico desses personagens. Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues Pereira, Antonio Joaquim Ribas, Lourenço Trigo de Loureiro, José de Alencar e Joaquim Felício dos Santos, apesar de adotarem concepções próximas acerca da posse, marcadas pela preponderância do elemento subjetivo na definição do instituto, também apresentam muito do que posteriormente foi identificado como sendo fruto do pensamento de Ihering sobre a posse, que ficou conhecida como Teoria Objetiva.[476]

Apesar de Teixeira de Freitas se filiar expressamente à Teoria Subjetiva (de Savigny) em matéria de posse, observa-se na sua produção intelectual sobre o tema alguns aspectos importantes da teoria que, pelas palavras de Ihering, ficou conhecida como Teoria Objetiva.

Cabe ser destacado que Teixeira de Freitas já em 1857, antes das obras de Ihering sobre a posse, refletindo provavelmente o "caldo cultural" existente na época, disse expressamente: "Se é necessário estabelecer o modo de adquirir e perder a

---

[475] Sobre o conceito ou definição da idéia de posse, a Teoria Subjetiva de Savigny é tradicionalmente apontada como uma teoria autônoma em relação ao direito de propriedade, pois define a posse através da junção de dois elementos (o *corpus* e o *animus*) sem fazer referência expressa e direta ao direito de propriedade. Além disso, a defesa da posse na Teoria Subjetiva é fundamentada na vedação à violência e não na tutela indireta da propriedade. A Teoria Objetiva de Ihering, ao contrário, define a posse e fundamenta a sua proteção a partir do direito de propriedade e, por isso, é considerada uma teoria heterônoma em matéria de definição da posse. Sobre essa questão, vide a obra de SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica ..., p. XXXV-XLIII.

[476] Evidentemente que não se está afirmando que estes foram os autores "precursores" da Teoria Objetiva. O presente trabalho não tem qualquer intenção de identificar as "origens" das teorias possessórias, pois isso, além de ser provavelmente pouco confiável, violaria a própria perspectiva historiográfica que foi assumida no desenvolvimento do estudo.

posse, como condição das ações possessorias, nada tem isso de commum com a posse, que é a consequencia e exercicio do direito de propriedade."[477] Em outra passagem, Freitas afirma que "Quasi todos os Codigos tratão da posse á par do domínio, como materia da mesma natureza. Ora, sem duvida a posse é uma consequencia do domínio (...)"[478]. A posse como exercício do direito de propriedade no pensamento jurídico de Teixeira de Freitas, palavras "repetidas" e "consagradas" por Ihering anos mais tarde.[479]

Outro aspecto da vinculação entre posse e propriedade em Teixeira de Freitas pode ser observado no chamado *exceptio domini,* ou exceção de domínio em matéria de ações possessórias. Na "Consolidação das Leis Civis", Freitas, citando algumas passagens das Ordenações Filipinas, escreve no artigo 817 "Não se admitte nas acções de força a defesa fundada em dominio, ou em outro qualquer direito, que se allegue sobre a cousa esbulhada." No artigo subseqüente, art. 818, com referência ao Ass. de 16 de fevereiro de 1786, 2º quesito, fica estabelecido "Todavia não se deve julgar a posse em favor daquelle, a quem se mostra evidentemente que não pertence a propriedade." No entendimento do autor da "Consolidação", sobre o art. 818, "Eis uma interpretação luminosa, para não seguir-se (como diz o Ass.) um absurdo visivel."[480]

Assim como Teixeira de Freitas, Antonio Joaquim Ribas ao trabalhar com o fundamento da proteção da posse aproxima a noção de posse no direito à concepção de propriedade. Ao dizer que a "protecção é devida á posse, já porque ella se reveste das apparencias exteriores do dominio, já porque algumas vezes contém em si o

[477] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. CXLIX (nota de rodapé).

[478] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. CLII (nota de rodapé).

[479] Também, nesse ponto do trabalho, não se está alegando que foi Teixeira de Freitas ou qualquer outro autor brasileiro que "inventou" propriamente a Teoria Objetiva. A finalidade dessa referência está, muito mais, em demonstrar que a Teoria Objetiva, tradicionalmente vinculada ao nome de Ihering, é fruto de um momento histórico de vinculação profunda entre a posse e a propriedade moderna e não uma criação que ocorre "da noite para o dia" sem uma história, sem estar inserida em uma "mentalidade".

[480] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis ..., p. 296-297 (arts. 817 e 818, e nota de rodapé). Em alguns julgados sobre a posse da revista "O Direito", que foram catalogados e analisados, nota-se a aplicação da *exceptio domini*, bem como a referência a esta passagem de Teixeira de Freitas e ao assento de 16 de fevereiro de 1786 que consagrava formalmente o instituto.

germen deste"[481], o autor vincula diretamente a posse à propriedade. A construção de Ribas se desenvolve a partir do seguinte raciocínio, nas palavras do autor, "Como nem sempre é possivel distinguir, á primeira vista, se estas apparencias de dominio envolvem ou não uma realidade, cumpre que ellas sejão respeitadas, emquanto se não provar a negativa."[482] Ainda, segundo Ribas, "É por este motivo que os jurisconsultos patrios dizem que a posse é um *dominio presumido;* e que emquanto se não destróe esta presumpção, deve ella ser respeitada."[483]

A concepção da posse como um domínio presumido ou como uma presunção de domínio também está presente no projeto de Código Civil de Joaquim Felicio dos Santos. Ao art. 1298, do projeto, foi dada a seguinte redação: "A posse produz em favor do possuidor a presunção de propriedade."[484] Observa-se que este é exatamente o fundamento defendido por Ihering para a defesa da posse.[485]

Além de afirmar que a posse se reveste das aparências do domínio e, por isso, pode ser compreendida como um "domínio presumido", em matéria referente à usucapião, Antonio Joaquim Ribas ressalta que "a posse contém em si eventualmente o germen do dominio"[486], pois, desde que uma pessoa possua "uma cousa, com certas condições e durante certo prazo, a adquire pela *usucapião*."[487]

---

[481] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 05.

[482] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 05.

[483] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 05. Sobre essa questão, a posse como aparência do domínio ou uma espécie de domínio presumido, Ribas afirma que "Foi também esta a opinião de Savigny nas cinco primeiras edições da sua monographia, de que, aliás, sem sufficiente razão, se afastou nas ultimas, limitando a presumpção do dominio sómente á – *bonoe fidei possessio*." (p. 05).

[484] SANTOS, Joaquim Felicio dos. Projecto do Codigo Civil brazileiro e commentario ..., p. 23.

[485] Nas palavras do próprio Ihering, "Passo, agora, à exposição de minha própria opinião. Eu a resumo na seguinte proposição: A proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessàriamente aproveita também ao não proprietário." (IHERING, Rudolf von. Posse e interditos possessórios ..., p. 59).

[486] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 05.

[487] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 05.

Ao tratar da proteção da posse por meio dos interditos possessórios, Antonio Joaquim Ribas defende "que o imperio que exercemos sobre as cousas, por meio da posse, é protegido pela lei, por quanto a lei para este fim instituio os interdictos e reconheceu a posse, em certas circumstancias, como um embryão do dominio, é evidente que ella não póde deixar de ser incluida na esphera do direito civil, e que com razão se denomina – *direito de posse*."[488] Nas palavras do autor, a posse é vista como um embrião do domínio.

José de Alencar na parte final do capítulo sobre a posse, no seu livro "A propriedade", após alegar que "Estudada a natureza da propriedade, se conhece que a posse não deve figurar senão como um direito connexo a ella"[489], conclui com uma frase paradigmática da relação e vinculação entre a posse e a propriedade, nas palavras do autor: "Eu possuo, significa, eu tenho direito de reter este objecto em minha mão, reserval-o unicamente para mim, e excluir delle, de seu uso e gozo, ate de sua vista, o mundo inteiro."[490] A posse na concepção de José de Alencar é compreendida como um direito, e não um fato, de excluir todas as outras pessoas do uso e fruição de um bem.

Observa-se, nos autores da chamada "primeira geração" em matéria de teoria possessória, a "semente" daquilo que seria, posteriormente, compreendido como o regime jurídico da posse no direito brasileiro a partir do final do século XIX. A dependência da posse em relação ao direito de propriedade privada já estava estabelecida nos autores acima referidos. Contudo, o processo de vinculação entre os dois institutos, no Brasil, será desenvolvido e reforçado pelos autores da "segunda geração".

---

[488] RIBAS, Antonio Joaquim. Da posse e das ações possessórias ..., p. 07.

[489] ALENCAR, José de. A propriedade ..., p. 179. Em outra passagem da obra citada, afirma José de Alencar: "Concluamos. A posse é um direito connexo á propriedade como o uso e o fructo; e não póde destacar-se della sem transferencia legal. Todo aquelle que tem em sua mão um objecto sem esse direito de posse é simples detentor; embora haja da sua parte animo de possuir, justo título, boa fé, e notoriedade. Falta-lhe a base essencial, o direito sem o qual a posse é juridicamente impossivel." (p. 181-182).

[490] ALENCAR, José de. A propriedade ..., p. 180.

3.4 A "SEGUNDA GERAÇÃO", POSSE DE DIREITOS PESSOAIS E A TEORIA OBJETIVA

Como foi observado anteriormente, é possível identificar uma "segunda geração", no Brasil, no que diz respeito às elaborações dogmáticas sobre a posse. Esta "segunda geração", que surge no final do século XIX e ganha força a partir do início do século XX, é composta por autores como Antônio Coelho Rodrigues, Clóvis Beviláqua, Rui Barbosa, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, Martinho Garcez e Nogueira Itagyba. A "segunda geração" em matéria de posse no direito é caracterizada basicamente por adotar elementos da concepção objetiva, consagrada pelas palavras de Ihering, e por refutar o "subjetivismo" atribuído ao pensamento de Savigny.

A adoção da Teoria Objetiva, ou de aspectos dessa teoria, por muitos dos autores brasileiros a partir do final do século XIX se dá de maneira curiosa. A discussão principal girava em torno da possibilidade ou não de se admitir a posse de direitos pessoais. A aceitação de muitas das idéias do pensamento de Ihering, pelos autores brasileiros da "segunda geração", parte da crítica que este autor realiza à Teoria Subjetiva de Savigny e pela ampliação dada pela Teoria Objetiva à idéia de posse.

No entendimento de boa parte dos autores da "segunda geração", mas não de todos,[491] o problema estava no "romanismo" adotado pela "primeira geração", fruto da enorme influência exercida por Savigny. Para esses autores da "segunda geração", a posse no direito brasileiro não deveria ser compreendida e regulamentada utilizando-se apenas as fontes do direito romano, pois, segundo essa corrente doutrinária, a concepção de posse no direito romano era compreendida de forma um tanto quanto restrita em relação aquilo que poderia ser objeto de posse. No dizer de Rui Barbosa, a

[491] Não são todos os autores da chamada "segunda geração" que admitem a posse de direitos pessoais. Podem ser citados os seguintes autores, conforme será observado, que admitem expressamente a posse de direitos pessoais: Antônio Coelho Rodrigues, Rui Barbosa, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, Martinho Garcez e Nogueira Itagiba. Destaca-se que Clóvis Beviláqua, apesar de se filiar à Teoria Objetiva, não admitia a posse de direitos pessoais e sim apenas de direitos reais.

visão estreita em matéria de posse decorria da "servil submissão às prevenções escolásticas de um romanismo pedantesco e morto, encarnado em alguns juristas modernos, cujo único título de abono é a legenda savignyana, mal justificada, mal entendida e mal aplicada (...)"[492].

O "romanismo" de Savigny, em sentido contrário ao direito canônico, era acusado, por parte dos autores da "segunda geração", de impedir o desenvolvimento histórico da teoria possessória ao limitar a idéia de posse apenas aos bens corpóreos e, além disso, não admitir a ampliação da proteção possessória para outros direitos que não os direitos reais. Conforme Rui Barbosa, "Não há dúvida nenhuma de que, entre os romanos, a noção da posse não transpunha o círculo dos direitos reais. (...) Além de tais direitos, porém, subordinados ao poder físico e circunscritos às manifestações elementares da propriedade, não ia a posse ou quase posse romana."[493] A posse estava enclausurada à materialidade das coisas no direito romano.

Outro representante da "segunda geração", Nogueira Itagyba, em um livro interessante e erudito sobre a posse, intitulado "A posse e theoria dos interdictos possessorios", cuja primeira edição é de 1902, ao criticar a concepção de posse adotada por Savigny, como fato e não como direito, afirma: "verifica-se que Frederico Savigny não admitte a posse como um direito, mas tão sómente como um facto; e dahi o fundamento falso de sua theoria, negando os remedios interdictorios a tudo aquillo que não fôr susceptivel de *apprehensão material*. As affirmativas categoricas do eminente professor desnortearam os mestres da época e paralysaram as investigações juridicas."[494] No entender de Nogueira Itagyba, as construções teóricas e aplicações práticas das elaborações realizadas a partir de "fontes romanas", bem como a força do pensamento de Savigny, impediram a "evolução" da posse no direito brasileiro. Nas palavras do autor:

> "Firmados na interpretação dos glosadores romanos e nesse grandioso castello edificado por Savigny, que só Ihering ousou abalar e combalir, os civilistas

[492] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 63.

[493] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 51-52.

[494] ITAGYBA, J. Nogueira. A posse e theoria dos interdictos possessorios ..., p. 35.

> brazileiros perfilham tradicionalmente a theoria possessoria daquelles interpretes até que, com a transformação radical de nossas instituições políticas, novas idéias inocularam-se no organismo do Direito patrio, fazendo brotar a doutrina moderna sobre a posse de direitos, aliás única mais curial e conciliável com os copiosos interesses que periclitam na sociedade actual, que evolue em marcha accelerada."[495]

Para os autores da "segunda geração", que sustentavam a idéia de posse de direitos pessoais, as fontes principais em matéria possessória deveriam ser buscadas no direito canônico; direito que ampliava a noção de posse para outros bens e direitos que não apenas os bens corpóreos e também para direitos que não apenas os direitos reais.

Rui Barbosa, ao tratar da "herança portuguesa" recepcionada pelo direito brasileiro em relação aos interditos possessórios, afirma: "Sob a influência civilizadora do direito canônico aquela semente se desdobrou, na peninsula Ibérica, em uma germinação nova: a defesa possessória ampliou-se dos direitos reais aos pessoais."[496] No entendimento de Rui Barbosa tanto a legislação portuguesa (especialmente as Ordenações Filipinas), recepcionada pelo direito brasileiro, quanto a tradição judiciária de Portugal, por influência do direito canônico, admitiam a posse de direitos pessoais e sua proteção por meio das chamadas ações possessórias.[497]

Francisco de Paula Lacerda de Almeida, também representante da "segunda geração", compartilha do mesmo entendimento, ao professar: "A protecção possessoria que só se concedia ao possuidor *animo domini* e que difficilmente se explicava competir ao credor pignoraticio, applica-se hoje em dia ao locatario, ao depositario e a quem quer que tenha justificavel interesse na detenção da cousa, seja qual fôr o animo com que a tem em seu poder."[498] Verifica-se, nas palavras do autor citado, a

[495] ITAGYBA, J. Nogueira. A posse e theoria dos interdictos possessorios ..., p. 21.

[496] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 63.

[497] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 61-69.

[498] ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. Direito das cousas ..., p. 61-62.

desvalorização do elemento subjetivo, o *animus domini*, na definição jurídica da posse e a aproximação com a doutrina objetiva ao estender a proteção possessória ao locatário, ao depositário e a qualquer outra pessoa que, com interesse justificável, detenha e exteriorize a coisa.

Em outra passagem que destaca a relação do pensamento de Ihering (Teoria Objetiva) com o direito canônico, Lacerda de Almeida explica: "Adoptada a doutrina de Jhering (póde ser denominada objectiva visto não levar em conta a intenção) adquire a noção de posse a elasticidade que deve ter esse importante instituto de Direito, e recupera o valor que teve graças ao influxo do Direito Canonico, onde foi applicada até aos direitos pessoaes."[499] O interessante na posição do autor é esta vinculação entre o direito canônico, a adoção ou defesa da Teoria Objetiva e a ampliação da idéia de posse também para os direitos pessoais.

Nessa mesma linha Rui Barbosa, defendendo a teoria objetiva, afirma que "Ihering vê na posse de direitos uma conquista irrevogável do direito moderno. Não admite que a evolução ulterior possa excluir das instituições necessárias à civilização esse elemento definitivamente adquirido."[500] Não deve ser esquecido que o autor citado fundamenta toda a sua tese sobre a posse de direitos pessoais a partir de fontes do direito canônico.

Martinho Garcez, em 1915, na sua obra "Do direito das coisas: segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro", faz um retrospecto da mudança de direção da concepção subjetiva para a concepção objetiva acerca da posse. Segundo Martinho Garcez, "Quem primeiro entre nós se animou a levantar a voz contra os grandes pontifices Teixeira de Freitas, Ribas, Ramalho, Lafayette e Rebouças, que apostalavam o evangelho

---

[499] ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. Direito das cousas ..., p. 63 (nota de rodapé). Na mesma nota de rodapé citada, Lacerda de Almeida critica o pensamento de Savigny afirmando que "A theoria savignyana da posse animo domini lançou tão fundas raizes no espirito dos estudiosos, que ainda hoje, apezar do terrivel combate que lhe deu Jhering, difficulta as applicações praticas, por uma interpretação estreita, posto que altamente scientifica, dos textos sempre malleaveis e pouco systhematicos no Direito Romano. (...) Com a idéia de só possuir quem pretende ser dono difficil se torna extender a noção possessória ao credor pignoratício, dahi a sahida de uma posse de uma *posse derivada* e a negativa da protecção ao locatario, visto ter este apenas *detenção*." (p. 63, nota de rodapé).

[500] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 77.

de Savigny, foi o genial sergipano Tobias Barreto, autor dos *Estudos de Direito e dos Estudos Allemães*, que começou a inocular no espirito dos seus discipulos, na Faculdade de Direito do Recife, as verdades proclamadas por Ihering."[501]

Martinho Garcez indica que, depois de Tobias Barreto, o jurista mineiro Felicio dos Santos no seu projeto de Código Civil também, apesar da redação descuidada do art. 1297, defende a posse de direitos pessoais se afastando, nesse aspecto, da teoria subjetiva. Nas palavras de Martinho Garcez, "fez brilhante aplicação da posse dos direitos pessoaes o preclaro jurista mineiro Felicio dos Santos no seu Projecto de Codigo Civil Brasileiro e Commentario, fixando nestes termos, no art. 1297, o verdadeiro conceito de posse. É uma pena que a redacção tivesse sido descuidada (...)"[502] Observa-se, entretanto, que no projeto de Código Civil de Felicio dos Santos, apesar de estar prevista a posse de direitos em geral (não apenas dos direitos reais), encontra-se proposta a concepção subjetiva de posse, conforme foi analisado.

Com a mesma crítica à teoria subjetiva e sustentando a posse de direitos pessoais, ainda segundo Garcez, caminha a melhor doutrina portuguesa e, posteriormente no Brasil, Rui Barbosa, o grande defensor da posse de direitos pessoais e, talvez, o maior crítico da teoria possessória de Savigny no direito brasileiro do final do século XIX e início do século XX.[503]

Rui Barbosa, no seu livro "Posse de direitos pessoais", de 1900, adota a Teoria Objetiva como uma espécie de "porto-seguro" para a posse no direito. Segundo este autor, Ihering é "a suma autoridade, o retificador de Savigny"[504], autor de

---

[501] GARCEZ, Martinho. Do direito das coisas segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro ..., p. 12.

[502] GARCEZ, Martinho. Do direito das coisas segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro ..., p. 12.

[503] Nas palavras de Martinho Garcez, sobre a possibilidade de posse de direitos pessoais, "É a doutrina seguida por COELHO DA ROCHA, continuador dos grandes mestres do direito lusitano, como já notamos, e a quem seguiu de perto o illustre jurista mineiro [Felicio dos Santos], tanto neste, como em muitos outros assumptos. Depois, apparece em 1896 o genio de Ruy barbosa, ao serviço da justiça, do direito e da liberdade na defeza dos lentes da Escola Polytechnica, offendidos no exercicio de seu direito de professores por acto iniquo e arbitrario do poder executivo." (GARCEZ, Martinho. Do direito das coisas segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro ..., p. 12-13). Cabe sublinhar, que Rui Barbosa, ao defender a posse de direitos pessoais, estava também preocupado com a possibilidade de tutelar ou proteger esses direitos (pessoais) utilizando, para isso, das ações possessórias.

[504] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 84.

"trabalhos luminosos"[505] sobre a posse. Para Rui Barbosa, "A Teoria da Posse, de Savigny, não obstante haver assinalado época, e beneficiado a história como um vigoroso estímulo a grandes trabalhos de investigação, franqueando-lhe caminhos desconhecidos, pouco mais importância tem hoje que a de 'um fulgurante meteoro'."[506] No entender de Rui Barbosa, a Teoria da Posse de Savigny deve ser compreendida "como o menos feliz dos trabalhos do insigne romanista."[507] Trata-se, portanto, para esse autor, de adotar em matéria possessória a Teoria Objetiva.

Clóvis Beviláqua, um representante bastante importante da "segunda geração", ao apresentar em 1898 o projeto de Código Civil, de sua autoria, conhecido como "Projeto Primitivo", posteriormente publicado na obra "Em defesa do projecto de Código Civil Brazileiro", afirmou que "a noção de posse contida nos arts. 565 e 601 do Projecto é extrahida da doutrina de Jhering."[508] O projeto de Clóvis Beviláqua, anos mais tarde, após alterações que foram realizadas pelo Congresso Nacional, transformou-se no Código Civil brasileiro de 1916.

Em outra passagem do projeto, Clóvis Beviláqua propondo a adoção da teoria possessória de Ihering, a quem chama de "genial professor de Goetingen"[509], destaca que "entre os modernos civilistas está ella [Teoria Objetiva] definitivamente victoriosa, já teve a consagração legislativa de códigos como o de Zurich, art. 66, e do allemão, art. 868, e foi acceita pelo Projecto Coelho Rodrigues."[510] Com a aprovação do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua continuou defendendo as mesmas idéias. Após análise de alguns códigos estrangeiros como o alemão, o português, o argentino e o

---

[505] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 75.

[506] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 72.

[507] BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais ..., p. 71.

[508] BEVILÁQUA, Clóvis. Em defesa do projecto de Código Civil brazileiro..., p. 109.

[509] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 23.

[510] BEVILÁQUA, Clóvis. Em defesa do projecto de Código Civil brazileiro ..., p. 110.

peruano, entre outros, afirma Beviláqua "que a theoria objectiva alcançou a preferência dos Códigos Civis mais modernos."[511]

Observa-se que já no projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, trabalho iniciado em 1890 e concluído três anos mais tarde, a concepção subjetiva começa a ser abandonada.[512] O autor se aproxima muito da teoria objetiva de Ihering ao propor no artigo 1328, do projeto de código civil, que "O usufrutuário, o credor pignoratício e as demais pessoas que, embora detenham a coisa em nome de outrem, têm sobre ela um interesse legítimo, como o rendeiro de um prédio rústico ou o locatário de outra coisa, possuem, como tais, e têm direito a serem mantidos na sua posse, em quanto durar a legitimidade do seu interesse."[513]

Ao defender a posse do credor pignoratício, do credor anticrético, do usuário, do usufrutuário, do locatário, entre outros, em face inclusive do próprio proprietário, independentemente do *animus domini*, Coelho Rodrigues deixa absolutamente claro que não adota a Teoria Subjetiva. Na exposição de motivos do seu projeto de Código Civil afirma que "Esta concepção contrária à de Savigny, tão em voga entre nós, e abandonada em sua pátria, onde aliás já teve eco imenso, não é nova nem me parece que possa ser combatida com vantagem."[514]

Sintetizando a concepção sobre a posse consagrada nos primeiros anos do século XX, fruto da adoção e difusão da Teoria Objetiva de Ihering realizado principalmente pelos autores da "segunda geração", declara Martinho Garcez: "Em resumo, o que se deve concluir é que a noção possessória praticamente possível, é que a posse das coisas é a exterioridade da propriedade, e essa conclusão é a grande verdade

[511] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 33.

[512] Conforme Moreira Alves, "O projeto de Coelho Rodrigues se afasta da teoria de Savigny, e se encaminha para soluções que serão, mais tarde, aceitas pelo Código Civil brasileiro." (ALVES, José Carlos Moreira. Posse. v. I – evolução histórica ..., p. 351).

[513] RODRIGUES, Antônio Coelho. Projecto do Código Civil brasileiro ..., p. 213. Trata-se de transcrição literal do art. 1328 do Projeto de Código Civil realizado por Coelho Rodrigues.

[514] RODRIGUES, Antônio Coelho. Projecto de Código Civil precedido da história documentada do mesmo e das anteriores. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio – Rodrigues & C., 1897, p. 28.

que corrigiu o erro da doutrina romana."[515] Na passagem de uma concepção à outra (da Teoria Subjetiva para a Objetiva), cada vez mais, a posse se torna uma simples manifestação da propriedade.

3.5 A INFLUÊNCIA PORTUGUESA NA ELABORAÇÃO DA TEORIA POSSESSÓRIA BRASILEIRA

Após trabalhar com as duas "gerações" dentro do eixo de análise das "grandes teorias", Subjetiva (Savigny) e Objetiva (Ihering), sobre a posse, fica a impressão de que tudo o que foi pensado acerca desse instituto no Brasil em termos doutrinários teve como ponto de partida necessariamente esses sistemas de pensamento. Isso, entretanto, não é verdade. Sem dúvida, as idéias desses dois grandes autores podem ser consideradas fundamentais para a elaboração dos principais conceitos jurídicos sobre a teoria possessória no Brasil, mas não foram as únicas.

Inicialmente não é possível ignorar o fato que as principais disposições legislativas aplicadas em matéria de posse, até o advento do Código Civil brasileiro de 1916, eram encontradas nas Ordenações Filipinas, ainda que de forma pouco sistemática. Ademais, em termos doutrinários e também jurisprudenciais, a influência de autores portugueses é muito grande e acompanha a disputa sobre a natureza jurídica da posse e suas derivações em todo o percurso histórico da formação da posse no direito brasileiro.

Parece ser muito relevante destacar que foram encontradas inúmeras citações e indicações de autores portugueses realizadas por magistrados brasileiros, nos julgados analisados (tabela 1), número muito superior às indicações dos demais autores

[515] GARCEZ, Martinho. Do direito das coisas segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro ..., p. 12.

estrangeiros, inclusive do próprio Savigny.[516] Na pesquisa "indiciária" realizada com os julgados, fica muito claro que os autores mais citados são os próprios brasileiros e os portugueses.

O que se verifica analisando alguns dos principais autores portugueses da segunda metade do século XVIII e do século XIX, citados pelos autores brasileiros tanto da primeira quanto da segunda geração, é uma espécie de confusão ou certa pluralidade em relação aos elementos que compõem a posse e uma aproximação intensa da posição desses autores com o ideário moderno da propriedade privada.

Além disso, o que parece ser interessante sublinhar é que tanto os representantes que fazem parte da "primeira geração", quanto os integrantes da "segunda geração" se apropriam de passagens dos autores portugueses para sustentar as suas idéias. Parece haver uma espécie de disputa em que cada um dos lados luta por ter um "autor português famoso" na sua "linha de frente".

Os principais autores portugueses citados e utilizados pelos autores brasileiros que começaram e desenvolveram a teoria sobre a posse no Brasil são: Pascoal José de Mello Freire, Manuel de Almeida e Souza de Lobão, José Homem Corrêa Telles, Antonio Ribeiro Teixeira, Manuel António Coelho da Rocha e Antonio de Seabra.[517]

Pascoal José de Mello Freire, na sua famosa obra "Instituições de Direito Civil Português: tanto público como particular"[518], de 1779, muito antes que Savigny, entende que para haver posse em sentido jurídico devem concorrer dois

---

[516] Autores como José Homem Corrêa Telles (o mais citado), Manuel de Almeida e Souza de Lobão, Manuel António Coelho da Rocha, Pascoal José de Mello Freire, entre outros, são "encontrados" freqüentemente na jurisprudência do período (conforme tabela 1), especialmente em matéria que, hoje, diz respeito mais ao campo do direito processual. São praticamente inexistentes as citações a Ihering, o nome desse autor aparece apenas em dois julgados dos cinqüenta e seis (conforme tabela 1). Isso é um indício da recepção tardia desse autor no plano jurisprudencial.

[517] Como foi anteriormente observado, nos julgados analisados da revista "O Direito", os nomes mais citados são os de José Homem Corrêa Telles; Manuel de Almeida e Souza de Lobão; Manuel António Coelho da Rocha; e Pascoal José de Mello Freire (conforme tabela 1).

[518] MELLO FREIRE, Pascoal José de. Instituições de direito civil português: tanto público como particular, 1779. (Esta obra encontra-se integralmente digitalizada na biblioteca portuguesa digital chamada ARDIES, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Encontra-se no seguinte endereço eletrônico: http://www.fd.unl.pt/).

elementos o "corpo" e o "ânimo". Nas palavras desse autor: "A posse, quer seja uma espécie de direito real, quer de direito pessoal, quer de um ou outro (...) aproxima-se muito do domínio e costuma definir-se assim: *Faculdade natural de apreender a coisa com intenção de a deter como sua* (...) Consiste em facto e em direito, e adquire-se, assim, com o corpo e o ânimo."[519] Com isso, "Eis porque se deve distinguir da simples detenção e da detenção havida em nome alheio; não pode, por isso, o furioso começar a possuir, e o colono, o inquilino, o procurador, etc., detêm a coisa, mas verdadeiramente não a possuem, Ord. Liv. 3, tít. 45, parágrafo I0 e tit 86 (...)."[520] Deve ser ressaltado que, para Mello Freire, a posse se aproxima "muito do domínio" e só é constituída existindo a "intenção de a deter como sua", passagens que vinculam a posse à propriedade.

Em outra parte de sua obra, ao tratar das divisões da posse e estabelecer a diferença entre posse civil e natural, entende Mello Freire que "A posse requer por sua natureza ambas as coisas; o corpo, isto é, um facto, e o ânimo. Mas algumas vezes, por exigências da utilidade pública, a lei concede a posse sem facto, a qual se chama civil para diferenciar da natural."[521] Pascoal José de Mello Freire, na obra analisada, além de tratar da natureza jurídica da posse e de suas classificações (que chama de divisões), trabalha ainda com a diferença entre posse e propriedade e muitos dos efeitos da posse, como os requisitos para a usucapião e para a proteção possessória.[522] Observa-se que a obra citada é do século XVIII, anterior às elaborações teóricas realizadas por Savigny e Ihering; isso parece indicar o equívoco em identificar na figura de Savigny o "criador" da Teoria Subjetiva.[523]

---

[519] MELLO FREIRE, Pascoal José de. Instituições de direito civil português ..., p. 247 do arquivo eletrônico.

[520] MELLO FREIRE, Pascoal José de. Instituições de direito civil português ..., p. 247 do arquivo eletrônico.

[521] MELLO FREIRE, Pascoal José de. Instituições de direito civil português ..., p. 247 do arquivo eletrônico.

[522] A matéria indicada encontra-se no Livro III, Título II, intitulado "do Domínio e Posse", das "Instituições de direito civil português". (MELLO FREIRE, Pascoal José de. Instituições de direito civil português ..., p. 246 e segs. do arquivo eletrônico).

[523] Não se está afirmando, do mesmo modo, que o idealizador dessa teoria (Subjetiva) teria sido Mello Freire.

Outro autor português, muito citado pelos brasileiros tanto na doutrina quanto nos julgados analisados (conforme tabela 1), é José Homem Corrêa Telles. No "Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsídio ao novo codigo civil"[524], Corrêa Telles, em 1835, igualmente, ressalta elementos de caráter subjetivo em relação à natureza jurídica da posse. Diferenciando a posse da simples detenção, afirma o autor no parágrafo 568, do Título XIII, Tomo I, do Digesto, "Aquele, que tem em seu poder uma cousa de outro, sem intenção de a ter por sua, é um simples detentor."[525] No parágrafo seguinte (569), Corrêa Telles complementa "Se a tem em seu poder, por ter direito de usar della por certo tempo, é possuidor imperfeito."[526] Sem a intenção de ter a coisa como sua, portanto, o sujeito é simples detentor ou no máximo possuidor imperfeito. Conforme o autor do "Digesto portuguez", a pessoa que "tem a cousa em seu poder, com intenção de a ter por sua, é possuidor perfeito."[527] (parágrafo 570). Assim, para que a posse seja considerada "perfeita", no pensamento de Corrêa Telles, é indispensável o elemento subjetivo.

Aspecto igualmente importante encontrado no livro de Corrêa Telles, "Digesto portuguez", é a preocupação do autor em regular "cada situação possível" envolvendo a posse, ou seja, existe uma pretensão de esgotar toda a teoria possessória; são mais de duzentos parágrafos apenas sobre a posse (do parágrafo 529 ao 731), sendo que na parte em que a obra trata da propriedade encontram-se

[524] TELLES, José Homem Corrêa. Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835. (Esta obra encontra-se integralmente digitalizada na biblioteca portuguesa digital chamada ARDIES, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Encontra-se no seguinte endereço eletrônico: http://www.fd.unl.pt/).

[525] TELLES, José Homem Corrêa. Digesto portuguez ..., p. 91.

[526] TELLES, José Homem Corrêa. Digesto portuguez ..., p. 91.

[527] TELLES, José Homem Corrêa. Digesto portuguez ..., p. 91-92.

aproximadamente cento e oitenta e três parágrafos, e muitos desses parágrafos se referem à posse.[528]

Coelho da Rocha, outro autor muito citado por autores brasileiros e igualmente verificado nos julgados da revista "O Direito" analisados (tabela 1), na obra intitulada "Instituições de Direito Civil portuguez"[529] entende que:

> "Posse no sentido grammatical (*detentio, custodia*) é o fato de ter uma pessoa em seu poder uma cousa corporea, de maneira que póde dispor della á sua vontade. Um tal possuidor diz-se simples detentor. Porém para se dar posse no sentido jurídico, é necessário, além da detenção, o animo de ter, ou dispor da cousa como propria; ou ao menos de dispor della em seu proprio nome, ainda que a propriedade seja de outrem (...)."[530]

Na explicação de Coelho da Rocha, a diferença entre posse e detenção reside no elemento subjetivo, sem o "animo de ter, ou dispor da cousa como propria (...)" tem-se a mera detenção. Em outra passagem em relação à aquisição da posse, no parágrafo 439, o autor assim se manifesta: "Para se adquirir a posse é necessário 1º intenção, animo, ou vontade de possuir a cousa (...)."[531]

Posição interessante que remete à confusão entre as duas teorias possessórias (Subjetiva e Objetiva) é encontrada no livro de Antonio Ribeiro Teixeira, intitulado "Curso de direito civil portuguez: para o ano lectivo de 1843 - 1844"[532]. Nessa obra, Antonio Ribeiro Teixeira, apesar de entender que a posse se constitui "na faculdade

---

[528] TELLES, José Homem Corrêa. Digesto portuguez.

[529] ROCHA, Manuel António Coelho da. Instituições de direito civil portuguez. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852. (Esta obra encontra-se integralmente digitalizada na biblioteca portuguesa digital chamada ARDIES, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Encontra-se no seguinte endereço eletrônico: http://www.fd.unl.pt/).

[530] ROCHA, Manuel António Coelho da. Instituições de direito civil portuguez ..., p. 343.

[531] ROCHA, Manuel António Coelho da. Instituições de direito civil portuguez ..., p. 346.

[532] TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. Curso de direito civil portuguez: para o ano lectivo de 1843 – 1844. Tomo II, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845. (Esta obra encontra-se integralmente digitalizada na biblioteca portuguesa digital chamada ARDIES, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Encontra-se no seguinte endereço eletrônico: http://www.fd.unl.pt/).

natural de deter a cousa com animo ou intenção d'o detentor a conservar como sua"[533], entende que "pela posse é que se exercita a propriedade ou dominio, e é ella, quando verdadeira, ligada naturalmente áquelle"[534]. Em outra parte do livro indicado, Antonio Ribeiro Teixeira revela ainda mais a vinculação entre a posse e a propriedade nos seguintes termos: "Como é unicamente pela posse que estão em nosso poder as cousas, e que as usamos ou gozamos, emprega-se esta palavra frequentes vezes, significando o mesmo que propriedade; ainda que são em si cousas differentes"[535].

As referências aos autores portugueses indicam que as "raízes" das noções de posse no direito brasileiro são um pouco mais profundas e complexas do que é habitualmente apresentado pela doutrina jurídica brasileira contemporânea. Além disso, são fortes indícios da importância e influência, ainda que com adaptações, da tradição jurídica do antigo regime português na construção do direito e da cultura jurídica brasileiros.

3.6 O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSAGRAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE

O Código Civil brasileiro de 1916 não ficou imune à discussão doutrinária ocorrida nesse percurso histórico que se deu, especialmente, a partir da segunda metade do século XIX no Brasil, e que acabou estabelecendo um eixo de análise para a posse, embora não exclusivo, em torno das idéias de Savigny e Ihering, além de certa influência de autores portugueses do final do século XVIII e do século XIX.

Nesse texto legislativo, elaborado no Brasil no início do século XX, observa-se um processo de apropriação e utilização, ainda que parcial e de forma um

[533] TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. Curso de direito civil portuguez ..., p. 38.

[534] TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. Curso de direito civil portuguez ..., p. 32.

[535] TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. Curso de direito civil portuguez ..., p. 38.

pouco confusa, das teorias mencionadas (Subjetiva e Objetiva). A regulamentação jurídica da posse no Código Civil brasileiro de 1916 toma como ponto de partida exatamente a Teoria Objetiva, mas não a adota em toda a sua singularidade.

No Curso de "Direito das Coisas", Clóvis Beviláqua, em várias passagens do texto, deixa claro que a teoria adotada no Código Civil brasileiro de 1916 em relação ao conceito de posse é a defendida por Ihering. Segundo Clóvis Beviláqua, "O Código Civil brasileiro adoptou o pensamento de Jhering quanto ao conceito da posse como visibilidade da propriedade, ainda que a sua protecção possa favorecer a quem não é proprietário, nem exerce algum direito real; ou, segundo se lê na *Besitzwille*, a posse 'é a relação de facto estabelecida entre a pessôa e a coisa pelo fim de sua utilização economica."[536] Em outra passagem, na mesma obra citada, Beviláqua assevera "A theoria objectiva de Jhering, adoptada pelo nosso Código Civil, arts. 485 e 487, asserta Matos Peixoto, é, certamente, uma doutrina mais aperfeiçoada e mais simples, pois prescinde de qualquer presumpção em favor do possuidor (...)."[537]

A doutrina jurídica brasileira, desenvolvida após a promulgação do Código Civil de 1916, consagra a Teoria Objetiva de Ihering no que diz respeito ao conceito de posse no direito brasileiro. Em um dos primeiros "comentários" ao Código Civil intitulado "Manual do Código Civil brasileiro", organizado por Paulo de Lacerda, o autor responsável pela parte destinada à posse, Astolpho Rezende, confirma que o Código Civil brasileiro de 1916 "afastou-se inteiramente da theoria romana [que, segundo Astolpho Resende, é a Teoria Subjetiva de Savigny], dispondo no art. 485 o seguinte: 'Considera-se possuidor todo aquelle, que tem de facto o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inherentes ao domínio, ou propriedade."[538] Citando longamente Clóvis Beviláqua e após explicação detalhada do pensamento de Ihering acerca da posse,

[536] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 30.

[537] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 26-27.

[538] REZENDE, Astolpho. Do direito das cousas (da posse) - Arts. 485-523, In: LACERDA, Paulo de. Manual do Código Civil brasileiro. Volume VII (segunda tiragem), Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

Astolpho Rezende destaca: "O Codigo Civil seguiu francamente esta orientação [Teoria Objetiva]."[539]

Apesar de conceituar a posse como exteriorização ou aparência da propriedade no art. 485, seguindo os passos de Ihering, o Código Civil brasileiro de 1916 não admitiu a posse de direitos pessoais e conseqüentemente a extensão da proteção possessória a esses direitos. Como esclarece Beviláqua, "O Codigo reconhece a posse de direitos reais; não porem, a dos pessoaes, que não são desmembramento do dominio."[540] Apesar de ter sido um forte argumento utilizado por grande parte dos autores da "segunda geração" para o abandono da Teoria Subjetiva e adoção da Objetiva, a posse de direitos pessoais não vingou no Código Civil de 1916.

De acordo com a explicação de Clóvis Beviláqua, "discutiu-se por algum tempo se o nosso direito civil, admittindo a posse de direitos, incluia nessa classe os direitos pessoaes."[541] Entretanto, apesar da opinião de Ihering e da autoridade do direito canônico nessa matéria, ficou, segundo Beviláqua, "assentado na jurisprudência, como na doutrina, que somente os direitos reaes, poderiam corresponder ao conceito de posse dado pelo art. 485 (...). Os direitos pessoaes não são poderes componentes do dominio ou propriedade; portanto o seu exercicio não pode ser defendido por acções possessórias. Outros são os remedios, que o direito offerece à sua garantia e proteção."[542]

Aspecto igualmente interessante é que em matéria de usucapião a doutrina que foi adotada pelo Código brasileiro se aproxima muito do subjetivismo atribuído à Teoria Subjetiva, isso porque o requisito necessário para a posse na usucapião,

---

[539] REZENDE, Astolpho. Do direito das cousas (da posse) ..., p. 16.

[540] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 30.

[541] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 24.

[542] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 48. Sobre outros remédios para a defesa de direitos pessoais (que não as ações possessórias), Beviláqua menciona que "Já no período republicano, criou-se entre nós o *mandado de segurança* que, dentro de certos limites, attende á necessidade apontada." (p. 48) Além disso, não é possível esquecer que, segundo os autores brasileiros que defendiam a posse de direitos pessoais no Brasil, a fonte por excelência da teoria possessória (que admitia inclusive a posse desses direitos) era encontrada justamente no direito canônico. No processo de codificação civil brasileiro essa tradição em matéria de posse (ao menos nesse ponto específico) parece ter sido formalmente abandonada.

denominada de posse *ad usucapione*, é exatamente o *animus domini*. Nas duas hipóteses de usucapião previstas originalmente no Código Civil de 1916, a extraordinária e a ordinária, esse requisito é absolutamente indispensável.

Após definir a usucapião extraordinária, Clóvis Beviláqua trabalha com os requisitos necessários para esta hipótese de prescrição aquisitiva; como primeira condição, a posse "Deve ser continua, sem interrupção nem opposição, e exercida a título de dono, *animo domini*. Estas qualidades da posse são indispensaveis para que ella se converta em dominio."[543] Nesse mesmo sentido, para a usucapião ordinária isso fica ainda mais evidente; ao tratar dos requisitos desse tipo de usucapião, Beviláqua leciona que o primeiro elemento é o "*Psychologico*: A convicção, por parte do possuidor, de que o immovel lhe pertence. Por outros termos: a convicção de que possue a coisa como propria, animo domini, e de que a sua posse tem fundamento juridico."[544]

Reforçando a necessidade do sujeito (possuidor) apresentar a convicção de dono para a aquisição da propriedade por usucapião, entende Beviláqua que "Os bens dos pupillos e curatelados entregues á administração dos tutores e curadores não podem ser por estes usocapidos, por isso mesmo que os administram, devendo prestar contas. Não possuem como donos; apenas são guardadores de coisa alheia, para dar-lhe a applicação economica, a que ella se destina."[545] Assim, sem o elemento subjetivo, que caracteriza o conceito de posse em Savigny, não é possível transformar juridicamente a posse em propriedade.

Nesse sentido, é possível afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 adotou como regra geral (especialmente em relação ao conceito de posse) a Teoria Objetiva (art. 485). Entretanto, não a adotou exclusivamente, pois em matéria de usucapião (arts. 550 a 553 para bens imóveis e arts. 618 e 619 para bens móveis) verifica-

---

[543] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 171.

[544] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 176.

[545] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 176.

se que o requisito imprescindível para a posse *ad usucapionem* é o *animus domini*, elemento que caracteriza a Teoria Subjetiva.[546]

Tudo isso revela certo ecletismo adotado no Código Civil brasileiro de 1916, em matéria de teoria possessória, mas manifesta principalmente a adoção de opções que vinculam profundamente a teoria possessória à propriedade privada.

Nas duas concepções que foram antes esboçadas (Teorias Subjetiva e Objetiva), a propriedade é o eixo da definição de posse. Isso fica muito claro em Ihering que apresenta um conceito absolutamente vinculado de posse ao direito de propriedade. Nas palavras do próprio Ihering, repetidas no Brasil, principalmente após a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, com algumas variações até a exaustão nos manuais de Direitos das Coisas ou Direitos Reais,

> "1ª) A posse constitui a condição de fato da utilização econômica da propriedade. 2ª) Deste modo, o direito de possuir é um elemento indispensável da propriedade. 3ª) A posse é a porta que dá acesso à propriedade. 4ª) A proteção possessória apresenta-se como posição defensiva do proprietário, escudado na qual ele pode repelir mais facilmente os ataques dirigidos contra a sua esfera jurídica. 5ª) Por conseqüência, ela é negada onde a propriedade é juridicamente excluída. Em toda à parte, pois, reproduz-se à relação entre posse e propriedade."[547]

Não é apenas na Teoria Objetiva que se encontra a ligação umbilical entre posse e propriedade. Também em Savigny a vinculação da posse ao ideário da propriedade privada fica muito clara. Para o autor da Teoria Subjetiva só é possuidor aquele que possui o elemento *animus*, e este está ligado intimamente com a idéia de apropriação de um determinado bem.

A vinculação entre posse e propriedade privada no Código Civil brasileiro é bastante evidente. Ao verificar a redação do primeiro artigo do Direito das Coisas ("Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno,

[546] Embora não constitua objeto de análise do presente trabalho, é possível afirmar que o CC de 2002 também adotou a Teoria Objetiva (art. 1196) e, como exceção, em matéria de usucapião (arts. 1238 a 1244 para bens imóveis e arts. 1260 a 1262 para bens móveis) a teoria adotada foi a Subjetiva.

[547] IHERING, Rudolf von. Teoria simplificada da posse. São Paulo: JG Editor, 2003, p. 55.

ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade"[548]), verifica-se que só há posse na exterioridade da propriedade. Nas palavras de Clóvis Beviláqua:

> "A theoria do genial professor de Goetingen [Ihering], que tão profundas e empolgantes paginas insculpiu no Espirito do direito romano, nesse estupendo livro, A finalidade no direito, na Prehistoria dos indo-europeus e em muitos outros monumentos de intelligencia e saber, foi por elle mesmo resumida nas seguintes palavras: *a protecção da posse, como exterioridade da propriedade, é complemento necessario da protecção da propriedade, é facilidade da prova em favor do proprietario, que, necessariamente, beneficia também o não proprietario*."
>
> "Entre a propriedade e a posse, há correlação estensiva. Os limites da possibilidade para a propriedade são os da posse: posse e propriedade são relações perfeitamente paralellas. Portanto, onde não se concebe a propriedade, seja porque a coisa é inapropriável, seja porque a pessôa não tem capacidade para ser sujeito desse direito, não é admissível a posse. Mas onde a propriedade é possivel, a posse também o é."[549]

Em outra parte de sua obra, Clóvis Beviláqua, fazendo expressa menção do assento de 16 de fevereiro de 1786 e da "Consolidação das Leis Civis" de Teixeira de Freitas, demonstra que o Código Civil de 1916 também consagrou a "exceção de domínio" em matéria de ações possessórias, entendendo que "Se ambos os contendores reclamam a posse como emanação de sua propriedade, nada mais racional e justo do que não *julgar a posse em favor daquelle a quem, evidentemente, não pertencer o dominio*."[550] O dispositivo, baseado em um juízo de racionalidade e justiça segundo o seu autor, acabou sendo positivado na segunda parte do art. 505 do Código, aproximando um pouco mais a proteção possessória da tutela da propriedade.[551]

---

[548] Art. 485 do Código Civil brasileiro de 1916. Redação praticamente mantida pelo Código Civil brasileiro de 2002, no art. 1196, que possui a seguinte redação: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade."

[549] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 24.

[550] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 82. Ainda, sobre a aplicação da exceção de domínio, na mesma obra citada, afirma Beviláqua que "somente quando, nessa emergencia, é evidente que uma das partes não é proprietária, é que o juiz julgará a posse em favor da outra. Não sendo evidente o direito dominial allegado por um dos contendores, ou restringido-se o pleito ao facto da posse, como simples *jus possessionis* e não *jus possidendi*, não tem applicação o princípio." (p. 82).

[551] Segundo o art. 505 do Código Civil brasileiro de 1916: "Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a

Ainda sobre a exceção de domínio, constante no art. 505 do Código Civil de 1916, defende o autor que "quando a posse disputada é duvidosa, se attende á melhor (Código Civil, art. 505), considerando-se melhor posse, em primeiro logar, a que se fundar em justo titulo, não há que extranhar que, no litigio possessorio, allegando ambos os litigantes o seu jus possidendi, succumba aquelle a quem, evidentemente, não pertencer o dominio."[552] Segundo Clóvis Beviláqua, aquele que tem o domínio também tem a melhor posse.

As idéias de Savigny e de Ihering foram fundamentais para a construção moderna da posse e suas manifestações jurídicas no Brasil. Ocorre que, provavelmente pela força das idéias dos juristas aqui mencionados e pelo momento histórico em que foram pensadas essas teorias, a doutrina posterior, em geral, não foi capaz de se libertar dos seus antecessores e permanece, de certo modo, no mesmo eixo teórico do século XIX nessa matéria. Isso revela a importância de uma releitura da posse e de sua teoria no direito passando necessariamente pelo filtro da história.

---

quem evidentemente não pertencer o domínio."

[552] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 83.

CONCLUSÃO

Esta tese procura analisar e compreender, criticamente, a formação da noção jurídica de posse e alguns dos fundamentos da teoria possessória, no direito brasileiro da segunda metade do século XIX até o advento do Código Civil de 1916. Ao lado disso, o estudo tem o propósito de retirar elementos relevantes que auxiliem na tarefa de interpretar o modo de funcionamento das principais fontes normativas do direito pátrio nesse período.

O que se descortina é o universo jurídico brasileiro inserido em um tempo complexo de mudanças e permanências. A teoria possessória desenvolvida no itinerário histórico sopesado tanto compõe esse cenário de tensões como ajuda a compreendê-lo.

O ideário da posse, no âmbito mais amplo das relações de pertencimento entre as pessoas e as coisas, foi pensado na modernidade ocidental a partir e em função da propriedade privada. Em uma sociedade que se torna cada vez mais individualista e proprietária, a imagem da posse no direito começa a ser delineada como um reflexo do poder de excluir as outras pessoas do acesso, uso e gozo dos bens, em especial da terra. Os vínculos jurídicos dos sujeitos com as coisas tornam-se, gradativamente, mais simplificados, abstratos e dependentes da vontade de um titular.

Guardadas as devidas peculiaridades da formação territorial do Brasil, fenômeno muito semelhante ocorreu na conformação da teoria possessória nacional, embora de forma tardia e marcado pelas especificidades da cultura jurídica brasileira desde a segunda metade do século XIX.

A análise dos principais discursos jurídicos sobre a teoria possessória brasileira do período, no âmbito do direito letrado, torna possível identificar alguns traços constitutivos do modo de conceber o próprio direito privado no Brasil do século XIX. Existiam disposições esparsas normatizando a posse nas Ordenações Filipinas, como no caso das sesmarias, e poucas referências em leis que procuravam

regulamentar questões de pertencimento, tal como a Lei de Terras de 1850. Uma legislação sistematizada, com pretensão de completude e coerência, regulamentando a matéria, somente seria verificada com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 1916.

Os principais contornos normativos do instituto, herdados em boa parte de Portugal, eram fundamentados exatamente em fontes típicas do *ius commune*, como a utilização do direito romano e do direito canônico. Usos e costumes, embora com menor relevância, também compunham a regulamentação da teoria possessória no Brasil.

Em meio a continuidades, ocorreram também transformações significativas. Algumas mudanças são observadas ainda no período colonial brasileiro, como a aprovação da "Lei da Boa Razão" e o crescimento expressivo da produção legislativa em Portugal, na tentativa de maior centralização política e jurídica do período pombalino. Após a Independência do Brasil, começam a ser esboçadas medidas e propostas que procuram modernizar a dimensão jurídica brasileira. Isso tudo, de certa forma, tem o efeito de adaptar e alterar o modo de entender as fontes normativas do direito nacional e o seu funcionamento.

Os juristas brasileiros, no itinerário histórico de elaboração da teoria possessória, recorriam freqüentemente à doutrina de outros países, em especial à dos portugueses e alemães. A legislação estrangeira, sobretudo os Códigos Civis das nações "cultas" e "civilizadas", fazia parte não só dos instrumentos jurídicos manuseados, como também poderia, em alguns casos, ser diretamente aplicada. A "Consolidação das Leis Civis", de Teixeira de Freitas, era amplamente utilizada em matéria de posse, servindo como uma espécie de Código Civil. À luz das reformas iluministas do século XVIII, muitos dos juristas brasileiros defendiam a idéia de que as fontes tradicionais deveriam ser adaptadas, por meio da razão, ao contexto local. O direito canônico, apesar de formalmente proibido pela Lei da Boa Razão em tribunais seculares, era utilizado com freqüência em questões possessórias, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Entre convergências e contradições, a partir da segunda metade do século XIX, começam a surgir as primeiras obras doutrinárias escritas por autores

brasileiros que procuravam estabelecer um regime jurídico para a posse. Boa parte da construção doutrinária idealizada por esses autores foi efetivamente utilizada em parcela dos julgados brasileiros do período. Além disso, muito das idéias trabalhadas foram empregadas na conformação legislativa da posse na tardia codificação brasileira.

Esta tese identificou dois momentos característicos da posse no direito brasileiro, da segunda metade do século XIX até o início do século XX. Os principais autores nacionais que contribuíram para essa elaboração trabalharam com concepções de posse ora do ideário que ficou conhecido como Teoria Subjetiva, ora do conjunto de noções chamado de Teoria Objetiva. Os autores da "primeira geração" estavam mais próximos ao pensamento de Savigny e os da "segunda geração", de Ihering. O que se observa na doutrina do período é o deslocamento, ainda que permeado de contradições, de uma percepção à outra.

Nessa transição, o direito canônico foi utilizado como um instrumento de crítica à Teoria Subjetiva. Na trajetória de "modernização" da noção de posse no direito brasileiro, o direito canônico foi vinculado à Teoria Objetiva. Parte dos autores da "segunda geração", ao defender uma idéia mais ampla de posse e a possibilidade da proteção possessória de direitos pessoais, sustentava a autoridade e a prevalência do direito canônico nessa matéria.

Ocorre que esses aspectos, posse de bens imateriais e de direitos pessoais, atribuídos ao direito canônico por esses juristas, não foram adotados na codificação civil brasileira de 1916. O desenvolvimento de instrumentos jurídicos mais adequados para a proteção dos direitos pessoais, como o mandado de segurança, e o próprio processo de transformação do direito brasileiro, com o abandono paulatino ou certa desvalorização das fontes normativas tradicionais, sobretudo no início do século XX, parecem ter contribuído para as escolhas do legislador brasileiro. Isso também é revelador das contradições que compõem a tipicidade desse universo jurídico pátrio.

Nesse momento de transição, a Teoria Objetiva, ainda que tenha sido adotada, em parte, no Código Civil de 1916 e se constatem elementos de seu ideário no pensamento dos juristas brasileiros e portugueses anteriores a Ihering, foi aceita de

forma relativamente tardia no Brasil. Tais indícios podem ser observados em parte dos julgados da época, nos quais praticamente não existem referências ao pensamento de Ihering ou a sua Teoria.

Sem ignorar que o pensamento de Ihering fora elaborado anos após o de Savigny, pode-se afirmar que a lenta aceitação da Teoria Objetiva no Brasil decorreu antes das especificidades locais. A idéia da posse como o contato físico com a coisa somado ao devido *animus* (Teoria Subjetiva) se adequava à realidade das relações de pertencimento pré-modernas. Por isso, a concepção de posse como uma exteriorização da propriedade (Teoria Objetiva) não encontrava o melhor terreno para se desenvolver. Isso porque, no Brasil, o processo de compreensão da propriedade, especialmente a territorial, aos moldes modernos deu-se de forma muito demorada e complexa – apesar da Lei de Terras e das demais tentativas de modernização do instituto.

A "modernização jurídica" das relações de pertencimento no Brasil, especialmente da posse, encontra um momento de exaltação na codificação civil brasileira. A regulamentação da posse no Código Civil de 1916 é fruto, em muitos aspectos, desse complexo processo de transição da dimensão jurídica nacional e guarda ainda a tensão entre o pré-moderno e o moderno no direito privado brasileiro nas relações entre as pessoas e as coisas.

O entrelaçamento profundo da posse com a propriedade resta impresso na conformação histórica da cultura jurídica e do direito privado brasileiros. Em virtude disso, é imperioso que o estudo do passado instigue uma consciência mais crítica do presente. Talvez, o percurso teórico realizado possa revolver idéias e conceitos cristalizados e suscitar estranhamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1988.

ALENCAR, José de. **A propriedade**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1883.

ALMEIDA, Cândido Mendes (org.). **Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Direito das cousas**: exposição systematica desta parte do direito civil patrio. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1908.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**, v. I (evolução histórica), Rio de Janeiro: Forense, 1985.

AMALVI, Christian. Idade Média. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário temático do ocidente medieval**. v.1, São Paulo: EDUSC, 2002, p. 537 - 551.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil – reais**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais. In: Barbosa, Rui. **O Dever do Advogado e Posse de Direitos Pessoais.** São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 49-116.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 361-373.

BARCELLONA, Pietro. **L'individualismo proprietario**. Torino: Boringhieri, 1987.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio** – uma leitura das teses "sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas** v. I, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Código Civil brazileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BEVILÁQUA, Clóvis. **História da faculdade de direito do Recife**. 2ª ed. Brasília: INL/ Conselho Federal de Cultura, 1977.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. 2ª ed. Lisboa: Edições 70, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora UnB, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. In: NOVAES, Adauto. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 247-260.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. **Obras esparsas**: estudos de história do direito moderno. v. II, Coimbra: Editora Coimbra, 1981.

BURKE, Peter. **A Escola dos *Annales* (1929 – 1989)**: a Revolução Francesa da historiografia. 4ª reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1997.

CALASSO, Francesco. **Medio Evo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954.

CAPPELLINI, Paolo. Codici. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). **Lo Stato moderno in Europa**: istituzioni e diritto. 5ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 102-127.

CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. **Codici**: una riflessione di fine millennio. Milano: Giuffrè. 2000.

CAPPELLINI, Paolo. **Il codice eterno**: la Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. Codici: una riflessione di fine millennio. Milano: Giuffrè, 2000, p. 11-68.

CAPPELLINI, Paolo. **Sistema jurídico e codificação**. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem – Teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Introdução**. In: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Nação e cidadania no Império**: novos horizontes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 09-14.

CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonti e il pensiero giuridico. v.1, Milano: Giuffrè, 1982.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonti e il pensiero giuridico. v.2, Milano: Giuffrè, 2005.

CAVICHIOLI. Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito**: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. **Institucion historica del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1992.

CORDEIRO, António Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 3ª ed. Almedina: Coimbra. 2004.

CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 7ª ed. 3ª reimp. São Paulo: Unesp, 1999.

COSTA, Pietro. **Civitas**: storia della cittadinaza in Europa – 1. dalla civiltà comunale al settecento. Roma-Bari: Laterza, 1999.

COSTA, Pietro. **Estado de direito e direitos do sujeito**: o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57-78.

COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado**: dilemas e instrumentos da historiografia. Curitiba: Juruá, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro (org.). In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-31.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil III**: direito das coisas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DARNTON, Robert. **O iluminismo como negócio**: história da publicação da 'Enciclopédia' 1775-1800. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DI BENEDETTO, Roberto. **Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil do século XIX**. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro** – 4º v. – Direito das Coisas. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Edusp, 2007.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX**: uma análise histórico-jurídica. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). **Lo Stato moderno in Europa**: istituzioni e diritto. 5ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil do século XIX. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba: SER/UFPR, n.44, p. 61-76, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, p. 97-116, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Genesis**, Curitiba, nº 17, p.570-585, jul./set. 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de Historia del Derecho**, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p.5.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e história**: relações entre concepção de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Do sujeito de direito à sujeição jurídica**: uma leitura arqueogenealógica do contrato de trabalho. 258f. Tese (Doutorado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 07-11.

FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1864.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Nova apostilla à censura sobre o projecto do Código Civil portuguez por Augusto Teixeira de Freitas**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

GARCEZ, Martinho. **Do direito das coisas segundo o projecto de Codigo Civil brazileiro**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1915.

GEDIEL, José Antônio Peres. **A adoção na legislação brasileira**. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1989.

GEDIEL. José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Teixeira de Freitas**: um civilista do Império do Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 351-360.

GIL, António Hernandez. **La función social de la posesión**. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

GIL, António Hernandez. **La posesión**. Madrid: Editorial Civitas, 1980.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOMES. Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno repensamento epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 40, p. 05-25, 2004.

GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1988.

GROSSI, Paolo. Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica. **Il bicentenario del Codice Napoleonico** (Atti dei convegni lincei 221). Roma: Bardi Editore – Editore Commerciale, 2006, p. 19-42.

GROSSI, Paolo. **Dalla società di società alla insularità dello stato fra medievo ed età moderna**. Napoli: Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, s/d.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

GROSSI, Paolo. **Il dominio e le cose**: percezione medievali e moderne dei diritti reali. Milano: Giuffrè, 1992.

GROSSI, Paolo. La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica. In: GROSSI, Paolo (a cura di). **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milano: Giuffè, 1973.

GROSSI, Paolo. **L'Europa del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2007.

GROSSI, Paolo. **Le situazioni reali nell`esperienza giuridica medievale**: corso di storia del diritto. Padova: CEDAM, 1968.

GROSSI, Paolo. **L'inaugurazione della proprietà moderna**. Napoli: Guida Editori, 1980.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 11ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **Para além do subjetivismo jurídico moderno**. Curitiba: Juruá, 2007.

GROSSI, Paolo. Parole Introduttive. In: GROSSI, Paolo (org.). **L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno: strumenti, destinatari, prospettive** – atti dell'incontro di studio, Firenze, 6-7, novembre, 1992. Milano: Giuffrè, 1993, p. 05-13.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROSSI, Paolo. **Scienza giuridica italiana**: un profilo storico 1860-1950. Milano: Giuffrè, 2000.

GROSSI, Paolo. Storia sociale e dimensione giuridica. In: GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro** – atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27, aprile, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 05-19.

GROSSI, Paolo. Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridico medievale). **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. XXV, Milano: Giuffrè, p. 267-284, 1996.

GROSSI, Paolo. *Usus facti*: la nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova**. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 1, Milano: Giuffrè, p. 287-355, 1972.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

HERNÁNDEZ, José Ramón Narváez. **La persona en el derecho civil** (historia de un concepto jurídico). México: Editorial Porrúa, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do Leviathan**: instituições e poder político – Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Lei e justiça**: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 07-58.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 35, Milano: Giuffrè, p. 59-81, 2006.

HESPANHA, António Manuel. Une "nouvelle histoire" du droit?. In: GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica**: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro – atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 315-340.

HOBSBAWM, Eric. **Sobre história**. 7ª. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. 24ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octavio. **Origens agrárias do Estado brasileiro**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

IHERING, Rudolf von. **Posse e interditos possessórios**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1959.

IHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. São Paulo: JG Editor, 2003.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

ITAGYBA, J. Nogueira. **A posse e theoria dos interdictos possessorios**. 2ª ed. Rio de Janeiro: edição do autor, 1902.

KOERNER, Andrei. Nômades, provincianos, fronteiriços: reflexos sobre a institucionalização acadêmica da história do direito no Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 437-448.

LE GOFF, Jacques. **A história nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Bauru: Edusc, 2005.

LE GOFF, Jacques. Histoire medievale et histoire du droit: un dialogue difficile. In: GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica**: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro – atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 23-63.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil**: uma interpretação. São Paulo: Editora Senac, 2008.

LOUREIRO, Lourenço Trigo. **Instituições de direito civil brasileiro**. Tomos I e II, 4ª edição, Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1871.

MACPHERSON, C. B.. **A teoria política do individualismo possessivo**: de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A Legislação Pombalina**: alguns aspectos fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o direito civil**: para a crítica histórica do 'paradigma civilístico'. Coimbra: Almedina, 1990.

MELLO FREIRE, Pascoal José de. **Instituições de Direito Civil português**: tanto público como particular, 1779. (obra digitalizada na biblioteca digital ARDIES - http://www.fd.unl.pt/).

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos Reais**: segundo as prelecções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970 -1971. Coimbra: Almedina, 1971.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2, Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – v. IV – Direitos Reais. 18ª ed. São Paulo: Forense, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Cousas**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1877.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. **Discurso histórico e direito**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Direito e discurso: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 131-137.

PORTO, José da Costa. **Sistema sesmarial no Brasil**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1978.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAU, Virgínia. **Sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1946.

REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano**. Padova: Cedam, s/d, p.41-44.

REZENDE, Astolpho. **Do direito das cousas (da posse)** - Arts. 485 – 523, In: LACERDA, Paulo de. Manual do Código Civil brasileiro. Volume VII (segunda tiragem), Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**: introdução ao estudo do direito civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Da posse e das acções possessorias**: segundo o direito patrio comparado com o Direito Romano e Canonico. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C. Livreiros-Editores, 1883.

RIBAS, Antonio Joaquim. Prefação. In: ALENCAR, José de. **A Propriedade**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1883. p. V - XVI.

ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de Direito Civil portuguez**. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852. (obra digitalizada na biblioteca digital ARDIES - http://www.fd.unl.pt/).

RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1980.

RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projecto de Código Civil precedido da história documentada do mesmo e das anteriores**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio – Rodrigues & C., 1897.

RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de Direito Civil português. Coimbra: Almedina, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Joaquim Felicio dos. **Projecto do Codigo Civil Brazileiro e commentario**. Tomo III, Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1886.

SAVIGNY, Frédéric Charles. **Traité de la possession en droit romain**. 12ª ed. Paris: A. Durand e Pedone Lauriel, 1870.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930), São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2000.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos – Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis: Fundação Boiteux, ano XXVII, n. 55, p. 253-286, dezembro de 2007.

SILVA, Lígia Osorio. **As leis agrárias e o latifúndio improdutivo**. In: Perspectiva , São Paulo: Fundação SEADE, v. 11, n. 02, p. 15-25, abril/junho, 1997.

SILVA, Lígia Osorio. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da lei de 1850. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996.

SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica, In: RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de Direito Civil português, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1994.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2000.

TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. **Curso de direito civil portuguez**: para o ano lectivo de 1843 – 1844. Tomo II, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845. (obra digitalizada na biblioteca digital ARDIES - http://www.fd.unl.pt/).

TELLES, José Homem Corrêa. **Digesto portuguez** ou tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835. (obra digitalizada na biblioteca digital ARDIES - http://www.fd.unl.pt/).

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Laudatio a Paolo Grossi "in" CAPPELLINI, Paolo et alii. **De la Ilustración al Liberalismo**: symposium em honor al professor Paolo Grossi. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1995.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. São Paulo: Atlas, 1977.

VOLANTE, Raffaele. **Fatto normativo e interpretatio iuris**: la definizione del possesso nel diritto comune. In: ORDO IURIS: storia e forme dell'esperienza giuridica. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01-39.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de sociologia compreensiva. Brasília: Editora UNB, 1991.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Humanismo e cultura jurídica luso-brasileira no período colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2003, p. 41-60.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Editora Paris, 1994, p. 09-16.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, nº 28, p. 55-67, 1994/95.

ANEXO I – TABELAS CONTENDO DADOS SOBRE A POSSE NA REVISTA "O DIREITO"
(1873 – 1913)

TABELA 1 – RELAÇÃO DE DOUTRINADORES CITADOS NOS JULGADOS SOBRE POSSE DA REVISTA "O DIREITO" (total de 56 julgados).

Doutrinador	Nº de julgados em que aparecem	Nº de vezes (total) em que foram citados
Lafayette Rodrigues Pereira	27	79
Antonio Joaquim Ribas	19	45
José Homem Corrêa Telles	21	32
Manuel de Almeida e Souza de Lobão	19	28
Paula Baptista	14	18
Manuel António Coelho da Rocha	11	14
Friedrich Karl von Savigny	08	13
Pereira e Souza	08	10
Charles Maynz	07	11
Augusto Teixeira de Freitas	05	06
Pascoal José de Mello Freire	04	08
Aubry e Rau.	03	05
Carlos de Carvalho	03	04
Rudolf von Ihering	02	03
Paulus (jurisconsulto romano)	03	03
F. Mackeldey	02	07
Ulpiano (jurisconsulto romano)	02	03
Mourlon	03	05
Ferreira Borges	02	02
Manuel Borges Carneiro	02	02
Candido Mendes	02	02
Laurent	03	04
Puchta	01	01
Van Wetter	01	01
Molitor	01	01
Merlin	01	01
Rebouças	02	02
Loureiro	01	01
Mazzoni	01	01
Pothier	01	01
Cons. Orlando	01	01
Ribeiro de Moura	01	01
Gaius	01	01
Celsus	01	01
Ramalho	01	01
Guerreiro	01	01
Zachariae	01	01
Lacerda D'Almeida	01	01

TABELA 2 – QUANTIDADE DE "FONTES FORMAIS" CITADAS NOS JULGADOS SOBRE POSSE DA REVISTA "O DIREITO" (total de 56 julgados).

Fontes	Nº de julgados em que aparecem	Nº de vezes que foram citadas (citações ao todo)
Ordenações Filipinas	36	97
Digesto	24	54
Consolidação das Leis Civis (Teixeira de Freitas)	22	44
Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 (Lei de Terras)	05	08
Código Civil francês	03	04
Institutas	03	03
Regul. nº 1.318 de 1854	02	02
Lei de 22 de Setembro de 1828	02	02
Reg. de 15 de Março de 1842	02	02
Código Civil da Prússia	02	02
Dec. nº 2.405 de 03 de Março de 1858	01	01
Código Civil do Chile	01	01
Lei 3.272 de 05 Janeiro	01	01
Lei 1.237 de 24 de Setembro de 1864	01	01
Código Civil alemão	01	01
Alvará de 09 de Novembro de 1774	03	04
Dec. 370 de 02 de Maio de 1890	02	03
Dec. 737	02	02
Dec. 733	01	01
Dec. 4.495/1868	01	01
Dec. 3.453 de 25 de Abril de 1865	01	02
Dec. de 19 de Janeiro de 1890	01	01
Resolução de 04 de Julho de 1754	01	01
Alvará de 04 de Setembro de 1810	01	01
Cod. Comercial	01	01
Lei n. 1021 de 26 de Agosto de 1903	01	06
Decreto n. 4956 de 09/09/1903	01	05
Cód. Proc. Civil Francês	01	01
Lei de 16 de setembro de 1824	01	01
Código Civil Português	02	02
Assento de 16 de Fevereiro de 1786	03	06
Dec. 763 de 1890	01	01
Dec. 5.561 de 1905	01	01

TABELA 3 – RELAÇÃO DE ASSUNTOS SOBRE A POSSE NA JURISPRUDÊNCIA DO PERÍODO INVESTIGADO (total de 56 julgados e 1 resolução)

Órgão Julgador	Assunto relacionado	Ano do julgado	Ano da publicação
1 – Juízo de Direito de Pelotas (1ª Instância) – Tribunal de Relação da Corte (2ª Instância)	Possessória – juízo possessório x petitório – *exceptio domini*	1873	Ano II – 1874
2 - Juízo de Direito de Recife	Manutenção de posse – posse de direitos pessoais	1873	Ano II – 1874
3 – Juízo de 1ª Instância – Tribunal de Relação da Bahia	Posse – usucapião – venda de bens pro indiviso feita pelo inventariante	1873	Ano III – 1875
4 – Supremo Tribunal Federal	Posse – locação – turbação – posse de locatário	1878	Ano VI – 1878
5 – Supremo Tribunal Federal	Restituição de posse velha – procedimento ordinário	1885	Ano XIII – 1885
6 – Supremo Tribunal Federal	Restituição de posse velha – procedimento ordinário	1886	Ano XIV – 1886
7 – Tribunal de Relação do Recife	Manutenção de posse	1886	Ano XIV – 1886
8 – Resolução de Joaquim Delfino Ribeiro da Luz	Manutenção de posse – posse de gás	1887	Ano XV – 1887
9 – Tribunal de Relação da Bahia	Questão de prescrição aquisitiva e posse - Usucapião	1888	Ano XVI – 1888
10 – Tribunal de Relação de Porto Alegre	Posse - transferência de domínio	1888	Ano XVI – 1888
11 - Juízo de Direito de Ubá (Minas Gerais)	Manutenção de posse – posse jurídica	1889	Ano XVIII – 1890
12 – Juízo de Direito de Ubá (Minas Gerais)	Ação possessória – posse jurídica	1889	Ano XVIII – 1890
13 - Juízo de Direito de Ubá (Minas Gerais)	Acessão de posse	1889	Ano XXI – 1893
14 – Juízo de Direito de Oliveira (Minas Gerais)	Ação possessória – ação de força nova	1892	Ano XXI – 1893
15 – Juízo de Direito de Guaratinguetá	Ação possessória – proteção da posse e da propriedade	1892	Ano XXI – 1893
16 – Juízo de Direito de São José dos Campos	Manutenção de posse de imóvel *pro indiviso* – juízo possessório x petitório – *exceptio domini*	1890	Ano XX – 1892
17 – Juízo de Castro – Paraná	Posse – manutenção de posse – terrenos *pro indiviso — exceptio domini*	1891	Ano XX – 1892

18 – Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo	Posse – mandado de manutenção – transmissão os herdeiros na sucessão	1892	Ano XXI – 1893
19 – Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	Ação possessória – indenização – legitimidade	1893	Ano XXI – 1893
20 – Juízo de Direito de Bom-Conselho (Pernambuco)	Posse – prescrição aquisitiva	1893	Ano XXII – 1894
21 – Juízo de Direito de São João D'El Rey	Ação de esbulho – domínio – juízo possessório x petitório	1893	Ano XXII – 1894
22 – Juízo de Direito de Oliveira (Minas Gerais)	Discussão de domínio em ação possessória	1893	Ano XXII – 1894
23 - Juízo de Direito da cidade do Pilar (Alagoas)	Ação possessória – constituto possessório	1893	Ano XXII – 1894
24 – Juízo de Direito da cidade de Belém (Pará)	Posse – interditos possessórios – esbulho	1891	Ano XXII – 1894
25 – Supremo Tribunal Federal	Posse – quase-posse – natureza jurídica da posse	1893	Ano XXII – 1894
26 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	Manutenção de posse	1895	Ano XXIII – 1895
27 – Supremo Tribunal Federal	Domínio e posse dos bens das igrejas – Ações possessórias	1895	Ano XXIII – 1895
28 – Tribunal de Justiça do Estado do Piauí	Diferença entre possessória e petitória	1895	Ano XXIV – 1896
29 – Tribunal de Relação de Ouro Preto (Minas Gerais)	Posse e alienação de imóvel *pro indiviso*	1895	Ano XXIV – 1896
30 – Juízo de Direito de Oliveira (Minais Gerais)	Posse – cabimento de ação possessória - força nova	1895	Ano XXIV – 1896
31 – Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro	Manutenção de posse – prova	1896	Ano XXIV – 1896
32 – Tribunal Superior de Justiça do Estado de Alagoas	Posse – turbação – interditos possessórios	1895	Ano XXIV – 1896
33 – Supremo Tribunal Federal	Manutenção de posse – posse de direitos reais e pessoais	1897	Ano XXV – 1897
34 – Supremo Tribunal Federal	Posse de bens da igreja – ações possessórias	1897	Ano XXV – 1897
35 – Superior Tribunal de Justiça do Estado do Piauí	Posse – comprovação – prevalecimento de posse mais antiga	1895	Ano XXVI – 1898
36 – Juízo Federal no Estado de Pernambuco	Prova dos limites da posse	1896	Ano XXVII – 1899
37 – Juízo de Direito de Olinda (Pernambuco)	Discussão sobre a posse efetiva	1897	Ano XXVII – 1899

38 – Juízo de Direito de Olinda (Pernambuco)	Ato turbativo de posse	1897	Ano XXVIII - 1900
39 – Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	Manutenção de posse – prova em ações possessórias	1898	Ano XXVIII - 1900
40 – Supremo Tribunal Federal	Posse jurídica – posse de direitos pessoais	1901	Ano XXIX – 1901
41 – Supremo Tribunal Federal	Comprovação da posse pelo decurso de tempo	1900	Ano XXIX – 1901
42 – Juízo de Direito de Porto Alegre (Rio Grande do Sul)	Abuso do direito de propriedade	1898	Ano XXIX – 1901
43 – Superior Tribunal do Maranhão	Posse – Usucapião – Casa construída em terreno alheio – Acessão	1901	Ano XXX – 1902
44 – Juízo de Direito de Olinda	Posse de Direitos Reais – Bens Corpóreos	1902	Ano XXX – 1902
45 – Supremo Tribunal Federal	Posse de coisas corpóreas ou quase-posse de direitos reais.	1902	Ano XXX – 1902
46 – Tribunal da Relação de Belo Horizonte	Posse em terreno *pro indiviso*	1900	Ano XXX – 1902
47 – Supremo Tribunal Federal	Terras devolutas – posse e propriedade	1903	Ano XXXII – 1904
48 – Supremo Tribunal Federal	Ações possessórias – posse de coisas corpóreas ou da quase-posse de direitos reais	1903	Ano XXXII – 1904
49 – Supremo Tribunal Federal	Posse – intenção de possuir – elemento da posse	1903	Ano XXXII – 1904
50 – Supremo Tribunal Federal	Concessão de terras devolutas – posse e propriedade	1904	Ano XXXIII – 1905
51 – Supremo Tribunal Federal	Desapropriação – Manutenção de posse	1905	Ano XXXIV – 1906
52 – Juízo Federal no Distrito Federal	Ação possessória – presunção de posse – propriedade – *exceptio domini*	1906	Ano XXXIV – 1906
53 – 1ª Câmara da Corte de Apelação – Rio de Janeiro	Imissão de posse – requisitos	1906	Ano XXXIV – 1906
54 – 1ª Câmara da Corte de Apelação – Rio de Janeiro	Ação de manutenção de posse de direitos pessoais	1907	Ano XXXV – 1907
55 – Supremo Tribunal Federal	Manutenção de posse	1908	Ano XXXVI – 1908
56 – Superior Tribunal de Justiça	Interditos possessórios – posse de coisas móveis ou imóveis – quase posse de direitos reais	1909	Ano XXXVII –1909
57 – Tribunal de Justiça do Estado do Piauí	Posse – turbação – força nova	1895	Ano XXVI - 1898

TABELA 4 – PORCENTAGENS DOS JULGADOS NOS ÓRGÃOS JULGADORES (total de 56 julgados).

Órgãos julgadores	Número	Porcentagem
1ª Instância	20	36%
Tribunais locais e STJ (dos Estados)	20	36%
STF	16	28%

ANEXO II - RELAÇÃO DOS JULGADOS ENCONTRADOS E ANALISADOS DA REVISTA "O DIREITO"

01 - Órgão Julgador: 1ª Instância – Cidade de Pelotas; 2ª Instância – Tribunal de Relação da Côrte.
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1873
Revista: O Direito – Anno II - 1874
Assunto: Possessória – Possessória – juízo possessório x petitório – *exceptio domini*
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (8x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (2x)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim (Assento de 16 de fevereiro de 1786). (2x).
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lobão, Interdictos (1x);
Correa Telles – Doutrina da acções (1x).

02 - Órgão Julgador: Juízo de direito de Recife
Julgado:
Data do julgamento: 1873
Revista: O Direito – Anno II - 1874
Assunto: Manutenção de posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Corrêa Telles, Doutrina das Acções
Lobão, Tratado dos Interdictos

03 - Órgão Julgador: Juízo de 1ª Instância Tribunal de Relação da Bahia
Julgado: Appellação cível
Data do julgamento: 1873
Revista: O Direito – Anno III - 1875
Assunto: Posse – Usucapião – Venda de bens pro indiviso feita pelo inventariante.
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não.
c) Direito Romano: não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Correa Telles. Doutrina das acções – 2x
Pereira e Souza – 1x
Coelho da Rocha – 1x

04 - Órgão Julgador: STF
Julgado: ?
Data do julgamento: 1878
Revista: O Direito – Anno VI - 1878
Assunto: Posse – locação – turbação – posse de locatário
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não.
c) Direito Romano: sim
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lobão (3x)
Correa Telles (3x)
Mayns (1x)
Coelho da Rocha (1x)

05 - Órgão Julgador: STF
Julgado: ?
Data do julgamento: 1885
Revista: O Direito – Anno XIII - 1885
Assunto: Restituição de posse velha – procedimento ordinário
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (1x).
c) Direito Romano: não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Lei de 18 de setembro de 1850 (2x)
Lei de 16 de setembro de 1824 (1x)
Ordem n. 132 de 14 de Maio de 1849

Fontes doutrinárias: Não

06 - Órgão Julgador: STF
Julgado: Acordão revisor
Data do julgamento: 1886
Revista: O Direito – Anno XIV - 1886
Assunto: Restituição de posse velha – procedimento ordinário
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não.
c) Direito Romano: não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias: Não

07 - Órgão Julgador: Tribunal de Relação do Recife
Julgado: Aggravo Civel
Data do julgamento: 1886

Revista: o Direito – Anno XIV - 1886
Assunto: Manutenção de posse
Fontes Formais-Legislativas:
a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não.
c) Direito Romano: não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não
Fontes doutrinárias:
Paula Baptista – Prat. Do Proc. Civil – (2x)
Ribas – Consolidação das leis proc. Civis (2x)
Teixeira de Freitas, primeiras linhas (?) (1x)
Lobão – Interdictos Possessórios (1x)
Ramalho – Praxe (1x)

08 - Órgão: Resolução – de Joaquim Delfino Ribeiro da Luz.
Julgado: Resolução de 12 de fevereiro de 1887 (trata-se de uma resolução).
Data do julgamento: 1887
Revista: O Direito – Anno XV - 1887
Assunto: Manutenção de posse (gás)
Fontes Formais-Legislativas:
a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não
Fontes doutrinárias:
Mello Freire
Corrêa Telles, Dout. das Acç.

09 - Órgão Julgador: Tribunal de Relação da Bahia
Julgado: Aggravo cível
Data do julgamento: 1888
Revista: O Direito – Anno XVI - 1888
Assunto: Questão de prescrição aquisitiva e posse - usucapião
Fontes Formais-Legislativas:
a) Ordenações Filipinas: não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (2x)
c) Direito Romano: não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não
Lei 601 de 18 de Setembro de 1850
Fontes doutrinárias:
Correa Telles. Dig. Port. (2x)

10 - Órgão Julgador: Tribunal de Relação de Porto Alegre
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1888
Revista: O Direito – Anno XVI - 1888
Assunto: Posse – transferência de domínio.

Fontes Formais-Legislativas:

i) Ordenações Filipinas: Não
j) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
k) Direito Romano: Não
l) Direito Canônico: Não
m) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim.
Regul. N. 1318 de 1854.
n) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
o) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
p) Outras fontes (qual): Sim.
Lei n. 601 de 1850.

Fontes doutrinárias: Não

11 - Órgão Julgador: Juízo de direito de Ubá (Minas Gerais)
Julgado: acção possessória
Data do julgamento: 1889
Revista: O Direito – Anno XVIII - 1890
Assunto: Posse – manutenção de posse – posse jurídica
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim (Digesto, 5x)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim
Lei n. 601 de 1850.

Fontes doutrinárias:

Lobão, Interdictos
Corrêa Telles, Doctr. das Acç.
Digesto

12 - Órgão Julgador: Juízo de Ubá (Minas Gerais)
Julgado: acção de força nova.
Data do julgamento: 1889
Revista: O Direito – Anno XVIII - 1890
Assunto: Posse – ação possessória - posse jurídica
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim 2x (notas T. de Freitas)
c) Direito Romano: Sim (Digesto, 11x)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Ribas, Dir. Civ.
Lafayette, Dir. das cousas. (6x)
Ulpiano, no D. *pro derelicto*;
D. fr. 5, *de probat*.
Savigny
Lobão, Not. a Mello
Puchta
Van Wetter
Coelho da Rocha, Dir. Civ.

13 - Órgão Julgador: Comarca de Ubá (Minas Gerais)
Julgado: Exceção de prescrição
Data do julgamento: 1889
Revista: O Direito – Anno XXI - 1893
Assunto: Usucapião – Acessão de posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (5x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (4x)
c) Direito Romano: Sim (através do Corpus Iuris Civilis)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim (2x)

Alvará de 9 de Novembro de 1774 (2x);

f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): não
h) Outras fontes (qual): Sim.

Código da Prússia – Art. 617; Cod. Civ. Francês, art. 2268

Fontes doutrinárias:

Digesto (2x)
Lafayette, Dir. das coisas (2x)
Coelho da Rocha (2x)
Savigny – Traité de la possession
Molitor – La possession
Lobão – Obrig. Recip. (2x)
Corr. Telles. Doutrina das Ações (3x)
Inst. De action. (Institutas)
Maynz
Merlin – veb. Praescrisptium
Mourlon – Cod. Nap.

14 - Órgão Julgador: Juízo de direito de Oliveira (Estado de Minas Gerais)
Julgado: Ação de força nova
Data do julgamento: 1892
Revista: O Direito – Anno XXI - 1893
Assunto: Posse -
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (1x)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim. (2x)

Alvará de 09 de Setembro de 1774); Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 222.

f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lafayette – Direito das cousas (3x)
Coelho da Rocha.
Pereira e Souza – Primeiras linhas.

15 - Órgão Julgador: Juízo de direito de Guaratinguetá
Julgado: Sentença
Data do julgamento: 1892
Revista: O Direito – Anno (1892-93?)
Assunto: Posse - possessória
Fontes Formais-Legislativas:

i) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
j) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim
k) Direito Romano: Sim (Digesto, 2x)
l) Direito Canônico: Não
m) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: não

n) Legislação específica sobre a propriedade (qual): não
o) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
p) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Ihering, do fundamento da protecção possessoria
Almeida e Souza, Interdictos (3x)
Ribas, Acções possessorias
Rebouças, Commentarios ao art. 819 da Consolidação.
Digesto, fr. 1º, 2º. (2x)
Teixeira de Freitas. Commentarios aos arts. 811, 812, 817 e 818 da Cons.
Coelho da Rocha

16 - Órgão Julgador: Juízo de Direito de São José dos Campos
Julgado: Acção possesória
Data do julgamento: 1890
Revista: o Direito – Anno (1892/93?). Vol. 58
Assunto: Manutenção de posse de imóvel pro indiviso – juízo possessório x petitório – *exceptio domini*
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não.
c) Direito Romano: não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim
    a. Alvará de 09 de Novembro de 1754
    b. Assento de 16 de fevereiro de 1786 (2x)

Fontes doutrinárias:

Guerreiro. Trat II. (1x)
Paula Baptista (1x)
Correa Telles. Doutrina das acções (1x)
Pereira e Souza (1x)
Lafayette. Dir das cousas (1x).
Lobão. Interd. Poss. (1x)
Digesto (Ulpiano). (4x)
Cód. Civ. Port. (1x)

17 - Órgão Julgador: Juízo de Castro - Paraná
Julgado: Acção de manutenção
Data do julgamento: 1891
Revista: O Direito – Anno (1892/93?). Vol. 58
Assunto: Posse – terrenos pro indiviso – ação de manutenção de posse – *exceptio domini*
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim. (3x).
c) Direito Romano: não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim
    a. Assento de 16 de fevereiro de 1786

Fontes doutrinárias:

Correa Telles. Doutrina das acções – (1x)
Rebouças. Observações à Consolidação (1x)
Lobão (2x)
Ribas, Consol. (1x)
Lafayette. Dir. das cousas (1x)
Digesto (4x)

Zachariae. Droit Civ. Fr. (1x)
Lacerda D'Almeida. Terras divisas (1x)

18 - Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo
Julgado: Appellação Civel
Data do julgamento: 1892
Revista: O Direito – Anno XXI - 1893
Assunto: Posse – mandado de manutenção – transmissão da posse aos herdeiros na sucessão
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (6x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (2x)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:
Lafayette. Direito das cousas. (4x)
Digesto (5x)
Pereira e Souza. Prim. Linhas (3x)
Laurent. Droit Civil (2x)
Savigny. Trat. da posse (3x)
Mainz. Direito romano (4x)
Mello Freire (3x)
Mourlon (3x)
Correa Telles. Doutrina das acções (2x)
Ribas. Proc. Civil (2x)
Paula Baptista (2x)
Gaius (jurisconsulto) (1x)
Cód. Proc. Civil Francez (1x)
Cód Civil Portuguez (1x)
Coelho da Rocha. Dir. Civ. (1x)

19 - Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1893
Revista: O Direito – Anno XXI – 1893
Assunto: atos turbativos ou espoliativos da posse.
Fontes Formais-Legislativas:

q) Ordenações Filipinas: Sim (8x)
r) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
s) Direito Romano: Sim (através de Maynz)
t) Direito Canônico: Não
u) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
v) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
w) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
x) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:
Correia Telles, Doutr.das acç. (2x)
Paula Baptista, Comp. de Prat. do Proc. Civ. e Comm.
Maynz, Cours de droit rom.

20 - Órgão Julgador: Juízo de direito de Bom-Conselho (Pernambuco)
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1893
Revista: O Direito – Anno XXII - 1894
Assunto: Posse – prescrição aquisitiva
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Correia Telles – Doutrina das ações

21 - Órgão Julgador: Juízo de direito de São João D'El Rey
Julgado: Appellação cível
Data do julgamento: 1893
Revista: O Direito – Anno XXII - 1894
Assunto: Acção de esbulho – domínio – juízo possessório x petitório
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Ribas. Consol. (1x)
Paula Baptista (1x)
Lafayette. Dir. das cousas (1x)

22 - Órgão Julgador: Juízo de direito de Oliveira (Minas Gerais)
Julgado: Ação de nunciação de obra
Data do julgamento: 1893
Revista: O Direito – Anno XXII - 1894
Assunto: Discussão de domínio em ação de possessória
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (3x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (6x)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim. Dec. 737; Dec. 733.

Fontes doutrinárias:

- Maynz, Dir. Romano. (1x)
- Lafayette Pereira, Direito das cousas. (8x)
- Ribas. Acç. poss. (3x)
- C. Telles – Doutrina das ações (por Teixeira de Freitas). (2x)
- Candido Mendes, Cod. Philipp. (1x)

23 - Órgão Julgador: Juízo de direito da cidade do Pilar (Alagoas).
Julgado: Ação possessória
Data do julgamento: 1893
Revista: O Direito – Anno XXII – 1894.
Assunto: Constituto Possessório
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não

c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lafayette, Direito das cousas (1x)
Savigny, Traité de la posses. (1x).

24 - Órgão Julgador: Juízo de Direito da cidade de Belém (Pará)
Julgado: Ação de esbulho
Data do julgamento: 1891
Revista: O Direito – Anno XXII - 1894
Assunto: domínio – posse – interdictos possessórios
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim (3x. - Digesto, 2x; Maynz, 1x).
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lafayette, Direito das coisas (3x)
Digesto, liv. 43, tit. II, - De adq. vel. amitt. Possessione – Fr. 13, §1º.
Digesto, liv. 41, tit. 3º;- De usurpationibus et usucapionibus, Fr. 16
Savigny, Trat. da posse.
Maynz, Direito Romano
Corrêa Telles, Doutrina das Acções, ed. de Teixeira de Freitas.
Paula Baptista, Theoria e Pratica do Proc. Civ.

25 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1893
Revista: O Direito – Anno XXII - 1894
Assunto: Posse e quasi-posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (3x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim (Digesto, 3x)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

D. L. 3 pr., de acq poss.
D. L. 23, §2º, ex. quib caus. maj.
D. L. 20, de servit.

26 - Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1895
Revista: O Direito – Anno XXIII - 1895
Assunto: Manutenção de posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)

b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lafayette, Direito das cousas (6x)
Ribas, Acções poss. (5x)
Lobão, Interdictos
Coelho da Rocha, D. civ. (2x)
Paula Baptista, Pr. Civ. (2x)
P. Souza, comm. pr. Teixeira de Freitas

27 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Recurso Extraordinario
Data do julgamento: 1895
Revista: O Direito – Anno XXIII - 1895
Assunto: Domínio e posse dos bens das igrejas
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (3x)
c) Direito Romano: Sim (Digesto)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim. Dec. 4.495/1868
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

D. L. 1º § 9. *uti possidetis*. (2x)
D. L. 41 – "adipiscimur possessionem corpore et animo"
Lafayette, Direito das cousas (13x)
Ribas, Dir. Civ. (2x)

28 - Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Estado do Piauhy
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1895
Revista: O Direito – Anno XXIV - 1896
Assunto: Possessória x Petitória
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (4x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (2x, com. de Teixeira)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim
   Reg. de 15 de março de 1842.
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim.
   Lei de 18 de Setembro de 1850 (n. 601); Lei de 22 de Setembro de 1828;

Fontes doutrinárias:

Corrêa Telles, Doutrina das acções (2x)
Ferreira Borges

29 - Órgão Julgador: Tribunal da Relação de Ouro Preto
Julgado: Apelação civil n. 718
Data do julgamento:

Revista: O Direito – Anno XXIV - 1896
Assunto: Alienação de imóvel *pro indiviso*
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (3x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim.
Cod. Civil Francês, art. 1596.

Fontes doutrinárias:

Corrêa Teles - Dig. Port.
Lafayette – Dir. das cousas.
Borges Carneiro. Dir. Civil

30 - Órgão Julgador: Juízo de direito de Oliveira (Minas Gerais)
Julgado: Ação ordinária
Data do julgamento: 1895
Revista: O Direito – Anno XXIV - 1896
Assunto: Posse – cabimento de ação possessória ou de força.
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (1x).
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim. Dec. 737, art. 237.
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lafayette – Direito das cousas (3x)
P. Souza.

31 - Órgão Julgador: Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1896
Revista: O Direito – Anno XXIV - 1896
Assunto: Prova em manutenção de posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim.
Cod. Civil do Chile, art. 719

Fontes doutrinárias:

L. 7, Cod.
P. Baptista
Lafayette – Dir. das cousas (2x)
Aubry e Rau..tom.
Coelho da Rocha, Dir. Civil.

32 - Órgão Julgador: Tribunal Superior de Justiça do Estado de Alagoas
Julgado: Apelação cível

Data do julgamento: 1895
Revista: O Direito – Anno XXIV - 1896
Assunto: Posse – turbação – interdictos.
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: 6
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Ribas, Acções possess.
Pereira e Souza (processo)
Teixeira de Freitas
Dig. (2x)
Institutas;
Paula Baptista
Lafayette

33 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Agravo de petição
Data do julgamento: 1897
Revista: O Direito – Anno XXV
Assunto: Manutenção de posse – direitos reais – direitos pessoais
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias: Não citadas

34 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1897
Revista: O Direito – Anno XXV - 1897
Assunto: Posse de bens da igreja
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Sim (3x)
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias: Não citadas

35 - Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça do Estado do Piauhy
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1895
Revista: O Direito – Anno XXVI - 1898
Assunto: Posse – comprovação – prevalecimento de posse mais antiga
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (4x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (2x)
c) Direito Romano:
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Sim
Dec. nº 3.453 de 25 de Abril de 1865 (2x); Dec. de 19 de Janeiro de 1890
Regulamento referido no Dec. n.º 370 de 2 de Maio de 1890 (2x); Reg. de 30 Janeiro de 1854;
Reg. de 15 de Março de 1842.
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual):
g) Legislação específica sobre a posse (qual):
h) Outras fontes (qual):
Códigos da Áustria, da Baviera, da Prússia e do Chile.
Lei n.º 1.237 de 24 de Setembro de 1864.
Lei n.º 3.272 de 05 de Janeiro
Lei de 18 de Setembro de 1850.
Lei de 22 de Setembro de 1828.

Fontes doutrinárias:
Almeida e Souza, dos interd.
Paula Baptista
Coelho da Rocha,
Corrêa Telles (3x)
Lobão, Notas a Mello.
Loureiro, Direito civil
Ferreira Borges

36 - Órgão Julgador: Juízo Federal no Estado de Pernambuco
Julgado: Ação de manutenção de posse
Data do julgamento: 1896
Revista: O Direito – Anno XXVII - 1899
Assunto: prova dos limites da posse
Fontes Formais-Legislativas:
a) Ordenações Filipinas:
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim. (1x)
c) Direito Romano:
d) Direito Canônico:
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Alvará de 30 de Maio de 1765;
Resolução de 4 de Julho de 1754;

f) Legislação específica sobre a propriedade (qual):
g) Legislação específica sobre a posse (qual):
h) Outras fontes (qual): Sim.
Ordenanças de 20 de fevereiro de 1708.

Fontes doutrinárias:
Lafayette – Direito das cousas (2x)
Savigny
Ribas

37 - Órgão Julgador: Juízo de direito do Município de Olinda – Estado de Pernambuco
Julgado: Ação de manutenção de posse.
Data do julgamento: 1897
Revista: O Direito – Anno XXVII - 1899
Assunto: Discussão de posse efetiva.
Fontes Formais-Legislativas:
a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não

h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Paula Baptista – Theoria e pratica do processo
Lafayette – Direito das cousas
Lobão – Interdictos
L. 6. Cod. *de testibus*.

38 - Órgão Julgador: Juízo de Direito do município de Olinda, Estado de Pernambuco.
Julgado: Ação de manutenção de posse
Data do julgamento: 1897
Revista: O Direito – Anno XXVIII - 1900
Assunto: Ato turbativo de posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Paula Baptista, Pratica do processo
Lafayette, Direito das cousas
Ribas, Acções possessorias

39 - Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1898
Revista: O Direito – Anno XXVIII - 1900
Assunto: Manutenção de posse – prova em ações possessórias
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (1x)
c) Direito Romano: Sim (Digesto, e Maynz 2x)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lafayette – Direito das cousas. (3x)
Paula Baptista – Processo civil. (2x)
Almeida e Souza – Tratado dos interdictos. (4x)
Silva à Ord. (comentários?)
Ribas – Acções possessorias. (3x)
Ribas – Cons. Proc. Civ.
Fr. 53, Dig. *de adquir. poss*.
Fr. 2º, Dig. *de uti possidetis*.
Mayntz – Cours de Droit Rom.
Pereira e Souza
Teixeira de Freitas.

40 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Agravo (n. 387)
Data do julgamento: 1901
Revista: O Direito – Anno XXIX - 1901
Assunto: Posse jurídica
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim.
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim (Digesto).
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Jurisconsulto Paulo, Lei 3 do Digesto.

41 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1900
Revista: O Direito – Anno XXIX - 1901
Assunto: Comprovação da posse pelo decurso do tempo
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim (Digesto – Lei 8ª §Iº. *de Prescript*.)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias: Não citadas

42 - Órgão Julgador: Juízo da Comarca de Porto Alegre
Julgado: Ação ordinária
Data do julgamento: 1898
Revista: O Direito – Anno XXIX - 1901
Assunto: Abuso do direito de propriedade
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim.
Cod. Civ. Allemão; Code civil (francês).

Fontes doutrinárias:

Aubry e Rau. (3x)
Mazzoni, Dir. Civ. Ital.
Th. Huc, Cod. Civil.
Marcadè Et Pont, Code Napolion
Cod. Civ. Allemão
Mourlon, Cod. Napol.

43 - Órgão Julgador: Superior Tribunal do Maranhão
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: (1901-1902?)
Revista: O Direito – Anno XXX - 1902
Assunto: Casa construída em terreno alheio
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas:
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas):
c) Direito Romano:

d) Direito Canônico:
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás:
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual):
g) Legislação específica sobre a posse (qual):
h) Outras fontes (qual):
Lei de 18 de Agosto de 1769.
Prússia, cod. Civ; e Portugal, Cod. Civ.

Fontes doutrinárias:
Instit. De –e-divis, §§ 29 e 34
Mello Freire (2x)
Lobão (2x)
Lafayette, Direito das cousas.
Borges Carneiro. L.
Coelho da Rocha, Dir. Civil
Ribeiro de Moura, Manual do edificante.
Corrêa Telles, Dig. Port.
C. de Carvalho, Cons. das leis civ.

44 - Órgão Julgador: Juízo de Direito de Olinda
Julgado: Ação de manutenção
Data do julgamento: 1902
Revista: O Direito – Anno XXX - 1902
Assunto: Posse de direitos reais – bens corpóreos.
Fontes Formais-Legislativas:
a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim (Paulo, jurisconsulto)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:
Jurisconsulto Paulo
Ribas, Acções Possessorias (2x)

45 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Agravo cível
Data do julgamento: 1902
Revista: O Direito – Anno XXX - 1902
Assunto: Manutenção de posse – posse de coisas corpóreas ou quase-posse de direitos reais.
Fontes Formais-Legislativas:
a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias: Não citadas

46 - Órgão Julgador: Tribunal da Relação de Bello Horisonte
Julgado: Apelação cível (com a petição do advogado)
Data do julgamento: 1900
Revista: O Direito – Anno XXX - 1902
Assunto: Posse em terreno *pro indiviso*
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Sim (Paulo)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Ribas, Acç. Poss. (5x)
Mackeldey (3x)
Paulus, fr. 3º §Iº, Dig,
Lafayette, Dir. das cousas. (5x)
Ihering, Fund. dos interd. posses. (2x)
Savigny, Trat. da pos.
Lobão.

47 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1903
Revista: O Direito – Anno XXXII - 1904
Assunto: Terras devolutas – posse e propriedade
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás:
Alvará de 4 de Setembro de 1810.
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias: Não

48 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Aggravo cível
Data do julgamento: 1903
Revista: O Direito – Anno XXXII - 1904
Assunto: Ações possessórias – posse de coisas corpóreas ou da quase posse de direitos reais.
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim
a. Accordão n. 312, de 27 de Agosto de 1898 - STF

Fontes doutrinárias: Não citadas

49 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Apelação
Data do julgamento: 1903
Revista: O Direito – Anno XXXII - 1904
Assunto: Posse – intenção de possuir é elemento constitutivo da posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (4x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim

c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Paula Baptista, Proc. Civil.
Ribas, Acções possessorias. (2x)
Lafayette, Direito das cousas. (2x)
Coelho da Rocha, Direito civil portuguez.
Teixeira de Freitas (edição da doutrina das acções de Correia Telles).
Lobão, Interdictos (2x)
Mello Freire, Inst. Juris Civilis
Candido Mendes, Codigo Philippino

50 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Embargos cíveis
Data do julgamento: 1904
Revista: O Direito – Anno XXXIII - 1905
Assunto: concessão de terras devolutas - propriedade
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (3x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (4x)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim.
Cod. Com.

Fontes doutrinárias:

Laurent, Droit civil français
Mourlon, Code civil
Pothier
C. de Carvalho, Nova Cons.
Lafayette
cons. Orlando

51 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal
Julgado: Agravo n. 637
Data do julgamento: 1905
Revista: O Direito – Anno XXXIV - 1906
Assunto: Desapropriação – Manutenção de posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (4x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (2x)
c) Direito Romano: Sim (1x)
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Lei n. 1021 de 26 de Agosto de 1903 [Lei de desapropriação] (6x); Decreto n. 4956 de 9 de Setembro de 1903 (5x).
g) Legislação específica sobre a posse (qual):Não
h) Outras fontes (qual): Constituição da República

Fontes doutrinárias:

Laurent, Dir. Civil vol. 3º. §11.
Carlos de Carvalho – Nova consolidação das leis civis (2x).
Maynz, D. Rom. §175.

52 - Órgão Julgador: Juízo Federal no Distrito Federal
Julgado: Acção de manutenção
Data do julgamento: 1906
Revista: O Direito – Anno XXXIV - 1906
Assunto: Ação possessória – presunção de posse – propriedade – *exceptio domini*
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (1x)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Savigny – Trat. sobre a posse (4x)
Mackeldey. Direito Romano (3x)
Correa Telles. Doutrina das acções (2x)
Ribas. Acç. Poss. (4x)
Lafayette. Dir. das cousas (4x)
Celso (jurisconsulto). (1x)

53 - Órgão Julgador: 1ª Câmara da Corte de Appellação – Rio de Janeiro
Julgado: Carta testemunhavel (n. 80)
Data do julgamento: 1905
Revista: O Direito – Anno XXIV - 1906
Assunto: Immissão de posse - requisitos
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (2x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (1x)
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim
    a. Dec. 763 de 1890.
    b. Dec. 5.561 de 1905

Fontes doutrinárias:

Digesto (1x)
Lafayette. Dir. das cousas (1x)
Ribas, Cons. (4x)

54 - Órgão Julgador: 1ª Camara da Corte de Appellação – Rio de Janeiro
Julgado: Appellação civel
Data do julgamento: 1907
Revista: O Direito – Anno XXXV - 1907
Assunto: Acção de manutenção de posse de direitos pessoais.
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não.
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lafayette. Dir das cousas (2x) Ribas. Acç Poss (1x)

55 - Órgão Julgador: Supremo Tribunal Feeral
Julgado: Aggravo cível
Data do julgamento: 1908
Revista: O Direito – Anno XXXVI - 1908
Assunto: Manutenção de posse
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (1x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Ribas. Acç. Poss. (1x)

56 - Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça
Julgado: Aggravo de petição
Data do julgamento: 1909
Revista: O Direito – Anno XXXVII - 1909
Assunto: Interditos possessórios – posse de coisas móveis ou imóveis – quase posse de direitos reais – não cabe posse de direitos pessoais
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Não
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Não
c) Direito Romano: Não
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Sim
    a. Accordão 284 de 7 de Agosto de 1879
    b. Accordão 286 de 5 de Setembro de 1897

Fontes doutrinárias:

Digesto (3x) Lobão (1x)
Mackeldey. Direito Romano (1x)
Ribas. Acç Poss. (1x)
Aubry et Rau. Droit Civil Français (1x)

57 - Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Estado do Piauhy
Julgado: Apelação cível
Data do julgamento: 1896
Revista: O Direito – Anno XXVI
Assunto: Posse – turbação – força nova.
Fontes Formais-Legislativas:

a) Ordenações Filipinas: Sim (4x)
b) Consolidação das leis civis (Teixeira de Freitas): Sim (1x)
c) Direito Romano: Sim
d) Direito Canônico: Não
e) Resoluções, decretos, regimentos, avisos e alvarás: Não
f) Legislação específica sobre a propriedade (qual): Não
g) Legislação específica sobre a posse (qual): Não
h) Outras fontes (qual): Não

Fontes doutrinárias:

Lei 3ª § 1º Dig. De adq. Vel amitt. Posses. - Ulp. fr. 38 §3º
Correia Telles – Doutrina das ações

TOTAL: 56 julgados e 1 resolução – específicos sobre posse.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo