

**O PERCURSO DA POSSE E DA PROPRIEDADE NO BRASIL:
DAS SESMARIAS AOS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS**

**THE COURSE OF POSSESSION AND PROPERTY IN BRAZIL:
FROM SESMARIA SYSTEM TO CONTEMPORARY CONCEPTS**

*Marcelo Luiz Francisco de Macedo Bürger¹
João Paulo Capelotti²*

Resumo: A partir da premissa de que o conceito de propriedade assumiu diversas formas ao longo da história, o artigo reconta, sinteticamente, trecho brasileiro desse trajeto. Das sesmarias inspiradas pela necessidade de cultivo que se transformaram em latifúndios, passando pelo caótico “período de posses” e pela consagração de uma propriedade plena no Código Civil anterior, chega-se aos dias de hoje, em que a doutrina enfrenta o desafio de reinterpretar a visão pandectística que ainda tem raízes fortes na mentalidade (não apenas jurídica) dos brasileiros.

Palavras-chave: propriedade; posse; história; registro; função social

Abstract: Starting from the premise that the concept of property has taken many forms throughout history, the article tells, briefly, a Brazilian portion of such path. From glebes inspired by the need of being cultivated that eventually turned into land properties, passing by the chaotic “possession period” and the praise for an absolute property in the old Civil Code, nowadays the doctrine faces the challenge of reinterpreting the pandectistic view of the property, which still has strong roots in Brazilian’s (not only legal) mindsets.

Keywords: property; possession; history; register; social function

Introdução

Se há um conceito capaz de sintetizar as gigantescas transformações que o passar do tempo é capaz de provocar, esse conceito é a propriedade. Hoje em dia, seja nos ilustrados círculos jurídicos, seja nas raias do senso comum, a propriedade é uma

¹ Mestre em em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET) e em Direito Contemporâneo pela Universidade Positivo (UP); Acadêmico intercambista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL/PORTUGAL); Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito de Curitiba - Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); Presidente da Comissão de Relações Acadêmicas do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

² Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), em Curitiba/PR. Graduado em Direito pela Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), campus de Franca/SP. Sócio da Tomasetti Jr. & Xavier Leonardo Advogados. Membro da International Society for Humor Studies (ISHS) e da International Society for Luso-Hispanic Humor Studies (ISLHHS). Membro do Núcleo de Direito Privado Comparado da UFPR.

senhora respeitável que aparenta ter sido sempre o que é hoje: o vínculo absoluto entre homem e coisa, o feixe de poderes de fruir e dispor livremente de algo.

Convém, no entanto, aceitar o convite de Paolo Grossi para permitir-se um repensar da propriedade. As surpresas ao se abrir a caixa de Pandora não serão poucas, e perpassam a descoberta de que a propriedade tal qual a conhecemos hoje é apenas uma entre as várias respostas possíveis dadas à relação coisa-homem.

Não é necessário, porém, ir buscar no outro lado do mundo exemplos de tal diversidade.

A Idade Média europeia, da qual somos herdeiros diretos em muitos aspectos, invertia a tônica da relação do homem com a terra, deixando recair o acento nesta última e não no primeiro. Tal postura reicêntrica permitia situações pluralistas, entremeadas por vassalagens, servidões, enfiteuses, usufrutos e um sem-número de hipóteses de sobreposições de poderes matizados mais pela aparência e pela efetividade do que pela forma, pelo título de proprietário³.

Talvez ainda menos conhecidas sejam as chamadas áreas comuns dos ingleses, que serviam à obtenção de água, lenha e caça para pessoas do povo que não eram as donas da terra⁴. Essa concepção de terra que não era pública, mas ao mesmo tempo permitia a fruição de bens da vida por uma coletividade indeterminada, sobreviveu até por volta do século XVIII, quando se consumou a implantação dos cercamentos (*enclosures*) e a visão exclusivista da propriedade que predominaria ao longo de toda a Idade Contemporânea (graças a isso, também, gerando o exército de mão de obra que abasteceria a Revolução Industrial).

Diante disso, não surpreende que, no Brasil, a história da propriedade tenha também um traçado sinuoso, em que as curvas da estrada revelam paisagens desconhecidas e mesmo inimagináveis para quem está acostumado a olhar apenas até onde a vista alcança.

O escopo deste artigo, com as limitações que lhe são inerentes, é esboçar um pequeno mapa desse percurso. O recorte se faz entre a implantação do sistema de sesmarias pelo colonizador português e a sedimentação da concepção exclusivista de propriedade, por meio das leis promulgadas durante o século XIX, notadamente a Lei de

³ GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomáz y Valiente e Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 111-114.

⁴ THOMPSON, E. P. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 96.

Terras (de 1850) e a Lei das Hipotecas (de 1864), bem como do Código Civil, gestado nesse período. Como uma espécie de epílogo, o artigo por fim se debruça nos desafios gerados pela permanência dessa mentalidade oitocentista em pleno século XXI – e do papel desempenhado pela doutrina tanto na construção como na desconstrução dessa arraigada concepção proprietária.

1 Em se plantando, tudo dá: a ocupação da terra durante a colônia, das sesmarias ao latifúndio

Alguns anos após de deixar de ser Ilha, e depois Terra de Santa Cruz, as dimensões continentais do Brasil pareceram finalmente tomar forma aos colonizadores portugueses. Desconsiderando em absoluto a presença dos autóctones, e confrontados com a necessidade de “ocupar para não perder” – para reproduzir um lema de outra época –, a solução encontrada para ocupar a vastidão de terras virgens (virgens de ocupação portuguesa, leia-se) foi um instituto então já em certo desuso em Portugal, a sesmaria.

Suas origens não a deixavam fugir ao paradigma da efetividade que guiava o ordenamento jurídico do medievo: a concessão do domínio de uma certa porção de terra tinha fundamento exclusivo em seu cultivo⁵. A pena para quem não transformasse a gleba em lavradio variava do perdimento ao açoite ou ao desterro⁶.

Compreende-se tamanha severidade, já que a sesmaria, uso razoavelmente consolidado em Portugal no século XIV, foi o remédio encontrado pelo rei D. Fernando I para atenuar os efeitos da Grande Peste que assolou a Europa entre 1348 e 1350: o despovoamento do campo, a morte tanto dos donos das terras como dos servos, e a grave crise de abastecimento que se seguiu⁷. Nesse cenário, a Lei de Sesmarias de 1375 previa a atribuição de terras incultas (seja por terem sido abandonadas, seja por nunca terem sido cultivadas) a determinada pessoa, que adquiria o encargo de aproveitá-las,

⁵ VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18.

⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003 apud STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Tese (Doutorado em Direito). 220 f. Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2009.

⁷ VARELA, op. cit., p. 21.

dentro do prazo fixado pela lei ou pela carta de adjudicação⁸. A imperatividade do cultivo deveria atrair para o campo a massa de famintos e desocupados que ocupava as cidades.

Quem era agraciado com uma sesmaria adquiria um direito perpétuo, mas disponível (o sesmeiro podia celebrar contratos agrários e relações jurídicas reais diversas), sendo que as rendas sobre a terra dada variavam. Direito, aqui, deve ser lido não como direito subjetivo, noção eminentemente contemporânea, mas como privilégio, graça concedida pelo rei à espera de retribuições⁹.

As sesmarias foram posteriormente incorporadas às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas¹⁰. Uma vez iniciada a colonização do Brasil, a sesmaria foi a grande veste jurídica das concessões de terras feitas pela Coroa aos particulares¹¹, embora seu uso por aqui estivesse permeado de peculiaridades. A primeira delas é que, ao contrário do que acontecia em Portugal, a sesmaria não era concedida sobre uma propriedade privada (feudal), em mau uso, mas tinha como ponto de partida propriedade pública. Todas as terras brasileiras pertenciam à Coroa, de modo que, ao conceder uma sesmaria, o rei concedia a um particular parte de terra pública para que este a cultivasse¹².

Nesse contexto, em que a aquisição da terra vinha de forma gratuita (por doação do rei ou do capitão donatário), um fator diferencial para o sesmeiro era a quantidade de escravos que possuía, pois isso era o que efetivamente possibilitava a produção¹³. Assim, aparentemente, o critério mais importante que orientava a distribuição das sesmarias não era o mérito ou a posição social, mas se o sesmeiro teria condições financeiras de explorar a terra (o que seria possível apenas com o auxílio de considerável número de escravos)¹⁴.

Das obras dos historiadores paranaenses David Carneiro e José Carlos Veiga Lopes colhe-se o caso do sesmeiro, bandeirante e tenente coronel de milícias José Felix da Silva¹⁵, que a partir de uma sesmaria originalmente obtida por seus ascendentes em

⁸ VARELA, op. cit., p. 24.

⁹ VARELA, op. cit., p. 26-27.

¹⁰ STAUT, op. cit., p. 88.

¹¹ VARELA, op. cit., p. 69-70.

¹² VARELA, op. cit., p. 73.

¹³ VARELA, op. cit., p. 79.

¹⁴ VARELA, op. cit., p. 80.

¹⁵ José Felix da Silva, nascido em 1760, embora grande bandeirante, sargento-mor e sesmeiro, responsável pela expansão e ocupação da região onde hoje se localizam os atuais municípios de Tibagi e

1739, chegou a ser proprietário de oitenta e seis mil alqueires de terra no Estado do Paraná¹⁶. Embora de conteúdo muito mais histórico do que jurídico, a breve narrativa de sua trajetória é elucidativa a respeito de como se dava a apropriação e o uso da terra durante o período colonial.

Traçando a linha histórica da propriedade atualmente denominada Fazenda Maracanã, na cidade de Castro, José Carlos Veiga Lopes afirma tratar-se no século XVIII de gleba de terra devoluta, contígua a sesmaria conferida a Lourenço Castanho de Araújo pelo Conde de Sarzedas, confirmada “por sua majestade” em 4 de janeiro de 1733 e sobre a qual aquele afirmava “se achar com posse de escravos e famílias” e na qual havia “feito cultivados grandes, com fazenda de gados vacuns e cavалares”, pelo que obteve carta de nova sesmaria, datada de 29 de março de 1739, agora da área contígua por ele explorada¹⁷.

Essas duas sesmarias vieram a pertencer (não há registro se por compra ou sucessão) a João José da Silva, e com o falecimento deste em 1759, a sua viúva e seus descendentes, dentre os quais José Felix da Silva, personagem histórico que irá protagonizar o exemplo de ocupação que guiará este texto.

José Felix, nascido aproximadamente em 1760, se tornou juiz ordinário da comarca de Castro em 1789, e depois galgou os postos de ajudante de milícias e juiz do conselho. Passou então a organizar os milicianos locais para, juntamente com seus escravos, combater os índios coroados (ou caingangues) que ocupavam a região de Tibagi e Piraí desde 1650, para onde migraram após serem expulsos da região de Piratininga e escravizados aos milhares. Segundo David Carneiro, “cedendo ao espírito de arrojo, abandonou a paragem da Lança, pequena demais para conter as suas ambições de bandeirante, e galgou o planalto que encima a Serra das Furnas firmando aí a sua posse”¹⁸.

Piraí do Sul, teve seu nome gravado na história graças a seus dramas domésticos, presenciados por Auguste Saint-Hillaire enquanto hospedado em sua famosa Fazenda Fortaleza em 1820 e por ele imortalizado na obra *Viagens à província de São Paulo e Santa Catarina*. José Felix sobreviveu a duas tentativas de assassinato, ainda que a segunda tenha lhe custado todos os dedos de uma das mãos, o aleijamento da outra e um ferimento na perna que o deixou manco. Capturando um dos autores do crime, descobriu que agiam a mando de sua esposa, Onistrada Maria do Rosário, a quem, usando de sua influência política e riqueza, conseguiu ordem judicial para manter cativa em uma cela construída em sua própria casa, onde permaneceu até a morte do marido.

¹⁶ CARNEIRO, David. *O drama da Fazenda Fortaleza*. Curitiba: Plácido e Silva & Comp. Ltda., 1941. p. 267.

¹⁷ LOPES, José Carlos Veiga. *Fazendas e sítios de Castro e Carambeí*. Curitiba: Torre de Papel, 2004. p. 67.

¹⁸ CARNEIRO, op. cit., p. 266.

Para garantir a ocupação das terras que fora tomando no oeste do estado, o então sargento-mor de Castro iniciou a construção da sede de suas fazendas na Fazenda Fortaleza¹⁹, com paredes reforçadas e duas cintas de muralhas de taipas para resistir aos ataques dos índios caingangues. A partir da Fortaleza, após vencer vários combates de menor escala com estes indígenas, José Felix reuniu número mais expressivo de milicianos e escravos armados, conseguiu cercar os caingangues em um capão e mandou “passa-los, a todos, a fio de espada, porque não quiseram se entregar”²⁰. Com essa vitória, adquiriu como prêmio as terras recém- conquistadas e até então ocupadas pelos indígenas, passando a possuir as sesmarias de Tibagi e do Iapó.

Em 1794, adquiriu ainda as Fazendas Boa Vista e Maracanã, já mencionadas e que pertenceram a seus pais. No fim da vida, “ficava com ele os 3.000 alqueires da Fazendinha, os 4.000 da Fortaleza, os 14.000 da Taquára e os 65.000 da Monte Alegre. Um feudo de 86.000 alqueires”²¹. Morreu em 1822 com a patente de tenente coronel. A Fazenda Maracanã, que pertencia já a seus pais, continuou sob propriedade de seus descendentes até 1934, quando foi subdividida em fazendas menores, algumas das quais ainda pertencem à sua linhagem, inclusive a sede da Fazenda Fortaleza²².

A digressão histórica nesse texto, por certo, tem sua razão de ser. Dela podem-se extrair duas relevantes questões referentes às sesmarias e às relações de propriedade da época: a aquisição pela ocupação, sobretudo se demonstrada a condição econômica para a efetiva exploração da terra, e a relatividade da regra da necessidade de cultivo.

O primeiro registro de propriedade que consta dos estudos de José Carlos Veiga Lopes quanto à Fazenda Maracanã refere-se à sesmaria concedida a Lourenço Castanho de Araújo pelo Conde de Sarzedas e confirmada por Dom João V em 4 de janeiro de 1733 – aquisição, portanto, pela graça real e já ao tempo das Ordenações Filipinas. Igualmente a título de prêmio foram concedidas as sesmarias de Tibagi e do Iapó a José Felix da Silva, em razão de sua vitória sobre os indígenas hostis que ocupavam a região.

¹⁹ Segundo Saint Hillaire, “José Feliz da Silva, creador da sua habilidade, veio a estabelecer-se em Fortaleza, no começo do século XIXº. Então, esse lugar era apenas frequentado pelos selvagens e não se lhes pronunciava o nome sem temor; mas desde esse tempo, vários agricultores fixaram-se nos arredores, encorajados pelo másculo exemplo do primeiro explorador, e seguros de serem protegidos contra os índios por um homem poderoso e rodeado de numerosos escravos. (...) Fortaleza era na época da minha viagem, a fazenda mais enfiada nas terras ocupadas pelos selvagens, que frequentemente cometiam desordens mas eram perseguidos e mortos” (apud CARNEIRO, op. cit. p. 268-269).

²⁰ LOPES, op. cit., p. 86 e CARNEIRO, op. cit., p. 267.

²¹ CARNEIRO, op. cit., p. 267.

²² Conforme documentos históricos do acervo particular de Maria Helena Ribas.

A questão da aquisição em razão da exploração também é claramente aferível do exemplo histórico de José Felix. Ao expandir suas terras para além das fronteiras indígenas e nelas cultivar lavouras e criar gado, com auxílio de mão de obra escrava e de fazendeiros a ele submetidos, adquiriu não só a posse, como posteriormente a propriedade de tais terras por meio das cartas de sesmarias que lhe foram concedidas. A respeito, vale a transcrição da pesquisa de José Carlos Veiga Lopes:

José Felix da Silva Passos, da freguesia de Santa Ana do Iapó, termo da vila de Curitiba, disse que ele suplicante precisava de uns campos que se achavam devolutivos na paragem chamada o Campo dos Bugres, desde a barra chamada da Faisqueira, seguindo pelo rio de Alegre acima até a barra do ribeirão chamado Brumado, correndo o sertão até entestar com a sesmaria do capitão Manuel Antônio de Araújo, para comodidade dos animais de sua criação, assim de éguas como de gado vacum, por ter o suplicante grande número de seus criações dispersas por falta de campos e como o referido era de utilidade e cômodo do suplicante e aumento dos reais dízimos, e os campos mencionados achavam-se devolutos e sem cobiça alguma, como se fez certo pela informação junta dos oficiais daquele distrito; obteve carta de sesmaria em 20 de maio de 1788²³.

Confirma-se a relevância da capacidade econômica do suplicante como critério para a aquisição das sesmarias através dos registros da época, que expressamente indicavam a quantidade de escravos que viviam em cada fazenda. Na lista de relações da vila de Castro, do ano de 1818, constam, entre as propriedades de José Felix da Silva: a Fazenda Maracanã, que media 6000 x 3000 braças, e a Fortaleza, com 40 escravos e 13000 x 18000 braças. Por sua vez, a lista de 1820 dá conta de que a Fazenda Maracanã tinha sete cavaleiros, 50 cabeças de gado, dois escravos e seis “agregados”²⁴. Verifica-se, assim, o elevado número de escravos daquele senhor e a suntuosidade de seu patrimônio – considerando que, em 1803, na capital da colônia, um escravo custava 40 libras, o que hoje equivaleria a aproximadamente dez mil reais²⁵. Por certo que os preços no interior do país eram ainda mais elevados, já que distantes dos portos por onde chegava o tráfico negro.

Em que pese a capacidade de exploração ser um dos principais critérios para a concessão das sesmarias, observa-se que a regra da necessidade de cultivo nem sempre era observada²⁶. Isso parecia ser uma preocupação menor da Coroa Portuguesa, porque

²³ LOPES, op. cit., 78-79.

²⁴ LOPES, op. cit., 87.

²⁵ GOMES, Laurentino. *1808*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p. 215.

²⁶ FAUSTO, Boris. *Historia concisa do Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial/Edusp, 2001. p. 19.

o afã maior não era o de explorar, mas justamente o de ocupar o vasto território brasileiro. Com isso, foi desprezada a orientação legal de distribuir as sesmarias de acordo com as “possibilidades” que o sesmeiro tinha de efetivamente cultivá-la, em prol da concessão de sesmarias imensas, que eram verdadeiras donatarias²⁷. Esse é outro elemento que se extrai de maneira cristalina do exemplo histórico de José Felix da Silva.

Não é crível que um único sesmeiro conseguisse explorar 86.000 alqueires de terra (aproximadamente 2.081 km²), menos ainda com a tecnologia da época, e não obstante o relativamente elevado número de escravos de sua propriedade.

Não era raro, por isso, que os sesmeiros não conseguissem cultivar toda a extensão de terra que lhes era dada, e considerando a possibilidade de alienação das terras, o esgotamento do solo causado pela monocultura – especialmente a canaveira na região Nordeste – e a imprecisão dos limites das glebas, foi se consolidando a mercantilização da terra, e, conseqüentemente, a formação dos latifúndios.

Não foram poucas as tentativas da Coroa de regularizar as sesmarias, por meio de uma espécie de recadastramento. Esse processo, porém, era demorado, burocrático e pouco cobrado dos sesmeiros, de modo que muito poucos procuraram fazê-lo, mesmo quando essa exigência de confirmação, com a vinda da Família Real para o Brasil, foi transferida para o Desembargo do Paço, no Rio de Janeiro²⁸.

Contudo, a pluralidade de exigências sobre as sesmarias (cultivo, extensão etc), mesmo que não muito efetivas, tornaram-nas, pouco a pouco, incompatíveis com o ideal de propriedade que se consolidava na Europa nos albores da Idade Contemporânea. Além disso, a desorganização e a grande quantidade de litígios envolvendo a demarcação de terras preocupavam as autoridades. As sesmarias eram identificadas com o atraso na agricultura e no desenvolvimento econômico em geral²⁹, ao passo que a ideologia liberal-progressista que contaminou o país na época da independência defendia a organização da propriedade privada³⁰.

²⁷ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 90.

²⁸ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 91/92.

²⁹ VARELA, op. cit., p. 111-112.

³⁰ VARELA, op. cit., p. 126.

Tudo isso fez com que, em julho de 1822, o regime das sesmarias fosse suspenso por decreto de José Bonifácio de Andrada e Silva, deixando no vácuo a regulamentação jurídica da propriedade no Brasil³¹.

2 A construção da ordem: do “sistema de posses” ao registro

Entre 1822 e 1850 não havia uma regulamentação jurídica da propriedade fundiária. A terra não possuía nenhum valor, e por isso não desencadeava cautelas jurídicas que garantissem sua manutenção nas mãos das classes favorecidas. Na prática, a terra pertencia a quem a ocupava, até porque apenas as famílias abastadas poderiam ter mão de obra escrava suficiente para explorar as grandes áreas³².

Predominou nesse período o chamado “regime de posses”, durante o qual o que interessava era mesmo a ocupação ou apossamento, isto é, a apropriação fática das terras³³. Na prática, porém, as coisas continuaram iguais: manteve-se o padrão existente durante o período colonial, baseado no latifúndio, na monocultura e na mão de obra escrava. Por isso, deve ser lido com cuidado o papel exercido pela “posse” nesse período³⁴.

Nesse contexto, foi promulgada em 1850 a Lei nº 601, que regulamentaria a propriedade fundiária no Brasil por mais de meio século, adequando-a às novas exigências econômicas. Foi instituída a obrigatoriedade do registro, conceituaram-se terras devolutas, proibiu-se a aquisição de outro modo que não a compra, determinou-se a criação de uma Repartição Geral das Terras Públicas, incumbida de dirigir a medição, a divisão e a descrição das terras devolutas. A venda dessas terras devolutas, aliás, deveria servir para financiar a vinda de colonos livres, alternativa à mão de obra escrava³⁵. Entre os objetivos da promulgação dessa Lei, estavam ainda a instituição de imposto territorial rural e a diferenciação das terras públicas das particulares³⁶.

³¹ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 92.

³² MENDONÇA, Martha Halfeld Furtado de. *Uso e posse da terra: aspectos sociais e jurídicos*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Editora revista dos Tribunais, v. 60, p. 56, abr./jun. 1992.

³³ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 94.

³⁴ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 95.

³⁵ VARELA, op. cit., p. 134-135.

³⁶ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 97.

Ao fim do Império, porém, a maior parte dos objetivos da Lei de Terras não havia sido atingida: o imposto não constou no texto final da Lei; terras devolutas continuaram a ser ocupadas; demarcações de terras foram apenas esparsamente realizadas³⁷.

A Lei de Terras previa um procedimento que culminava com a obtenção de um título, simbolizando o trajeto da informalidade dos fatos (simples posse) ao reino da formalidade do direito, da propriedade³⁸.

O século XIX marcou a consolidação de um processo que já vinha desde os tempos da colônia: a terra deixou de ser um privilégio concedido pela Coroa a fidalgos ou a quem houvesse prestado serviços ao rei para se tornar um bem que podia ser adquirido por quem pagasse por ela. A aquisição se tornou impessoal e colocou em evidência o poder econômico do proprietário, antes do seu prestígio pessoal³⁹.

Entre as consequências da adoção desse maior formalismo, está a mercantilização do patrimônio fundiário, pela via da hipoteca (que, para sua própria efetivação, depende de um título)⁴⁰, instrumentalizada pela Lei nº 1.237/1864, que buscava conferir segurança às relações de crédito com garantia real⁴¹.

Interpretando a Lei da Hipoteca, o Conselheiro Lafayette viu nela a necessidade de transcrição para a perfectibilização da hipoteca, contribuindo para sedimentar, entre nós, a opinião de que antes da transcrição não há domínio⁴².

Mais tarde, já nos primeiros anos da República, isso se refletiria nos Decretos nº 451-B e 955-A, de 1890 que tentavam regularizar a propriedade fundiária, garantindo a segurança pelo registro e o ideal da “terra no bolso”. Isso seria conseguido pelo chamado “regime Torrens”, que apesar de facultativo se propagandeava como garantidor de título dominial seguro e indestrutível⁴³.

Na ausência de leis que refletissem a realidade socioeconômica do Brasil, eis que em matéria de direito civil ainda vigia “o velhíssimo e arcaico Código Filipino, baseado no *Copus Juris Civilis*, fortemente influenciado pelo Direito Canônico, escrito em linguagem confusa, muita vez ininteligível, sem ordem, sem coordenação”⁴⁴, coube à doutrina desenvolver os novos conceitos de posse e propriedade, em especial ao propor

³⁷ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 102.

³⁸ VARELA, op. cit., p. 148.

³⁹ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 96.

⁴⁰ VARELA, op. cit., p. 172.

⁴¹ VARELA, op. cit., p. 174.

⁴² VARELA, op. cit., p. 187.

⁴³ VARELA, op. cit., p. 190.

⁴⁴ VELOSO, Zeno. *Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda*. Belém: Unama, 2010. p. 14.

a travessia de uma propriedade condicionada a um direito de propriedade absoluto, sustentando que a propriedade viesse a ser caracterizada “como um ‘poder da vontade’, como um direito natural do homem sobre as coisas, em cujo conteúdo não cabem deveres nem limitações”⁴⁵.

3 O esboço e o retrato acabado: o papel da doutrina para a sedimentação da mentalidade proprietária no Código Civil de 1916

O anseio por uma codificação civil trouxe ao cenário nacional a preocupação de qual das diferentes teorias sobre a posse e a propriedade seria adotada pelo código. Os juristas brasileiros leram e assimilaram as construções doutrinárias francesas e alemãs, produzidas respectivamente pelos exegetas do Código Napoleão (mas já ensaiadas desde Thibaut) e pelos pandectistas.

A partir da análise das obras dos civilistas brasileiros do século XIX, Laura Beck Varela propõe uma espécie de segmentação entre aqueles que se pendiam mais à escola pandectística, da propriedade como direito pleno sobre a coisa (Teixeira de Freitas, Lafayette, Coelho Rodrigues), e aqueles de vertente francesa, que se debruçavam sobre o feixe de poderes contidos no domínio (Carlos de Carvalho, Trigo de Loureiro, Felício dos Santos)⁴⁶. De qualquer modo, em ambas o traço comum é a louvação dos poderes do proprietário e o afastamento do requerimento antes necessário do cultivo.

Não só no que se refere à propriedade dividia-se a doutrina brasileira do século XIX até a promulgação do Código Civil de 1916. Também em relação à posse cindia-se em dois grupos, seguindo a querela que havia na Europa entre a teoria subjetiva da posse, de Savigny, e a teoria objetiva da posse, de Ihering. Em seu célebre *Tratado da posse*, de 1803, Savigny sustentava que a posse era composta por dois elementos: o *corpus*, que representava o poder físico sobre a coisa (contato corpóreo) exteriorizado pela atitude comportamental de conduzir-se como proprietário da coisa; e o *animus domini*, elemento subjetivo, interno, consistente na vontade de possuir a coisa como seu dono. Ausente qualquer destes elementos, não haveria posse. Do outro lado da querela, Rudolf Von Ihering, em obra publicada em 1867, apresentava a posse como composta apenas

⁴⁵ VARELA, op. cit., p. 195.

⁴⁶ VARELA, op. cit., p. 227-228.

pelo *corpus*, ou seja, pelo exercício de um poder físico sobre um objeto exteriorizando uma relação de proprietário sobre ele. Ihering dispensava, portanto, o elemento psíquico, subjetivo, a vontade de ser dono⁴⁷.

Seguindo a cisão alemã, sintetizada acima, parte da doutrina brasileira acompanhava Savigny: Augusto Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Civis*, de 1857 e *Esboço do Código Civil*, de 1864), Lafayette Rodrigues Pereira (*Direito das Cousas*, de 1877), Antônio Joaquim Ribas (*Da posse e das ações possessórias...*, de 1883) e José de Alencar (*A propriedade*, de 1883)⁴⁸.

Entre os partidários de Ihering, encontravam-se juristas como Clóvis Beviláqua (*Projeto primitivo*, de 1898 e *Em defesa do Código Civil Brasileiro*, de 1906), Francisco de Paula Lacerda de Almeida (*Direito das cousas...*, de 1908), Rui Barbosa (*Posse de direitos pessoais*, de 1900) e Antônio Coelho Rodrigues (*Projeto de Código Civil brasileiro*, de 1893)⁴⁹.

Diante disso, restava claro que a teoria a ser adotada pelo primeiro Código Civil brasileiro dependia de quem seria seu relator e a qual corrente ele se filiava. Teixeira de Freitas, que havia apresentado em 1858 a célebre Consolidação das Leis Civis, que se tornara de fato o “Código Civil do Império”, era o grande “favorito”. Chegara a ser contratado pelo governo imperial em 1859 para elaborar o Esboço do Código Civil, que fora entregue em 1865. A Comissão Revisora, no entanto, não deixara o projeto avançar, e embora contasse já com parecer favorável da Seção de Justiça do Conselho de Estado, acabou sendo arquivado pelo então ministro da Justiça, José de Alencar, que “tinha o secreto desejo, como veio a se saber depois, de elaborar um projeto de Código Civil”⁵⁰.

Não tivessem as “forças obscuras” obstado o Esboço de Teixeira de Freitas, teria o Brasil um código ligado à escola pandectística, ainda que em matéria de posse seguisse a teoria subjetiva de Savigny⁵¹ e que, ao contrário do Código Civil francês (1804) e do Código Civil português (1867), refutaria a transferência do domínio pelo contrato, exigindo para tal, além do título, a tradição⁵². Após vários outros projetos terem sido

⁴⁷ MENDONÇA, op. cit., p. 46-50.

⁴⁸ STAUT, op. cit., p. 125.

⁴⁹ STAUT, op. cit., p. 126.

⁵⁰ VELOSO, op. cit., p. 28.

⁵¹ Art. 3.709: “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”.

⁵² Art. 3.736: “O justo título sem tradição ou transcrição, dará somente direito à posse (arts 900, no 2; 901 e 3.157), mas não a posse (art. 3.709), nem o direito de possuir (art.3.730)”.

apresentados⁵³, somente em 1899 o então ministro da Justiça, Eptácio Pessoa, contratou Clóvis Beviláqua para elaborar o projeto do Código Civil, que viria a ser publicado em 1916.

O “Código Beviláqua”, ainda que em alguns pontos tenha se valido da Consolidação e do Esboço de Teixeira de Freiras, como v.g. para estabelecer a eficácia meramente obrigacional da compra e venda, dele guardava substancial diferença, do que é exemplo a adoção da teoria objetiva da posse, de Ihering⁵⁴. Orlando Gomes acentua que “o autor do projeto confessa a sua filiação doutrinária ao pensamento de Ihering e proclama a precedência de nossa legislação na consagração da teoria de Ihering”, alertando, não obstante, que “não é possível afirmar-se que o sistema objetivo foi adotado em toda a sua pureza original”⁵⁵.

A propriedade não é definida pelo Código, mas pode ter seu conceito extraído dos poderes do proprietário, expressos no art. 524 como “o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

A codificação permaneceu vigente por quase um século, embora há muito não acompanhasse as vicissitudes sociais e econômicas do país.

4 O retrato em restauro: o novo Código Civil e os desafios contemporâneos da doutrina

Em 10 de junho de 1975 o então presidente Ernesto Geisel encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei que instituía um novo Código Civil, amparado em anteprojeto realizado por um conjunto de juristas sob a supervisão de Miguel Reale. A exposição de motivos apresentada por este prometia drásticas mudanças em relação ao direito das coisas, sobretudo por “imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna”⁵⁶.

Segundo o supervisor do anteprojeto, o conteúdo dos preceitos do novo código se inspirou na compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, salientando ainda

⁵³ Pelo Visconde de Seabra, em 1871; Nabuco de Araújo, em 1872; Felício dos Santos, em 1882 e Coelho Rodrigues, em 1983.

⁵⁴ Art. 485: “Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”.

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 37.

⁵⁶ BRASIL. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 51.

que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais”, sendo defesos ao proprietário os atos que não lhe tragam qualquer proveito e que “sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” e introduzindo nova forma de desapropriação de extensa área ocupada por considerável número de pessoas que nela tenham, realizado obras e serviços de interesse social ou econômico, “inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só *novo conceito desta*, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de *posse-trabalho*”⁵⁷.

Embora de fato o Código Civil de 2002 tenha acrescentado ao art. 1.228 cinco parágrafos que conferem tais características à propriedade, apesar do anunciado, não logrou alterar dela, nem da posse, a estrutura ou a compreensão geral do tema.

O diploma civil novamente não expressou o conceito de propriedade, limitando-se a estabelecer os poderes do proprietário no caput do art. 1.228⁵⁸, de conteúdo idêntico ao que já expressava o art. 524 do Código Civil de 1916. O mesmo ocorre em relação à posse, uma vez que o art. 1.196 do Código de 2002⁵⁹ praticamente transcreveu o teor do art. 485 do Código de 1916, de redação muito símile às dos Códigos Civis francês e alemão⁶⁰.

As alterações, portanto, foram muito mais circunstanciais do que substanciais: mitigaram o caráter irrestrito do direito de propriedade e lhe impuseram, ainda que de forma singela, um conteúdo finalístico, mas não chegaram a alterar os conceitos de posse e propriedade⁶¹. O pretense conceito de *posse-trabalho* sequer é enunciado no

⁵⁷ BRASIL, op. cit., p. 51.

⁵⁸ Art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

⁵⁹ Art. 1.196 “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

⁶⁰ Dispõe o art. 544 do Código Civil Francês: A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que seu uso não seja proibido pela lei ou pelos regulamentos (tradução livre). Na mesma senda é o §904 do Código Civil Alemão: O proprietário poderá dispor da coisa de acordo com sua vontade e contra a interferência de outrem, desde que não afronte a lei ou o direito de terceiros (tradução livre).

⁶¹ “Não carecem de reparos as severas críticas que o mestre Tepedino faz à manualística pátria, que se manteve surda às profundas alterações do ordenamento econômico e social, promovido pelo texto constitucional de 1988, às quais a propriedade não passou incólume. O mesmo se pode dizer da ‘nova’ codificação, que apenas repete a moldura da codificação anterior, sem atentar para alterações significativas no âmbito dos institutos face à constitucionalização. Alguns desavisados poderiam recorrer ao artigo 1.228 do CCB para tentar supercar esta crítica, afinal, o dispositivo faz referência à função social da propriedade. Todavia, o fato de em seu §1º ter condicionado sua conformidade à lei da fauna, flora, etc., é um exemplo de permanência com os olhos no passado. (...) A função social da propriedade não pode ficar resumida ao cumprimento destas leis. A função social da propriedade é princípio da ordem jurídica brasileira e como tal, deve informar todo o sistema proprietário, e não o oposto.” (ARONNE,

Código, podendo tal significado ser extraído, quiçá e com grande esforço hermenêutico, do parágrafo quarto do art. 1228⁶².

A posse e a propriedade, em verdade, se mostram conceitos de tal forma inseridos e consolidados na mentalidade das pessoas, e aqui não se refere apenas aos operadores do direito, que se chega a falar em uma “mentalidade proprietária”. Nem mesmo a função social trazida nas Constituições de 1946 e 1988 teve o condão de alterar o significado da propriedade na codificação civil subsequente.

Em que pese a manutenção desses conceitos no campo legislativo⁶³, mais uma vez tem a doutrina cumprido papel fundamental na revisão dos significados atribuídos àqueles signos, com especial auxílio de princípios constitucionais⁶⁴.

É a partir dessa ótica que se faz possível repensar os conceitos de posse e propriedade, ainda que a lei não o faça⁶⁵. Gustavo Tepedino é enfático ao afirmar que “não mais se sustenta, assim, face dos interesses coletivos e difusos destacados pelo legislador constitucional, a existência de um direito de propriedade com conteúdo mínimo inatingível, vez que a função constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário”⁶⁶. E vai além. Em artigo redigido em coautoria com Anderson Schreiber, ressalta o caráter dinâmico e poroso do conceito de propriedade funcionalizada, distante da construção abstrata tão cara ao direito civil do século XIX. Segundo os autores, a propriedade permanece “como direito subjetivo, embora remodelado em seu conteúdo interno, vinculado ou gravado com deveres de atuação negativa e *positiva*, em atendimento aos interesses sociais, que variam de acordo com a concreta relação jurídica em que se insere”⁶⁷.

Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia*. 2. ed. rev. e atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.120-121).

⁶² Art. 1.228 (...) § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

⁶³ Ressalvadas as alterações já mencionadas.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

⁶⁵ “O Direito vai progressivamente se abrindo para uma certa porosidade, no sentido de apreender essas relações, dar relevância jurídica, inclusive na lacuna da lei e, às vezes, até mesmo contra o sentido literal da regra, quando a aplicação desse sentido não conduz a resultado justo e razoável num caso concreto (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 109).

⁶⁶ A função social da propriedade e o meio ambiente. *Revista trimestral de direito civil*, v. 37, p. 134, 2009.

⁶⁷ *O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). *Questões Agrárias. Julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Editora Método, 2002, disponível em www.ibdcivil.com.br.

Exemplo dessa releitura dos institutos de direito civil se extrai da obra de Ricardo Aronne, que propõe a funcionalização da propriedade a partir da desvinculação do conceito desta com o de domínio. Para o autor, o cumprimento do mandamento constitucional de funcionalização da propriedade exige que dela se extraia o domínio, que representará a relação da pessoa com um bem, portanto, de natureza real, consistente *prima facie* no direito de usar, gozar e dispor do bem, mas podendo conferir maior ou menor grau de faculdades ao seu titular em razão de sua porosidade, a depender da densificação que receber no caso concreto⁶⁸.

No que concerne ao conceito de propriedade, afirma que uma vez compreendido o domínio como conceito autônomo, “ao conceito de propriedade caberá apenas a relação entre o indivíduo e os demais, em razão do bem da vida”⁶⁹, de modo que continua a ser um direito subjetivo, não absoluto, mas agora de natureza obrigacional, que “positiva uma *obligatio* à coletividade e um *credere*, na pessoa do sujeito ativo”, sempre atrelada ao cumprimento da função social.

Considerações finais

Como se vê, os conceitos de posse e a propriedade no Brasil não guardam uma linearidade, pelo contrário, modificam-se de acordo com os interesses políticos, econômicos e sociais de sua época. Do descobrimento até o século XIX, foram construídos a partir do direito romano e da legislação portuguesa, criada para outra realidade, bem diversa da brasileira, mas que ainda assim teve seu principal fundamento (o cultivo) progressivamente abandonado. Abolidas as sesmarias, o país passou um período de quase ausência de regulamentação da propriedade rural, sobretudo por esta não ter valor econômico. Com isso, a posse galgou o centro dos interesses.

Advinda a Lei de Terras, a terra deixou de ser uma propriedade da república e passou a poder ser adquirida pelos particulares. O que, contudo, não trouxe grandes mudanças ao cenário nacional. Apenas com a codificação de 1916 a propriedade alcançou o seu auge: direito subjetivo por excelência, absoluto, individual, que garantia aos titulares a exploração das maiores riquezas do país e a construção de uma classe rural dominante.

⁶⁸ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia*. 2. ed. rev. e atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 99-135.

⁶⁹ ARONNE, op. cit., p. 135.

A posse perdeu sua relevância, representando a exteriorização do comportamento de proprietário.

Com as Constituições de 1946 e 1988, a propriedade foi funcionalizada, teve seu caráter absoluto relativizado e condicionado ao cumprimento de deveres para com a coletividade. O Código Civil de 2002, ainda que de forma singela, reforçou o ditame constitucional ao positivar a função social da propriedade. Finalmente, coube à doutrina avançar para além da singela construção dos conceitos de posse e propriedade contidos na codificação civil. Admitindo-os porosos, abertos, “repersonalizados” e instrumentalizados em razão dos valores constitucionais, devem ser construídos de forma tópica, visando atender a situação concreta em que se façam presentes.

O que resta claro é que não há um conceito de posse ou de propriedade. Há, sim, uma pluralidade de posses e propriedades que representam situações singulares e que somente mereceram a tutela do direito quando compatibilizar os interesses conflitantes com os preceitos constitucionais.

Referências

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia*. 2. ed. rev. e atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2002.

CARNEIRO, David. *O drama da Fazenda Fortaleza*. Curitiba: Plácido e Silva & Comp. Ltda., 1941.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FAUSTO, Boris. *Historia concisa do Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial/Edusp, 2001.

GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BÜRGER, M. L. F; CAPELOTTI, J.P. *O percurso da posse e da propriedade no Brasil: das sesmarias aos conceitos contemporâneos*. In: **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n°. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomáz y Valiente e Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.

LOPES, José Carlos Veiga. *Fazendas e sítios de Castro e Carambeí*. Curitiba: Torre de Papel, 2004.

MENDONÇA, Martha Halfeld Furtado de. Uso e posse da terra: aspectos sociais e jurídicos. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 60, abr./jun. 1992.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Tese (Doutorado em Direito). 220 f. Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2009.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A função social da propriedade e o meio ambiente. *Revista trimestral de direito civil*, v. 37, 2009.

_____. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). *Questões Agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.

THOMPSON, E. P. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VELOSO, Zeno. *Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda*. Belém: Unama, 2010.